

De historische oorsprong van het numerus clausus beginsel in het goederenrecht

Eveline Goessens

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. L. Waelkens en Prof. Dr. V. Sagaert

SAMENVATTING

De zoektocht naar de historische oorsprong van het numerus clausus beginsel vangt aan in de Romeinse tijd. De mogelijkheid om een rechtsvordering in te stellen, werd toen beperkt tot een select aantal acties, waar echter geen subjectieve rechten aan ten grondslag lagen. Mogelijks vanaf de glossatoren, maar alleszins vanaf de postglossatoren, was het de gewoonte om de *jura realia* in een min of meer uitgewerkte lijst weer te geven. Deze ‘pentarchie-achtige’ opsommingen waren echter niet limitatief.

In de zestiende en zeventiende eeuw streefde men naar een betere ordening, aan de hand van het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten. De bekendste ordening in deze periode was de pentarchie van Heinrich Hahn, die echter louter als classificatie was bedoeld, zonder andere rechten buiten de deur te willen houden.

Tot aan de negentiende eeuw was het juridisch landschap in Nederland, Duitsland, Frankrijk, de Anglo-Amerikaanse landen en België circa gelijklopend: het aantal zakelijke rechten was er vrijwel onbeperkt, zonder dat men kan spreken van enige parallellen tussen deze landen. Nederland voerde in 1838 zijn op Hahn en het artikel 543 CC geïnspireerd artikel 584 Oud NBW in. Toch stond zij in de negentiende eeuw nog een open stelsel voor. In Frankrijk, met het artikel 543 CC en het ‘open’ arrest Caquelard van 1834, verliep het evenzo.

Het systeem van von Savigny kan gezien worden als de historische oorsprong van het numerus clausus beginsel: zakenrecht en verbintenissenrecht als volledig van elkaar gescheiden rechtsgebieden, waarbij partijen zelf geen zakelijke rechten in het leven mogen roepen. Dit systeem werd ingevoerd in het BGB van 1900 en zal later zijn invloed over heel Europa doen gelden. Het Anglo-Amerikaanse recht kent zowaar ook een lijst van zakelijke rechten die in zekere mate gestandaardiseerd is, op basis van de rechtspraak.

Onder invloed van het Duitse recht, is er een duidelijke *numerus clausus* in Nederland in de twintigste eeuw. Bij de invoering van het nieuwe NBW, werd aan deze opvatting vastgehouden, ondanks enige discussie. In Frankrijk heerste er nog steeds onenigheid. Ondanks het arrest van 1834 hebben rechtspraak en rechtsleer niet de kans gegrepen om een modern *numerus apertus* uit te werken. Het Duitse zakenrecht werd in de loop van de eeuw langzaam minder strikt: er ontstonden nieuwe zakelijke rechten en de scheiding tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht vervaagde. Met het eigendomsvoorbehoud en de fiduciaire overdracht tot zekerheid lijkt België een moderne weg te hebben ingeslagen. Zij erkent de twijfels die ook in andere landen aanwezig zijn. In de eenentwintigste eeuw moet men het zakenrecht gaan herdenken.

INLEIDING

Het zakenrecht wordt sinds jaar en dag beschouwd als zijnde een vaststaand gegeven, een star systeem dat geen ruimte laat aan wilsautonomie. De wilsvrijheid in het verbintenissenrecht is de tegenhanger van de wilsgebondenheid van het zakenrecht. Geheel in lijn hiermee, bestaat er een *numerus clausus* der zakelijke rechten: artikel 543 BW bepaalt dat men op goederen kan hebben of een recht van eigendom, of enkel een recht van genot, of enkel een recht van erfdienstbaarheid. De meerderheid van de klassieke rechtsleer beschouwt dit beginsel als uitgangspunt van het Belgische zakenrecht. Ook in de ons omringende landen erkent men het als basisprincipe. Maar Meijers schreef reeds in 1907: “een plat getreden weg dus; maar al is de weg veel betreden, zo is het gebied, waardoor het pad voert, nog slecht bekend”¹. Men kan immers vaststellen dat er over het al dan niet bestaan van een *numerus clausus* in het zakenrecht door de eeuwen heen alles behalve een consensus bestond. Wanneer is dan de stelselgeslotenheid uitgevonden? Hoe is het geëvolueerd doorheen de tijd? En valt dit beginsel nog te rijmen met het huidige Belgische zakenrecht of moeten we het stilaan gaan herdenken? Voor het antwoord op deze drie onderzoeksvragen, vatten wij de tocht aan in de Romeinse tijd en eindigen in de eenentwintigste eeuw. Onderweg voert het pad door Nederland, Duitsland, Frankrijk, de Anglo-Amerikaanse landen en uiteraard België.

¹ E.M. MEIJERS, “Art. 584 BW en de zakelijke rechten”, *RM* 1907, herdrukt in E.M. MEIJERS, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, II, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1955, 8 (hierna verkort E.M. MEIJERS, “Art. 584 BW”)

1. DE GESCHIEDENIS TOT AAN DE CODE CIVIL VAN 1804

1.1 HET ROMEINSE RECHT

Vinden we de oorsprong van het numerus clausus beginsel bij de Romeinen in de klassieke tijd? Gezien de Latijnse term bestaat wellicht de verleiding om reeds in die tijd een numerus clausus te onderkennen. Bovendien geven de Romeinsrechtelijke leerboeken die de leek het gemakkelijkst ter hand kan nemen, niet veel aanleiding tot aarzelen². Toch blijkt uit onderzoek dat het beginsel volstrekt onbekend was in het Romeinse recht. “Das R.R. lässt jura in re nur in bestimmen einzelnen Fällen als möglich zu”, zegt von Savigny³. Als tegengewicht voor het ontbreken van een beginsel dat een ongebreidelde groei van zakenrechtelijke jura verbood, waren er de ‘typen’ of ‘acties’⁴: de mogelijkheid om een rechtsvordering in te stellen, was beperkt tot een select aantal typen. Alleen de formulieren die door de praetor werden opgesteld en benoemd, konden de basis vormen voor een rechtsvordering. Dit betekende dan ook dat de door middel van deze rechtsvorderingen te verwezenlijken rechten beperkt waren tot de typen waarvoor een rechtsvordering bestond. Het Romeinse recht was dus eerder gebaseerd op acties dan op rechten⁵. De actiones in rem zijn de volgende:

- de rei vindicatio, de rechtsvordering waarmee de eigenaar het bezit van zijn zaken kan opvorderen van iedere willekeurige bezitter;
- de hereditatis petitio, de actie tot opvordering van een gehele of gedeeltelijke nalatenschap;
- de actio Publiciana, de rechtsvordering waarmee diegene die eigenaar zou worden door middel van verkrijgende verjaring, dat van iedere willekeurige bezitter kan opvorderen;
- de actio confessoria, de rechtsvordering tegen een persoon die een vruchtgebruiker of gerechtigde tot een erfdienstbaarheid stoort in de uitoefening van zijn recht;
- de vectigalis actio die toekomt aan diegene aan wie een recht van erfpacht is gegund;

² H.F. JOLOWICZ en B. NICHOLAS, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Londen, Cambridge University press, 1972, 413; R. FEENSTRA, *Ius in re: Het begrip zakelijk recht in historisch perspectief*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1979, 2, die o.a. verwijst naar J.C. VAN OVEN, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden, Brill, 1948, 140.

³ C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation* in *Cours de Code Napoléon*, 9, Parijs, Durand, 1870, 343: “Il faut remarquer toutefois que ces dénominations un peu barbares (*jus in re* comme droit réel, *jus ad rem* comme droit personnel), qui n’ont paru pour la première foi qu’au moyen âge, n’appartiennent pas au droit romain”; F.C.J. KETELAAR, *Oude zakelijke rechten vroeger, nu en in de toekomst*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1978, 140-141, die verwijst naar von Savigny.

⁴ M. MARRONE, “Il ‘numero chiuso’ dei diritti reali”, *Labeo* 1993, 90-94.

⁵ B. AKKERMANS, *The principles of European property law*, Brussel, Intersentia, 2008, 22.

- de actio Serviana, de actie van diegene met een zakelijk zekerheidsrecht waarmee hij het bezit van de daarmee belaste goederen onder iedere willekeurige bezitter kan opvorderen ⁶.

De middeleeuwse en vroegmoderne civilisten zochten achter deze acties naar de daaraan ten grondslag liggende subjectieve rechten. Er rees een lang debat over de vraag hoeveel zakelijke subjectieve rechten uit de Romeinse zakelijke acties konden worden afgeleid ⁷. Het Romeinse recht kende zo'n leerstellig uitgangspunt echter niet ⁸. Wel heeft zij zich bij de uitbreiding van het aantal zakelijke rechten gericht naar het voorbeeld van de bestaande zakelijke rechtsvorderingen. Er bestond dus geen 'numerus clausus' van zakelijke rechten, maar wel een sterke typendwang die de mogelijkheid tot uitbreiding van het aantal zakelijke rechten aan banden legde ⁹.

Het gesloten stelsel in het huidige recht is dus gewoon anders van aard, zo stelt ook Lokin ¹⁰: *“Ten aanzien van de absolute rechten, waar het Romeinse recht natuurlijk ook een gesloten stelsel heeft, kent het huidige recht toevallig ook een gesloten stelsel, maar op grond van geheel andere overwegingen dan die voor de Romeinen bepalend waren. Het Romeinse recht kende door zijn beperkt aantal formula's niet anders dan gesloten stelsels; bij ons zijn de absolute rechten beperkt in aantal, omdat bij ieder absoluut recht de belangen van derden op het spel staan. Het zou op het rechtsverkeer verlamvend kunnen werken wanneer de absolute rechten die tegen derden gehandhaafd kunnen worden in onbeperkte aantallen zouden kunnen worden gevestigd.”*

1.2 DE MIDDELEEUWEN EN DE NIEUWE TIJD

De middeleeuwse romanisten (met name de glossatoren en de postglossatoren) gingen bij hun studie van een 'verstard' en reeds eeuwen lang afgesloten Romeins recht uit, dat in de zesde eeuw in het Corpus Juris Civilis was neergelegd. De gedachte dat eigendom, vruchtgebruik, dienstbaarheden, pand

⁶ P.L. NÈVE, “Uit de bonte berm van de juridische begrippenflora: ons ‘gesloten stelsel’ van beperkte rechten”, in J. KORTMANN en T.H.D. STRUYCKEN, *Op recht: Struyckenbundel*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 229-230 (hierna verkort P.L. NÈVE, “ons ‘gesloten stelsel’ van beperkte rechten”); W. J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2006, 83 (hierna verkort W. J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis*).

⁷ Een invloedrijk boek was dat van H. HAHN, *Dissertatio inauguralis de iure rerum et iuris in re speciebue harumque divisionibus in genere*, Helmstedt, 1639: Zie 1.3.

⁸ E.B. RANK-BERENSCHOT, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 14-15. Zij volgen beiden Villey die verwijst naar de veertiende eeuwse Willem van Ockham; J.W. TELLEGEN, “‘Res incorporalis’ et les codifications modernes du droit civil”, *Labeo* 1994, 35-55; Anders: P.L. NÈVE, “ons ‘gesloten stelsel’ van beperkte rechten”, 226.

⁹ T.H.D. STRUYCKEN, *De Numerus Clausus in het Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 121 (hierna verkort T.H.D. Struycken, *Numerus clausus*); W. J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis, supra* noot 6, 84;.

¹⁰ J.H.A. LOKIN, *Protota: vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd*, Groningen, Chimaira, 2003, 273.

en hypotheek samen tot één categorie behoren, namelijk die van de zakelijke rechten, is in het Corpus Juris Civilis nergens te vinden. De term *jus in re* (of *jus in rem*) komt er niet in voor¹¹. Gaius had in zijn Instituten het burgerlijk recht in drie delen verdeeld: *personae* (boek I), *res* (boek II en III) en *actiones* (boek IV). Aan het begin van het vierde boek worden de *actiones* onderscheiden in persoonlijke en zakelijke¹². De middeleeuwse glossatoren pasten het overgeleverde materiaal aan, aan de noden van hun tijd en samenleving. Het is omstreden of zij het waren die als eersten van een *jus in re* in technische zin spraken en die zulk recht aanwezig achten telkens wanneer een *actio in rem* werd gegeven. Rank-Berenschot acht dit onwaarschijnlijk, aangezien het begrip *jus in re* slechts sporadisch en in ontechnische zin voorkwam. De glossatoren zouden de term in vele verschillende betekenissen hebben gebruikt¹³. Vanaf de postglossatoren¹⁴ was het de traditie om de *jura realia* in een min of meer uitgewerkte lijst weer te geven. De ‘pentarchie-achtige’ opsomming van de *jura realia* in de romanistische literatuur waren echter niet limitatief: in de onderscheiden quasi-Romeinse categorieën werden onderverdelingen aangebracht die onderdak boden aan alle in de praktijk bestaande ‘zakelijke rechten’. De postglossatoren probeerden de Romeinse *actiones in rem* te combineren met de noden van de praktijk, wat soms een verwrongen indruk gaf¹⁵.

De zestiende en zeventiende eeuw kenmerkten zich in de rechtswetenschap door talloze pogingen om tot een verbeterde methode te komen. Tegenover de oude analytische methode, waarbij men zich uitsluitend toelagde op de analyse van Romeinse teksten, verschenen meer en meer geschriften die een geheel nieuwe wijze van behandeling aan de dag legden. Dit streven naar een betere ordening moest ertoe leiden dat men de oude Romeinse indeling van het burgerlijke recht, in het recht betrekkelijk tot personen, zaken en acties, aan kritiek onderwierp en een nieuwe classificatie opstelde¹⁶.

Bij deze nieuwe classificatie treden er **twee noemenswaardige veranderingen** op. In de zestiende eeuw werd de tegenstelling die de postglossatoren maakten tussen *jura realia* en *jura personalia* weergegeven met behulp van het begrippenpaar *jura in re* – *jura ad rem*. Het institutensysteem maakte zo voor eens en voor altijd plaats voor het dichotome

¹¹ Middeleeuwse schrijvers gebruikten deze term voor wat wij tegenwoordig een zakelijk recht noemen. Ook *jus in personam* voor een persoonlijk recht, wordt nog niet in het Corpus Juris Civilis gebruikt.

¹² E.B. RANK-BERENSCHOT, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 15-16.

¹³ *Idem*, 18; Feenstra meent echter wel dat zij het begrip zakelijk recht ontwikkeld hebben en voor het eerst opsommingen van zakelijke rechten gaven, in R. FEENSTRA, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1990, 82-83.

¹⁴ Met als belangrijkste vertegenwoordiger Bartolus en Baldus: veertiende eeuw.

¹⁵ E.B. RANK-BERENSCHOT, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 19; P.L. NÈVE, “ons ‘gesloten stelsel’ van beperkte rechten”, 228-230.

¹⁶ E.M. MEIJERS, “Art. 584 BW”, *supra* noot 1, 12-13.

systeem, met bovenaan de begrippen eigendom en verbintenis. De eerste eigenaardigheid vinden we derhalve in de dichotomie: bij iedere classificatie stelt men slechts twee rubrieken naast elkaar, die men elk weer in tweeën onderverdeelt, enzovoorts. De tweede eigenaardigheid, die onlosmakelijk met de eerste is verbonden, is dat terwijl in de Instituten achtereenvolgens de subjecten (personen), de objecten (de zaken) en de werking (de acties) van rechtsverhoudingen besproken werden, vele auteurs in de zestiende en zeventiende eeuw daarentegen het burgerlijke recht indeelden naar de verschillende soorten van subjectieve rechten. Hierbij werd dan gebruik gemaakt van de in de twaalfde eeuw voor het eerst opgestelde onderscheiding van de vermogensrechten in zakelijke en persoonlijke rechten. Volgens von Brünneck zou het de Franse rechtsgeleerde Jacques de Révigny geweest zijn, die in zijn ‘*Summa de feudis*’, het eerst dit begrippenpaar in de rechtswetenschap zou hebben ingeleid. De rechten werden zo langzaam losgemaakt van hun Romeinse acties¹⁷.

Onder de werking van deze twee invloeden, ontwikkelde zich aan de Duitse universiteiten een nieuwe gebruikelijke classificatie van het burgerlijke recht, die meer in principe dan in toepassing van de Romeinsrechtelijke indeling afweek. In plaats van de driedelige indeling in *personae*, *res* en *actiones* stelde men een tweeledige indeling in materieel en formeel privaatrecht op. Het materiële privaatrecht werd vervolgens ingedeeld in subjectieve personenrechten en subjectieve vermogensrechten. Deze laatste werden dan wederom onderscheiden in zakelijke rechten en persoonlijke rechten (*jura in re* en *jura ad rem*)¹⁸.

In 1535 werd door Johann Apel in zijn geschrift *Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam accomodata* de tegenstelling van het *jus in re* en het *jus ad rem* als grondslag voor een classificatie van het burgerlijk recht genomen. Rank-Berenschot stelt dat het vermoedelijk Apel was die, samen met Donellus, de Duitse (onder andere Heinrich Hahn) en Nederlandse (zoals Hugo de Groot) schrijvers van de zeventiende eeuw het meest heeft beïnvloed met betrekking tot dit onderwerp¹⁹. De eerste monografie over dit onderscheid verscheen echter pas in 1666: het *Tractatus de iure in re et ad rem*, van Gerhard Feltmann²⁰. Waar haalde Feltmann zijn melk? Louis Rigaud meende dat het onderscheid een product was van de Franse rechtswetenschap, daar hij het idee

¹⁷ *Idem*, 11, waarin Meijers verwijst naar VON BRÜNNECK, *Ueber den Ursprung des sog. jus ad rem*, Halle, 1869; Die ‘*Summa de feudis*’ is uitgegeven in R. FEENSTRA, *Fata iuris Romani*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1974, 310-320. Anderen, waaronder Meijers, beweren dat de mening van von Brünneck onjuist is. Reeds drie geslachten vroeger zou de indeling bekend geweest zijn. Meijers verwijst hiervoor naar oudere auteurs zoals Azo en Johannes Bassianus, van welke hij echter de handschriften wegens hun zeldzaamheid niet kon controleren.

¹⁸ E.M. MEIJERS, “Art. 584 BW”, 11-12.

¹⁹ E.B. RANK-BERENSCHOT, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 20.

²⁰ R. FEENSTRA, “Real rights and their classification in the 17th century: the role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann”, *The Juridical Review* 1982, 113; E.M. MEIJERS, “Art. 584 BW”, 18.

zou hebben gehaald uit één van de lezingen die hij had bijgewoond aan de universiteit van Orléans. Anderen, zoals Villey, daarentegen wezen erop dat er gedurende diezelfde periode analoge constructies werden opgesteld door verschillende auteurs²¹. Meijers besteedde eveneens aandacht aan de oorsprong van Feltmann's ideeën. In zijn artikel van 1907 over de oorsprong van het onderscheid der zakelijk rechten, stelt Meijers dat het belang van Feltmann erin bestaat dat hij het systeem van Heinrich Hahn kenbaar maakte, daar Feltmann's opsomming zijn oorsprong vindt in de doctoraatsthesis *De jure rerum et juris in re speciebus* die door Heinrich Hahn werd verdedigd aan de Universiteit van Helmstedt in 1639²².

1.3 DE 17^E EEUW MET HEINRICH HAHN

In 1639 kwam de Duitse jurist Heinrich Hahn aan de universiteit van Helmstedt tot een nieuwe combinatie van zakelijke rechten. Door elementen te gebruiken uit opsommingen van vroegere schrijvers, verkondigde Hahn in zijn doctoraatsthesis *De jure rerum et juris in re speciebus* dat er vijf zakelijke rechten onderscheiden moesten worden. Deze vijfdeling wordt in Nederland 'de pentarchie van Hahn' genoemd. Zij zou aan de grondslag liggen van de opsomming van zakelijke rechten die gegeven wordt in artikel 584 Oud NBW (dat geen voorbeeld in de Code civil heeft en evenmin een gelijke kent in het Nieuw NBW)²³.

Hahns centrale stelling, in gedeeltelijke afwijking van andere schrijvers, was dat de *jura in re* in vijf species moest ingedeeld worden: *dominium*, *servitus*, *possessio*, *pignus* en *jus hereditarium* of *hereditas*, in onze termen: eigendom, dienstbaarheid (Het begrip omvat zowel de erfdienstbaarheden als de persoonlijke dienstbaarheden, het vruchtgebruik²⁴), bezit, pand en 'erfrechtelijk recht'²⁵. Hahn maakte in het privaatrecht een scheiding tussen formeel en materieel privaatrecht, tussen de acties en de rechten, waaruit deze ontsprongen. Voor Hahn was deze indeling logisch omdat **volgens hem het Romeinse recht vijf zakelijke acties kende en met iedere actie een recht moest corresponderen**²⁶. Tot deze opvatting komt Hahn: "Tot sint

²¹ R. FEENSTRA, "Real rights and their classification in the 17th century: the role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann", *The Juridical Review* 1982, 109; Michel Villey verwijst hiervoor naar de werken van onder andere Vinnius, Hahn, Struve.

²² *Idem*, 109-110; Zie uitgebreider over Heinrich Hahn in 1.3..

²³ R. FEENSTRA, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden, Universitaire pers Leiden, 1990, 82-83; J. VAN KAN, "Het vruchtgenot van art. 584 BW", *WPNR* 1917, 353.

²⁴ L. WAELEKENS, *Civium causa*, Leuven, Acco Leuven, 2008, 286; Voor Hahn was het begrip *servitus* ruim: hij vatte daaronder zogenaamde zakelijke lasten als tiendrecht, jachtrecht, cijnsrecht, weiderecht, bouwgerechtigheden en collatierecht, en persoonlijke servituten als vruchtgebruik en rechten van gebruik en bewoning.

²⁵ R. FEENSTRA, "Real rights and their classification in the 17th century: the role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann", *The Juridical Review* 1982, 115-116.

²⁶ "Dit is slechts ten dele juist: voor de *possessio* verwees Hahn niet naar een andere actie maar naar de bezitsinterdicten. Andere schrijvers hebben echter wel naar een actie verwezen, nl. de *actio*

species juris in re necesse est invicem distinctae quot diversae invicem actionum realium species inveniuntur". Vijf zakelijke acties, derhalve vijf zakelijke rechten.

Uit het Romeinse recht kenden wij nu de volgende zakelijke acties: de *reivindicatio*, de *actio confessoria*²⁷, de *actio Publiciana*²⁸, de *hereditatis petitio* en de *actio Serviana* en *quasi-Serviana*²⁹.

De invloed van dit werk is tweehonderdvijftig jaar na verschijning in de wetgeving van een achttal Europese staten nog aan te wijzen. Vooral gedurende de zeventiende en de eerste helft van de achttiende eeuw werd het systeem van Hahn, de zogenaamde pentarchie, onvoorwaardelijk aan de Duitse hogescholen aanvaard. Hahn had twee bestrijders in die periode: Jacobus Born en F.A. Hommel³⁰. Born beweerde dat er slechts één zakelijk recht was, namelijk dominium, maar voerde slechts een onvruchtbare woordenstrijd. Hommels geschrift was wetenschappelijk gezien een groter succes. In het eerste deel betoogt hij dat de door Hahn vermelde zakelijke rechten niet altijd zakelijke rechten zijn. In twee gevallen kan hij immers aantonen dat eigendom en hypotheek slechts tegen één persoon kunnen worden ingeroepen, waaruit hij opmaakt dat zij dan een persoonlijk en geen zakelijk recht kunnen zijn. In het tweede deel van Hommels kritiek op het systeem van Hahn geeft hij een ganse opsomming van zakelijke rechten, die naast de door Hahn vermelde moeten geplaatst worden. Zelfs als ze niet allen correct zijn, is bij de meeste zijn kritiek toch gegrond. Hommel heeft bij zijn tijdsgenoten echter weinig succes gekend.

Hahns autoriteit bleef overeind tot het beroemde artikel van Thibaut over *dominium directum et utile* verscheen in 1801³¹. Hij bond de strijd aan tegen de opvatting dat het erfpachtrecht en het recht van opstal slechts bijzondere soorten van eigendom waren (*dominium utile*) en er dus onderscheid was met

Publiciana. Van de overige vier rechten kan men zeggen dat zij corresponderen met vier zakelijke acties, namelijk *dominium* met de *reivindicatio*, *servitus* met de *actio confessoria*, *pignus* met de *actio Serviana* en *hereditas* met de *hereditatis petitio*" in R. FEENSTRA, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1990, 84; P.L. NÈVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 30.

²⁷ De *actio confessoria* is de actie om een recht van vruchtgebruik of erfdienstbaarheid op te eisen. De actie om een vruchtgebruik of erfdienstbaarheid te weren is de *actio negatoria*, ofwel de *reivindicatio*, in L. WÆLKENS, *Civium causa*, 2008, Leuven, Acco Leuven, 287.

²⁸ Feenstra meent echter dat Hahn allerminst *possessio* met *actio Publiciana* verbindt, maar wel met *remedia possessoria sive interdicta*, en dat Meijers zich dus vergist, in R. FEENSTRA, "Real rights and their classification in the 17th century: the role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann", *The Juridical Review* 1982, 115.

²⁹ E.M. MEIJERS, "Art. 584 BW", 13-14.

³⁰ J. BORNIIUS, *Dissertatio inauguralis de jure in re actiones reales producente*, Leipzig, 1662 en F.A. HOMMEL, *De quinque juris in re speciebus nec semper tales esse nec solas*, Leipzig, 1736, waarnaar Feenstra en Meijers verwijzen.

³¹ A.F.J. THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, Jena 1798-1801, waarnaar wordt verwezen in P.L. NÈVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 30.

het *dominium directum*. Door overtuigend aan te tonen dat die onderverdeling niet strookte met de teksten van het Corpus iuris civilis en aldus ‘onromeins’ waren, nam Thibaut één van de belangrijkste fundamenten weg waarop het systeem van Hahn rustte. Het stortte ineem kort daarna, maar in tussentijd was het al binnengeslopen in sommige codificaties. In de eerste plaats vindt men de theorie van Hahn onveranderd in het Oostenrijkse BW terug. Artikel 308 stelt dat “Dingliche Sachenrechte sind: das Recht des Besitzes, des Eigenthumes, des Pfandes, der Dienstbarkeit und des Erbrechtes”. Via het Oostenrijkse BW heeft de leer van Hahn in verschillende andere wetboeken haar intrede gedaan: in het BW van Bern, van Luzern, van Solothurn, van Aargau, van Servië en in de tot 1900 in Beieren geldende Codex Maximilianus. Ten slotte is ook het Nederlandse artikel 584 BW onder invloed van de leer van Hahn ontstaan ³².

Beogde Hahn hiermee andere rechten buiten de deur te houden? Neen. De pentarchie van Hahn en haar variaties waren **slechts als een classificatie der zakelijke rechten bedoeld**. Het was allerm minst de bedoeling de vestiging van sommige zakelijke rechten geoorloofd en anderen ongeoorloofd te verklaren. De ganse strijd over het aantal zakelijke rechten wordt door Meijers als ‘grotendeels een woordenkwes tie’ afgedaan. Meijers stelt dat er zoveel zakelijke rechten zijn als waarop het begrip en het wezen der zakelijke rechten past ³³. Hahn wist dat er meer zakelijke rechten waren dan die vijf. Onder de servituten begreep hij immers ook zakelijke lasten als tiendrecht, jachtrecht, weiderecht, collatierecht en andere. Voorts vallen onder de servituten, evenals in het Romeinse recht, de *servitutes personarum* zoals vruchtgebruik, gebruik en bewoning ³⁴.

Het is aangetoond dat **Hahns ideeën niet nieuw** waren. Hahn liet zélf niet na om zijn directe inspiratiebronnen te vermelden! Hahn citeerde Baldus, Iason de Mayno, Donellus, Giphanius, Spiegel, Calvinus, Mynsinger en Bachovius. Vervolgens gaf hij kritiek op zijn voorgangers, die men als volgt kan samenvatten: *dominium*, *pignus* en *servitus* verschenen als zakelijke rechten in de Romeinse bronnen. De andere rechten werden gevonden door ze af te leiden van die bronnen, namelijk door te kijken naar de zakelijke acties: “tot sint species juris in re necesse est invicem distinctae, quot diversae invicem actionum realium species inveniuntur”. Op deze grond stond hij *possessio* en

³² R. FEENSTRA, *Ius in re: Het begrip zakelijk recht in historisch perspectief*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1979, 27; R. FEENSTRA, “Real rights and their classification in the 17th century: the role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann”, *The Juridical Review* 1982, 117-118; E.M. MEIJERS, “Art. 584”, 15-17.

³³ E.M. MEIJERS, “Art. 584 BW”, 23-24.

³⁴ F.C.J. KETELAAR, *Oude zakelijke rechten vroeger, nu en in de toekomst*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1978, 139; “Ejus modi autem sunt, jus decimarum reddituum, hodie jurisdictiones meri et mixti imperii patronatus, obligationum, collectarum, tributorum, censuum, pedagiorum, portorii, venandi, pascendi, lignandi, braxndi, eligendi, protegendi, et in genere alia jura incorporalia ecclesiastica vel secularia in alieno fundo vel loco acquisita”, aangehaald door E.M. MEIJERS, “Art. 584 BW”, 23, noot 1.

jus hereditarium toe³⁵. Het is waar dat zijn voorgangers geen onderverdeling maakten in die vijf zakelijke rechten maar de vijf die door Hahn verkozen werden, waren alle reeds voorgesteld door vroegere auteurs. Hij maakte eenvoudigweg een nieuwe keuze binnen de verschillende combinaties die reeds door zijn voorgangers werden voorgesteld. Hij gaf geen nieuwe argumenten in het voordeel van de individuele rechten die hij verkoos³⁶.

Hahn maakte mogelijks niet eens als eerste de specifieke combinatie van die vijf zakelijke rechten. Deze combinatie werd immers eveneens gevonden in een andere thesis, verdedigd aan de universiteit van Helmstedt, die dateert van meer dan een jaar voor die van Hahn: *De Dissertatio iuridica de uiribu in re constitutis* door Conradus Mensenteich en Joachim Weccius van 4 augustus 1638³⁷. Bovendien was er eerdere thesis, verdedigd door Hahn in Helmstadt, in 1632: *Disputatio iuridica de pactis successoriis, quam... praeside Henrico Schmerehm ... subjicit Henricus Hahn ... ad diem 5. Maii, Helmaestadii 1632*³⁸. In zijn vierde conclusie schrijft hij: “Jus in re constituitur quinque modis, Dominio in specie sic dicto, Iure hereditario, Servitute, Pignore et Possessione”. Behalve de volgorde waarin ze worden vermeld, is dit exact dezelfde combinatie van vijf zakelijke rechten als in de thesis van 1639. Bewijst dit dat Hahn toch de eerste was die deze combinatie maakte? Feenstra denkt van niet. Het feit dat de opsomming hier terloops wordt gegeven, als inleiding tot een heel ander onderwerp, lijkt eerder te bevestigen dat Hahn het elders heeft gevonden. Het zou zelfs de waarschijnlijkheid kunnen versterken van Feenstra’s suggestie dat het idee voor deze combinatie van zakelijke rechten van Joachim Weccius komt (1601-1651) die in Helmstadt les gaf van 1628 tot 1639³⁹.

1.4. TOT AAN DE CODE CIVIL VAN 1804

De juristen in de zeventiende en achttiende eeuw die bij hun systematisering van het recht de leer van Hahn overnamen of in geringe mate wijzigden, wisten uiteraard dat er veel meer zakelijke rechten waren dan deze vijf⁴⁰. Zo aanvaardde Gerhard Feltmann de pentarchie van Hahn als juist, maar hij kende naast de vijf zakelijke rechten van Hahn een zelfstandige plaats toe aan het *jus dotium*⁴¹. Ook door de Rooms-Hollandse auteurs werd Hahns opsomming

³⁵ R. FEENSTRA, “Real rights and their classification in the 17th century: the role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann”, *The Juridical Review* 1982, 114-115.

³⁶ *Idem*, 116.

³⁷ Kopie in de Herzog August Bibliotheek in Wolfenbüttel, alsook in de Bodleian Library in Oxford.

³⁸ Kopie in de Koninklijke bibliotheek van Den Haag alsook in de Niedersächsische Staats- und Universitätsbibliothek van Göttingen.

³⁹ R. FEENSTRA, “Real rights and their classification in the 17th century: the role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann”, *The Juridical Review* 1982, 116-117.

⁴⁰ F.C.J. KETELAAR, *Oude zakelijke rechten vroeger, nu en in de toekomst*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1978, 139; Dit wist ook Hahn, zie 1.3.

⁴¹ E.M. MEIJERS, “Art. 584 BW”, 19.

niet als limitatief beschouwd en inderdaad bestond in hun tijd dan ook een wirwar aan alle mogelijke zakelijke rechten waarmee men als derde maar rekening had te houden. Voet⁴², Huber⁴³, Van der Keessel en Van der Linden⁴⁴ baseerden zich eveneens op Hahn⁴⁵. Voet nam bijvoorbeeld Hahns vijftal over, maar hij achtte de *actio Publiciana* als de basis van het zakelijk recht *possessio*. Huber schrapte evenwel het bezit uit de rij en hield dus een tetarchie over. Bezit was volgens hem nooit meer dan een feitelijke toestand. Van der Keessel, prefereerde Hubers viertal boven het vijftal van Voet⁴⁶.

Al deze rubriceringen beknootten het aantal *jura realia* niet. “Het aantal zakelijke rechten in het oud-vaderlandse recht was vrijwel onbeperkt”, lezen wij over de toestand van voor de codificatie in Nederland. Voor de Franse Revolutie, die de Nederlanden bereikte in 1795, was zij intern verdeeld in verschillende staten met een grote rechtsdiversiteit⁴⁷. Ook in Duitsland was het beeld zeer diffuus: voor de unificatie van privaatrecht in een burgerlijk wetboek, vormden de Germaanse staten geen eenheid. Zij hadden ook geen centrale administratie of een centrale rechtbank. In de latere rechtbanken werd gewoonterecht gebruikt, in combinatie met Romeins recht. Dit Romeinse recht werd becommentarieerd en geïnterpreteerd⁴⁸.

Voor de invoering van de Franse Code civil in 1804 bestond er binnen het territorium van het Franse koninkrijk evenmin eenheid van recht. Er was een sterke gewoonterechtelijke traditie met een rechtssysteem per parlement. Daarnaast deed zich de invloed van het Romeinse recht voelen. Over het al dan niet bestaan van een gesloten systeem van zakelijke rechten spreekt Pothier zich niet uit. Hij merkt slechts op dat andere soorten van rechten dan het *domaine de propriété* daarvan als het ware zijn afgesplitst, het *domaine de*

⁴² In zijn *Commentarius ad Pandectas* uit 1716 (5, 2, 2), waarbij erfpacht en opstal worden aangeduid als *dominium utile*.

⁴³ In zijn *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* uit 1768 elimineert hij bezit en vat onder het begrip ‘halve eigendom’ erfpacht, opstal en leenrecht.

⁴⁴ Met nuanceverschillen ten opzichte van de oorspronkelijke opsomming. Zie het *Regseleerd, practicaal en koopmanshandboek* uit 1806 (1, 11, 1 en 1, 11, 6).

⁴⁵ P.L. NÈVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 29; J.M. SMITS, “Van partijen en derden; over interpretaties van de *numerus clausus* van zakelijke rechten”, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1996, 46-48 (hierna verkort J.M. SMITS, “Van partijen en derden”).

⁴⁶ R. FEENSTRA, “Real rights and their classification in the 17th century: the role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann”, *The Juridical Review* 1982, 118; P.L. NÈVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 29-30.

⁴⁷ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European property law*, Brussel, Intersentia, 2008, 253 (hierna verkort B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*); A. DE BLÉCOURT en H. FISCHER, *Kort Begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, Groningen, Wolters, 1967, 94-95.

⁴⁸ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 169-170; H. COING, *Europäisches Privatrecht I: Älteres Gemeines Recht (1500-1800)*, München, Beck, 1985, 271-273; P.L. NÈVE, “ons ‘gesloten stelsel’ van beperkte rechten”, 229; P.L. NÈVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 30-31 en 35.

supériorité: het recht van grondrente, de rechten van dienstbaarheden en het recht van hypotheek⁴⁹. Ook Demolombe merkt op dat de zakelijke rechten voor de invoering van de Code Civil veeltalig en ingewikkeld zijn: “Nous avons déjà remarqué que les droits réels étaient très-nombreux et très-complicqués dans notre ancienne jurisprudence française. Et pourtant, dans la variété même de leurs formes et de leurs espèces, il est facile de reconnaître un caractère général et commun, qui les rattachait presque tous à une même combinaison. Cette combinaison consistait à décomposer le droit de propriété en deux parties, dont l’une formait le domaine direct, et l’autre le domaine utile”⁵⁰. Men moet deze opdeling van het eigendomsrecht zien in het kader van een feodale maatschappij: *le domaine direct* blijft toebehoren aan de verlener (hij heeft de sociale en politieke superioriteit), terwijl *le domaine indirect* overgaat naar de koper, houder⁵¹.

De doctrine en de praktijk vertoonden dus met betrekking tot de zakelijke rechten in de laatste eeuwen van het Ancien régime in Nederland, Duitsland en Frankrijk niet het gezicht van een gemeen continentaal-Europees recht waarvan het bestaan in de moderne literatuur wel gesuggereerd wordt⁵². Het feodale stelsel was gebouwd op de vermenging van het goederenrecht en het verbintenissenrecht. De verbintenisrechtelijke verhouding tussen leenman en leenheer vond zijn grondslag in het zakenrechtelijk statuut van een onroerend goed⁵³.

Het continent brak met het feodale stelsel tegen het einde van de negentiende eeuw via de Franse Revolutie. De Franse Revolutie reageerde tegen de wildgroei van zakelijke rechten die in het Ancien Régime bestond. Artikel 1 van het Decreet van 28 september 1791 stelt: “le territoire de la France est libre comme les personnes qui l’habitent”. Enerzijds is er de politieke wens van zekerheid voor de burger gekoppeld aan de afkeer van feodale praktijken, anderzijds is meer algemeen de behoefte aan systematisering (met daaraan expliciet gekoppeld de pretentie dat niet de praktijk, maar wel het recht uitmaakt wat mogelijk is) steeds groter⁵⁴.

⁴⁹ P.L. NÈVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 24; R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine, Œuvres de Pothier*, XI, Parijs, Beauce, 1819, 160; W. J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis*, 137.

⁵⁰ R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine, Œuvres de Pothier*, XI, Parijs, Beauce, 162.

⁵¹ “Cette décomposition de la propriété, quelquefois temporaire, le plus souvent perpétuelle, état appelée du nom de bail, nom générique, auquel on ajoutait, pour chacune des espèces de concessions qui formaient cette nombreuse famille de baux, la qualification spéciale qui lui était propre : bail à rente, bail à cens, bail à complant, à locataire perpétuelle, etc.”, in C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l’usufruit, de l’usage et de l’habitation* in *Cours de Code Napoléon*, 9, Parijs, Durand, 1870, 406.

⁵² P.L. NÈVE, “ons ‘gesloten stelsel’ van beperkte rechten”, 228.

⁵³ V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, 1043 (hierna verkort V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem”).

⁵⁴ P.L. NEVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 30; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem”, 1043-1044; J.M. SMITS, “Van partijen en

2. DE CODE CIVIL VAN 1804 EN DE ONTWIKKELINGEN IN DE VERSCHILLENDE EUROPESE LANDEN IN DE 19^E EEUW

2.1 NEDERLAND

Wanneer men van de Rooms-Hollandse auteurs springt naar de tijd waarin de grote codificaties tot stand komen, ziet men dat de pentarchie van Hahn zijn invloed heeft gehad. De Code Civil van 1804 bepaalt in artikel 543 kortweg dat men op zaken kan hebben “un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre”. Toen de Nederlanden onafhankelijk werden in 1813, begon men te werken aan een Nederlands wetboek voor privaatrecht. Bij de beraadslagingen in 1823 over het overnemen van artikel 543 CC in het NBW realiseerde men zich dat de Franse wetgever hiermee niet een limitatieve opsomming had willen geven omdat bijvoorbeeld artikel 2114 CC nog expliciet de ‘hypothèque’ als zakelijk recht noemde. Een beperking tot enkel eigendom, vruchtgebruik en erfdiensbaarheden lag daarmee niet voor de hand ⁵⁵.

De Nederlanden voerden hun op artikel 543 CC geïnspireerde artikel in, in het wetboek van 1838. Het artikel 584 Oud NBW luidde als volgt: ‘Men kan op zaken hebben, hetzij een regt van bezit, hetzij een regt van eigendom, hetzij een regt van erfgenaamschap, hetzij een vruchtgenot, hetzij een regt van erfdiensbaarheid, hetzij een regt van pand of hypotheek’ ⁵⁶. Vanwaar de toevoeging ten opzichte van de Franse tekst van de rechten van bezit, pand, hypotheek en erfgenaamschap? Als men kijkt naar de pentarchie van Hahn is dit niet verrassend, maar de wetgever kende hem niet. Het antwoord moet volgens Meijers gezocht worden in de invloed die de nationale ontwerpen hadden op het BW 1838 en de achter die ontwerpen staande civielrechtelijke traditie. Uit de codificatiegeschiedenis is op te maken dat het Opstel en het Ontwerp van Wierdsma, deel van de ‘Ontwerpen van de commissie van 1798’,

derden”, *supra* noot 45, 48; Zie ook Franse wetgeving: “La législation intermédiaire a très-différemment traité les trois espèces de concessions : 1. le redevances féodales ou mélangées de féodalité, elle les a supprimées sans indemnité (loi du 17 juillet 1793, art.1), 2. les redevances perpétuelles purement foncières qui étaient autrefois immobilières et irrachetables, elle les a déclarées mobilières et rachetables, nonobstant, bien entendu, toute clause d’irrédimibilité (loi du 4 août 1789, art. 6), 3. quant aux redevances qui ne constituaient qu’un simple loyer ou fermage, et qui ne supposaient aucune transmission quelconque de propriété de la part du bailleur au preneur, elle les a maintenues entièrement”, in C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l’usufruit, de l’usage et de l’habitation in Cours de Code Napoléon*, 9, Parijs, Durand, 1870, 411.

⁵⁵ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 254; J.M. SMITS, “Van partijen en derden”, 46-47.

⁵⁶ J.J.F. NOORDZIEK, *Geschiedenis der beraadslagingen*, II, ‘s-Gravenhage, Nijhoff, 1875, 26; J.C. VOORDUIN, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, III, Utrecht, Natan, 1838, 345; In de Franse versie verving men ‘services fonciers’ liever door het vanouds bekende ‘servitudes’. In art. 543 Belgisch BW zijn dat ‘erfdienstbaarheden’.

het vrij open systeem van De Groot's 'Inleidinge' volgen. De Franse tekst vindt zijn Nederlandse pendant in het Ontwerp van Van der Linden van 1807, maar hier wordt de Franse triarchie vervangen door Hahn's pentarchie: "Deze reële Regten bestaan in het Regt van Eigendom, Bezit-Regt, Regt van Erfvolging, Dienstbaarheid, en Pandregt"⁵⁷. In titel zes ('Van regt van Servituut of Dienstbaarheid') komen dan echter behalve de erfdienstbaarheden ook de rechten van vruchtgebruik, erfpacht en opstal aan de orde benevens het tiendrecht, het cijnsrecht en het recht van beklemming. In die zin wijkt Van der Linden wel van Hahn af en is de 'dienstbaarheid' dus weer een verzamelbegrip van de bestaande zakelijke rechten, ook de niet-Romeinse⁵⁸.

De invloed van de Code civil en Van der Linden werkte niet direct door in de Nederlandse wetgeving: *het wetboek Napoleon, ingerigt door het Koninkrijk Holland* (1809) noch het Ontwerp 1816 bevatten een opsommend artikel⁵⁹. De makers van het ontwerp-BW van 1820 volgden wel weer het systeem van Hahn⁶⁰. In het 'algemeen overzicht van den Zusammenhang der onderscheidene delen van het ontwerp van burgerlijk wetboek' worden eerst de erfdienstbaarheden behandeld en vervolgens 'sommige bepaalde soorten van regt van servituut in het bijzonder': opstal, erfpacht, grondrechten, tiendrecht, alsmede vruchtgebruik en gebruik en bewoning. Uit de woorden 'sommige bepaalde soorten' kan men afleiden dat de **regeling geenszins uitpuutend was bedoeld**. Het Ontwerp 1820 is nog eens gewijzigd door een gedeeltelijk nieuw ontwerp. Het op 4 oktober 1823 ingediende ontwerp, vermeldde in haar artikel 31 van de eerste titel voor het eerst het artikel 584 BW. Hieruit kunnen we besluiten dat **uit de versmelting van artikel 543 CC met de pentarchie van Hahn die Van der Linden in zijn Ontwerp had opgenomen, de tekst van artikel 584 van het BW 1838 is ontstaan**⁶¹. Gezien zijn voorgeschiedenis had het geenszins de bedoeling een numerus clausus der zakelijke rechten vast te leggen. Wilde men dan enkel een louter wetenschappelijke classificatie opstellen, die voor de discussie over een al dan niet gesloten systeem zonder belang is? Meijers geloofde dit⁶², maar geloofwaardiger is de mening van Ketelaar, die stelt "dat de wetgever de regeling van een aantal rubrieken of

⁵⁷ C. ASSER, *Het Nederlandsch burgerlijk wetboek vergeleken met het wetboek Napoleon*, `s-Gravenhage, Van Cleef, 1838, 240-241; J. VAN DER LINDEN en J. DE SMIDT, *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808*, Amsterdam, Fontes Iuris Batavi Rariores, 1967, 75; M.J.E.G. VAN GESSEL-DE ROO, *Bronnen van de Nederlandse Codificatie sinds 1798: Zakenrecht 1798-1820*, Zutphen, Walburg Pers, 1991, 147.

⁵⁸ E.M. MEIJERS, "Art. 584 BW", 20-21.

⁵⁹ P.L. NÈVE, "ons 'gesloten stelsel' van beperkte rechten", 231; M.J.E.G. VAN GESSEL-DE ROO, *Bronnen van de Nederlandse Codificatie sinds 1798: Zakenrecht 1798-1820*, Zutphen, Walburg Pers, 1991, 159.

⁶⁰ Dit Ontwerp is slechts een omwerking van het Ontwerp 1816, waarin de pentarchie totaal onbekend was. In het Ontwerp 1820 vielen onder de servituten dezelfde rechten als in het ontwerp 1807.

⁶¹ F.C.J. KETELAAR, *Oude zakelijke rechten vroeger, nu en in de toekomst*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1978, 139; E.M. MEIJERS, "Art. 584 BW", 20; J.M. SMITS, "Van partijen en derden", 46-47.

⁶² E.M. MEIJERS, "Art. 584 BW", 24.

‘normale typen’ van zakelijke rechten beoogde, waarvan de indeling van artikel 584 de basis vormt”. Niet met name genoemde zakelijke rechten zouden in één van deze rubrieken gebracht kunnen worden”, zodat tot 1992 het ontstaan van zo’n recht geoorloofd was, mits één van de in artikel 584 opgesomde categorieën het kon herbergen⁶³. Feenstra vond het meer een kwestie van geluk dat de Nederlandse wetgever een systeem van zakelijke rechten overnam dat geleek op – maar niet meteen geïnspireerd was door – dat van Heinrich Hahn⁶⁴.

Ook in de rechtspraak was men zich bewust van het niet-limitatieve karakter van artikel 584 BW. Zij bevestigde dat zakelijke rechten ook de niet in het oude NBW genoemde rechten omvatten. Zo was er het arrest van de Hoge Raad van 2 november 1855 waarbij de vraag voorlag of de kantonrechter dan wel de rechtbank bevoegd was voor de vordering ter voldoening van visitatiegelden. Dat het recht toch een zakelijk recht zou zijn, hoewel het niet in artikel 584 BW werd genoemd, werd door de eiser in cassatie ontkend. Een tweede arrest van de Hoge Raad van 26 november 1847 betrof een veerrecht, waarbij eiser in cassatie wederom ontkende dat een niet in het BW als zakelijk recht genoemd recht een zakelijk recht was. In beide gevallen besliste de Hoge Raad dat de uitdrukking ‘zakelijke recht’ ook niet in het BW genoemde rechten omvat en dat men in casu bij het recht op visitatiegelden en bij het veerrecht met zakelijke rechten te doen had. Door de lagere rechtscollages werd herhaaldelijk beslist dat nog andere dan in het BW genoemde zakelijke rechten door overeenkomst of verjaring konden gevestigd worden⁶⁵.

Bovendien was het zo dat er geen strikte scheiding bestond tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht. Het was sinds 1841⁶⁶ vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat een contractuele verplichting, die door de eigenaar van een onroerende zaak was aangegaan met het oog op die zaak, overging op de opvolgers in eigendom. Aldus waren zakelijke, maar ook persoonlijke rechten uitgerust met een volgrecht, waardoor op basis van de wilsautonomie zakelijke werking aan vermogensrechten kon worden verleend. De leer, dat aan verbintenissen aangegaan met betrekking tot een bepaalde zaak kwalitatieve

⁶³ F.C.J. KETELAAR, *Oude zakelijke rechten vroeger, nu en in de toekomst*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1978, 140-141; P.L. NÈVE, “ons ‘gesloten stelsel’ van beperkte rechten”, 231-232; Deze opvatting komt zeer dicht bij die van het kleigravingsarrest, Hof Arnhem 4 januari 1933, *W* 12611, *NJ* 779: “O, dat toch in de eerste plaats een volledige opsomming van alle bestaande zakelijke rechten in de wet ontbreekt, zijnde aan art. 584 BW geen limitatieve strekking toe te kennen... zodat dit artikel hoogstens kan beschouwd worden als een schema van de rubrieken, waarin zakelijke rechten kunnen worden ondergebracht”.

⁶⁴ R. FEENSTRA, “Real rights and their classification in the 17th century: the role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann”, *The Juridical Review* 1982, 119, die verwijst naar lezingen van R. FEENSTRA, “Controversion sur la classification des droits réels au XVIIe siècle”, *Revue historique de droit français et étranger* 1979, 714-716.

⁶⁵ E.M. MEIJERS, “Art. 584 BW”, 9-10; Zo bijvoorbeeld het altijdurende recht van genot van weide: Rb. Rotterdam 23 april 1877, *W*. 4108 en 27 januari 1902, *W*. 7829, en wat betreft het recht van voorpotting of bepotting: Rb. 's Hertogenbosch 23 april 1897, *W*. 7160.

⁶⁶ HR 28 januari 1841, *W*. 157, inzake de Leidse schouwburg.

werking toekomt, berustte op de oude leer van de *lex dicta* en de uitleg van artikel 1354 oud BW⁶⁷. Voor 1905 was het derhalve vaste praktijk dat bij de overgang van een zakelijk recht, niet enkel de verbonden rechten maar ook de verplichtingen overgingen op de nieuwe zakelijk gerechtigde. Deze praktijk zal in het begin van de twintigste eeuw kritisch worden onthaald⁶⁸.

Het artikel 584 Oud NBW brengt voor Nederland allerminst een gesloten systeem van zakelijke rechten met zich. Zowel rechtspraak als rechtsleer erkent de vrijheid voor partijen om nieuwe zakelijke rechten te creëren. Bovendien zijn het zakenrecht en het verbintenissenrecht op dat ogenblik nog volledig in elkaar vervlochten. De twintigste eeuw zal hierin een enorm grote wijziging brengen.

2.2 DUITSLAND

Voordat het Bürgerliches Gesetzbuch in 1900 in werking trad, was in de Duitse gebieden geen sprake van een uniform, abstract eigendomsbegrip. Het Duitse vermogensrecht werd tot aan de eerste helft van de negentiende eeuw beheerst door een veelvoud aan zakelijke rechten en er was in die tijd dan ook een grote vraag van Duitse rechtsleer naar een Duits burgerlijk wetboek⁶⁹. In die tijd werden de rechtsstelsels in sommige Duitse gebieden nog beheerst door inheems Germaans recht en leenrechtelijke verhoudingen. De afschaffing van de leenrechtelijke verhoudingen vond in verschillende Duitse gebieden plaats tussen 1800 en 1850, in de zogenaamde ‘grosse Agrarreform’⁷⁰, door middel van bijzondere wetgeving. Het is mogelijk dat deze rechtsontwikkeling gepaard ging met pogingen in de Duitse wetenschap om een nieuw rechtssysteem op basis van een nieuw begrippenapparaat te creëren. Von Savigny ontpopte zich tot criticus van de voorstellen tot codificatie op basis van het natuurrecht. Hij stelde daar tegenover een empirisch historische methode gebaseerd op het Romeinse recht (‘de Historische School’)⁷¹.

⁶⁷ H.W. HEYMAN, “Blaauboer/Berlips”, in E.H. HONDIUS en G. VAN MAANEN, *Civiele klassiekers revisited*, Deventer, Kluwer, 2003, 11; H. W. HEYMAN, “Blaauboer/Berlips (HR 3 maart 1905) Een monument van dogmatische zuiverheid, maar de praktijk is sterker dan de leer”, *NTBR* 2002, 299.

⁶⁸ SAGAERT, V., “Het goederenrecht als open systeem”, 1057-1058; J.M. VAN DUNNÉ, “Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen). Of: de natuur is sterker dan de leer”, in H. SCHOORDIJK, *In het nu, wat worden zal*, Deventer, Kluwer, 1991, 52.

⁶⁹ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 171; W.J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis*, 26: een voorstel tot codificatie van het privaatrecht in de Duitse gebieden werd onder meer door Thibaut naar voor gebracht.

⁷⁰ P. HECK, *Grundriss des Sachenrechts*, Tübingen, Scientia Verlag Aalen, 1930 (herdruk 1970), 86.

⁷¹ T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, *supra* noot 9, 196-198 en 171-175: Nieuwe ideeën met betrekking tot de ontwikkeling van het recht, die waren gebaseerd op onderzoek naar de historische evolutie van het recht, culmineerden in de Historische school van wie von Savigny de bekendste vertegenwoordiger was. Deze ‘Historische School’ ontwikkelde zich in de tweede helft van de negentiende eeuw in de groei naar een codificatie van het burgerlijke recht; W.J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis*, 26-27.

Menig rechtsgeleerde meent dat von Savigny de auctor intellectualis was van de thans gedeelde doctrine volgens welke vele Europese rechtsstelsels een gesloten systeem van zakelijke rechten bezitten. De *numerus clausus* is een kernelement van de door von Savigny ontworpen systematiek voor het Duitse vermogensrecht, die de basis is geweest voor het BGB van 1900. Daarin wordt een scherp onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechtsverhoudingen gemaakt: “Das Römische Recht hält beide (het zakenrecht en het verbintenissenrecht) streng auseinander, und behandelt jeden Teil für sich als ganz unabhängig innerhalb seiner Gränzen”⁷². Voor von Savigny was het onderscheid tussen verbintenissenrecht en zakenrecht een axiomatisch gegeven. De ultieme vraag bij de verdeling van de soorten rechten was namelijk in welke verhoudingen een persoon kan staan tot datgene wat zich buiten die persoon bevindt: slechts twee verhoudingen zijn voor hem denkbaar. Het eerste type rechtsverhouding, het eigendomsrecht op een zaak, verschaft de rechthebbende de volledige heerschappij over een zaak. Het tweede type rechtsverhouding, recht op een prestatie van een andere persoon, mag echter niet op vergelijkbare wijze volledige heerschappij over die ander verschaffen. Het verschaft slechts heerschappij over een enkele handeling van de andere persoon. De consequentie is dat **het zakenrecht en het verbintenissenrecht vanwege de geheel verschillende aard van de twee typen rechtsverhoudingen strikt gescheiden rechtsgebieden moeten zijn. De vervolgstap is dat in het zakenrecht geen plaats is voor partijautonomie, aangezien de heerschappij die eigendom verschaft, volledig en onbeperkt is. De wilsheerschappij binnen het zakenrecht is aan het gezag van de persoon onttrokken en kan daarom alleen op wettelijk voorgeschreven wijze in het leven worden geroepen.** Zo is de gebondenheid aan de wettelijke typen beargumenteerd vanuit een *petitio principii*: omdat zakenrecht en verbintenissenrecht gescheiden *moeten* zijn, kan het niet anders dan dat partijen zelf geen zakelijke rechten in het leven kunnen roepen omdat daarmee een ongeoorloofde inbreuk op de scheiding en dus op de vrijheid van derden zou worden gemaakt⁷³.

In de loop van de negentiende eeuw hebben de Duitse Pandektisten het leerstuk van de zakenrechtelijke geslotenheid niet alleen tot een zakenrechtelijk dogma uitgebouwd, maar ook tot een dragend beginsel van het systeem van het privaatrecht gemaakt. De autonomie van het zakenrecht, waarvan het abstracte eigendomsbegrip een centraal element vormt⁷⁴, de

⁷² P.L. NÈVE, “ons ‘gesloten stelsel’ van beperkte rechten”, 232, die verwijst naar F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlijn, 1840, 374; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 171-173.

⁷³ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 172-173; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 170; W. WIEGAND, “Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas”, in G. KÖBLER en K. KROESCHELL, *Wege europäischer Rechtsgeschichte (Feestbundel Karl Kroeschell)*, Frankfurt, Lang, 1987, 631-632 (hierna verkort W. WIEGAND, “Numerus clausus der dinglichen Rechte”).

⁷⁴ In de negentiende eeuwse Duitse Pandectenwetenschap vindt men op ruime schaal – als Romeins recht voorgesteld – het onderscheid tussen ‘volle’ eigendom en ‘beperkte zakelijke

scherpe scheiding tussen persoonlijke en zakelijke rechten, de verbanning van de partijautonomie bij het creëren van rechtsfiguren uit het zakenrecht naar het overeenkomstenrecht, dit alles ligt ten grondslag aan de numerus clausus der zakelijke rechten⁷⁵. Het door von Savigny rond 1840 ontwikkelde systeem voor het vermogensrecht kan worden gezien als de vervolmaking van het nieuwe begrippenapparaat dat een einde moest maken aan leenrechtelijke verhoudingen. Het recht weerspiegelt hier de maatschappelijke verhoudingen en de heersende politieke overtuigingen, waarin het vrije verkeer van onroerende en roerende goederen een plaats innam. Het moest voorzien in de dubbele maatschappelijke behoefte van die tijd, enerzijds afschaffing van de aan horigheid gelieerde verplichtingen en anderzijds de vergemakkelijking van het handelsverkeer in de verstedelijkte maatschappij⁷⁶.

De nadruk op de zelfstandigheid van het zakenrecht die von Savigny legde, is overgenomen door Johow in zijn toelichting bij het voorontwerp. Vervolgens is die zelfstandigheid uitdrukkelijk verwoord in de ambtelijke Motive bij het daarop gebaseerde regeringsontwerp voor het BGB uit 1888⁷⁷: “Den beteiligten kann es daher nicht freistehen, jedem beliebigen Rechte, welches sich auf eine Sache bezieht, den Charakter des dinglichen zu verleihen. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, welcher das Obligationenrecht beherrscht, hat für das Sachenrecht keine Geltung. Hier gilt der umgekehrte Grundsatz: die beteiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zulässt. **Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher notwendig eine geschlossene**”⁷⁸. De term numerus clausus is in de Motive echter nergens te vinden⁷⁹.

Zo is er in de negentiende eeuw in Duitsland een enorme evolutie vast te stellen binnen het zakenrecht. Het vangt aan met complete rechtsverscheidenheid in het begin van de negentiende eeuw, over het systeem van von Savigny dat de tweespalt tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht aanbrengt en de wilsautonomie binnen het zakenrecht aan banden legt, tot de verdere ontwikkeling van von Savigny's systeem in de

rechten”: R. FEENSTRA, *Ius in re: Het begrip zakelijk recht in historisch perspectief*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1979, 27.

⁷⁵ W. WIEGAND, “Numerus clausus der dinglichen Rechte”, 638-639.

⁷⁶ P.L. NÈVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 40-41.

⁷⁷ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 173; Motive zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 3 : Sachenrecht, Berlin en Leipzig, Amtliche Ausgabe, 1888, herdruk 1983, 1: “Das Sachenrecht nimmt in dem Systeme des Entwurfes eine selbständige Stellung ein”; Wiegand benadrukte de band tussen de ontwerper van het zakenrecht in de eerste Commissie, Johow, en von Savigny's theorie van de strikte scheiding tussen verbintenissenrecht en zakenrecht, in W. WIEGAND, “Numerus clausus der dinglichen Rechte”, 632.

⁷⁸ Motive zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 3 : Sachenrecht, Berlin en Leipzig, Amtliche Ausgabe, 1888, herdruk 1983, 3; J.M. SMITS, “Van partijen en derden”, 48-50.

⁷⁹ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 172-173; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 122.

tweede helft van de negentiende eeuw en de culminatie ervan in het BGB van 1900.

2.3 FRANKRIJK

Zoals we reeds hiervoor zagen, was de Franse Revolutie het keerpunt inzake de unificatie van het Franse recht. Tijdens de circa tien jaren van *droit intermédiaire* werd het feodale systeem verbannen en werd er hard gewerkt aan een wetboek voor de hele Franse bevolking⁸⁰. Op basis van de geboortedatum van de Code civil kan het Franse rechtstelsel worden aangemerkt als de oudste nog levende stam van de civil law rechtstam. Het onderscheid tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht wordt in 1804 heel scherp afgebakend. Hiermee zette de wetgever zich af tegen het Ancien Régime, waar de persoonlijke en zakelijke rechten niet duidelijk onderscheiden werden. Deze scherpe tweedeling (ook in het wetboek tussen Boek II en Boek III) moest bijdragen tot de nieuwe maatschappelijke ordening die de revolutionaire wetgever beoogde tot stand te brengen. Het eigendomsrecht moest volgens de wetgever van 1804 exclusief en absoluut zijn, wat de uitsluiting van derden impliceerde. De mogelijkheid om gebruiks- en genotsrechten af te staan, wat een inperking zou zijn van het eigendomsrecht van de eigenaar, werd zo aan banden gelegd. **De numerus clausus kan men dan zien als de juridische vrucht van de Franse Revolutie**⁸¹. Evenals het oude Nederlands Burgerlijk Wetboek in artikel 584, kent de Franse Code civil een bepaling die een aantal zakelijke rechten opsomt. Artikel 543 CC luidt: “On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre”. Deze Franse bepaling geeft slechts een opsomming van rechten, welke nog onvollediger is dan de Nederlandse, aangezien de zakelijke zekerheidsrechten er niet in zijn genoemd⁸². Het algemene principe dat buiten de wet geen nieuwe zakelijke rechten kunnen worden gecreëerd, is er niet uitdrukkelijk in verwoord.

De Code civil voerde een nieuw beginsel in: “La propriété s’acquiert par l’effet des obligations”. Dit beginsel is gebaseerd op de contractsvrijheid. Is dit te verzoenen met een traditioneel gesloten gemeenrechtelijk systeem van zakelijke rechten? Blijkens de toelichting⁸³ van het artikel 543 CC wilde men door middel van deze bepaling benadrukken dat er op een zaak niet meer, zoals voorheen, leenrechtelijke verplichtingen konden rusten. Zij maakt, aldus

⁸⁰ B. AKKERMANS, *The numerus clausus of European property law*, Brussel, Intersentia, 2008, 85-86.

⁸¹ V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem”, 987 en 1044.

⁸² S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, 147.

⁸³ J.-G. LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle*, IV, Brussel, Wahlen, 1836, 14: “Cet article, en ne comprenant pas les droits seigneuriaux dans ceux qu’on peut avoir sur les biens dont on n’est pas propriétaire, abolit jusqu’au dernier vestige de la seigneurie féodale”.

beschouwd, slechts onderdeel uit van de afrekening met het feodale systeem van het Ancien Régime. De bepaling laat zich daarom niet uit over de mogelijkheid andere beperkte zakelijke rechten op een zaak te vestigen dan de gebruikelijke, niet-leenrechtelijke, Romeinsrechtelijke ⁸⁴.

In de Franse literatuur heeft altijd **verdeeldheid** geheerst ten aanzien van het bestaan en de wenselijkheid van een numerus clausus van zakelijke rechten. Voorstanders van het numerus clausus beginsel wijzen op de geschiedenis van artikel 543 CC. Uit de debatten over het ontwerp zou volgens hen de bedoeling naar voor komen de oude rechten uit de feodale tijd af te schaffen door middel van wettelijk geregelde en limitatief in artikel 543 CC opgesomde typen zakelijke rechten ⁸⁵. Zo stelt Locré: “L’on ne peut avoir sur les biens que trois espèces de droits: ou un droit de propriété, ou un simple jouissance, ou seulement des services fonciers. Ainsi notre Code abolit jusqu’au moindre vestige de ce domaine de supériorité jadis connu sous les noms de seigneurie féodale et censuelle” ⁸⁶.

Het recht inzake zakelijke rechten zou bovendien van openbare orde zijn: Demolombe schreef dat enkel de openbare orde grenzen kan stellen aan de vrijheid om over goederen te beschikken zoals men wenst. Alle zakelijke rechten zouden moeten kunnen worden ondergebracht in één van de drie in artikel 543 CC genoemde klassen. Het is vervolgens aan de rechterlijke macht om op basis van deze kenmerkende eigenschappen te onderzoeken of een door partijen gecreëerd recht is onder te brengen in één van de drie wettelijke categorieën en derhalve kan worden erkend als zakelijk recht ⁸⁷. Locré zei hierover: “L’opinion générale est que les articles du Code Napoléon, qui déterminent les droits que l’on peut avoir sur les biens, n’ont rien de limitatif, et que les particuliers sont libres de créer encore et en outre, tous les démembrements qu’il leur convient d’adopter, et de faire de leur propriété tous les cisaillements possibles.” Deze vrijheid bestaat volgens Locré echter enkel binnen de cirkel van de drie wettelijke categorieën. Immers: “Les particuliers ne peuvent pas, bien entendu, par leurs conventions ni par leurs dispositions, changer les lois qui concernent *l’ordre public* (article 6, 1133, 1172, etcetera). La loi qui détermine et organise les droits réels, dont les biens seront

⁸⁴ T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 248-257; W. J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis*, 138-139.

⁸⁵ Eén van de ontwerpers, Treilhard, stelde: “Voilà, en effet, les seules modifications dont les propriétés soient susceptibles dans notre organisation politique et sociale ; il ne peut exister sur les biens aucune autre espèce de droits : ou l’on a une propriété pleine et entière, que renferme également et le droit de jouir et le droit de disposer ; ou l’on a n’a qu’un simple droit de jouissance, sans pouvoir disposer un fods ; ou enfin on n’a que des services fonciers à prétendre sur la propriété d’un tiers”, waarnaar wordt verwezen in B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 163.

⁸⁶ J.-G. LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle*, IV, Brussel, Bruylant, 1836, 32.

⁸⁷ C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l’usufruit, de l’usage et de l’habitation* in *Cours de Code Napoléon*, 9, Parijs, Durand, 1870, 431-437; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 140 ; Ook in de twintigste eeuw : C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, IV, Parijs, Rousseau, 1938, 63.

susceptibles, intéresse sans doute au plus haut degré, les tiers, le public, le mode de transmission des biens, la sécurité des conventions. Donc elle est une loi d'ordre public; donc, les particuliers ne la peuvent pas changer ; donc, une telle loi, dans l'énumération des droits réels qu'elle reconnaît, doit être nécessairement considérée comme limitative⁸⁸.

De tegenstanders van het numerus clausus beginsel baseren zich in grote mate op de analyse van artikel 543 CC. Zij wijzen erop dat het artikel als limitatieve opsomming gebrekkig is en daarom slechts als een introductie op de daarop volgende bepalingen kan worden gezien. De wetgever laat geen exhaustief karakter vermoeden, aangezien het artikel niet bepaalt dat men geen andere zakelijke rechten kan hebben. "On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ..." in plaats van "On ne peut avoir sur les biens qu'un droit de propriété, qu'un simple droit de jouissance, ..." ⁸⁹.

Bovendien is het artikel onvolledig: "En outre, l'article 543 CC ne comprend même pas tous les droits réels énumérés par le Code lui-même (article 2114 CC notamment) puisqu'il ne vise pas les sûretés réelles" ⁹⁰. Naast het feit dat de later ontstane zakelijke rechten uiteraard niet worden vermeld (erfpacht, opstal), wordt in deze bepaling evenmin melding gemaakt van sommige autonome zakelijke rechten (mede-eigendom) noch van de accessoire zakelijke rechten (pand, hypotheek ⁹¹, bijzondere voorrechten).

Ook pleiten sommige auteurs voor liberalisme. Zo stelt Toullier: "Mais si on demande quels sont les droit qu'on peut séparer de la propriété parfaite, de combien de manières on peut la démembrer, il faut d'abord poser en principe que chacun pouvant disposer de sa propriété de la manière la plus absolue (article 544). Il peut en détacher les droits que bon lui semble, étendre ou limiter ces droits comme il le veut. En un mot, démembrer sa propriété de toutes les manières qu'il le juge à propos, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux lois ou à l'ordre publique" ⁹².

De vraag naar een numerus clausus wordt aan de orde gesteld in het belangrijke arrest *Caquelard tegen Lemoine* van het Franse Hof van Cassatie

⁸⁸ J.-G. LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle*, IV, Brussel, Wahlen, 1836,31-32.

⁸⁹ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, 196.

⁹⁰ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Parijs, Recueil Sirey, 1928, 81; P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, 196.

⁹¹ F. GOTZEN, "Zakelijke rechten : plaats en aantal in het burgerlijk recht", *R.W.* 1978-1979, 2339.

⁹² C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français*, III, Brussel, Wahlen, 1824, 52; Zie ook de Gentenaar F. LAURENT, *Principes de droit civil*, VI, Brussel, Bruylant, 1871, 108 : "Qu'est-ce qu'un droit réel ? Des actes de propriété, des manières d'utiliser la propriété. Savoir si le propriétaire est libre de faire de sa chose ce qu'il veut. L'affirmative est un axiome, et cet axiome est écrit dans nos lois aux termes de l'article 544".

uit 1834⁹³. De ene partij, Caquelard, bezat een oever met daarop groeiend gras en planten. De andere partij, Lemoine, was de eigenaar van bomen die op de oever groeiden. Een lagere rechtbank van Rouen had beslist dat beide partijen eigenaar waren, of tenminste mede-eigenaars, van de oever, maar dat Caquelard de rechten van Lemoine moest respecteren met betrekking tot de bomen. De rechtbank van Rouen hield voor dat het recht van Lemoine een erfdiensbaarheid was. Caquelard ging daarop in cassatie en argumenteerde dat de rechtbank van Rouen de beginselen van het eigendomsrecht had geschonden. Het Hof verwierp het beroep en besliste dat de partijen beiden mede-eigenaar konden zijn, zelfs met een ietwat ongewone scheiding van rechten zoals hier het geval was. Het Hof stelde dat de artikelen 544, 546 en 552 CC het gemene recht van eigendom representeren, maar dat zij niet prohibitief zijn: “Attendu en droit que les articles 544, 546 et 552 CC., sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs. Que ni ces articles, ni aucune autre loi, n’excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible”⁹⁴. Het Hof komt dus tot de vaststelling dat de vrije beschikkingsmacht van de eigenaar (bepaald in artikel 544 CC) impliceert dat hij niet alleen zijn recht kan vervreemden, maar het eveneens kan beperken naar eigen goeddunken. Uit het arrest trekt men dan ook de conclusie dat het Franse recht een in beginsel open stelsel van zakelijke rechten kent⁹⁵.

Patault⁹⁶ meende dat deze ogenschijnlijke contradictie tussen het, op het eerste zicht, niet mis te verstane artikel 543 CC en de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie kan gezien worden in het licht van de afschaffing van het feodale systeem. In de eerste helft van de negentiende eeuw lag de nadruk vooral op de bescherming van de eenheid van het eigendomsrecht, in de tweede helft op de exclusiviteit van het eigendomsrecht. Dit verklaart waarom de rechtspraak in de eerste helft van de negentiende eeuw toestond dat meerdere mensen een zelfde eigendomsrecht deelden, terwijl in de tweede helft afzonderlijke zakelijke rechten werden toegekend⁹⁷. Deze evolutie zette zich ook verder in de twintigste eeuw.

Frankrijk kent aan het begin van de negentiende eeuw zijn eigen aanzet tot het numerus clausus beginsel in artikel 543 CC, dat net zo goed kan geïnterpreteerd worden als een zich louter afzetten tegen het feodale regime

⁹³ Cass. fr. 13 februari 1834 (Caquelard), *D.*, 1834, I, 118.

⁹⁴ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 163; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem”, 1057.

⁹⁵ T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 248; W. J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis*, 140; Ook in latere arresten leek het Franse Hof van Cassatie in de negentiende eeuw het gesloten systeem van het goederenrecht van de hand te wijzen: Cass. fr. 12 december 1899, *S.* 1901, I, 497; Cass. fr. 25 oktober 1886, *S.* 1887, I, 373; Cass. fr. 5 november 1866, *D.* 1867, I, 32; Cass. fr. 20 februari 1851, *D.* 1851, I, 54.

⁹⁶ A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Parijs, PUF, 1989, 15.

⁹⁷ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 2008, 164.

zonder het aantal zakelijke rechten te willen beperken. Gedurende de negentiende eeuw blijft de onenigheid hierover duren, hoewel met het arrest van 1834 de meerderheid van rechtspraak en rechtsleer neigt naar liberalisme. In België zien we dezelfde tweestrijd: “La question s’il est permis, dans les contrats, d’établir des droits réels autres que ceux mentionnés au code civil ou dans les lois en général? L’affirmative est généralement admise sauf quelques dissentiments”⁹⁸. Laurent ziet geen reden tot twijfel: “La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue. Donc le maître peut détacher de sa propriété tels droits qu’il veut”⁹⁹.

2.4 HET ANGLO-AMERIKAANSE RECHT

Eén van de grote verschilpunten tussen *civil law* en *common law*, is dat *civil law* heeft gebroken met de traditionele verwevenheid van het zakenrecht en het verbintenissenrecht, terwijl *common law* hiermee is verder gegaan¹⁰⁰. Het fenomeen van een numerus clausus van zakenrechtelijke rechten heeft in de Anglo-Amerikaanse doctrine nooit veel aandacht gekregen. Hiervoor zijn verschillende oorzaken aan te wijzen. Ten eerste ontbreekt in de Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels een allesomvattende codificatie. Ten tweede is de doctrine in beide landen veel minder dogmatisch ingesteld dan die op het continent in Europa, in ieder geval ten opzichte van de pandektistische stroming. En ten derde is er van een absoluut eigendomsbegrip geen sprake. De term *ownership* heeft slechts de betekenis dat de rechthebbende een sterke aanspraak kan doen gelden jegens derden¹⁰¹.

Over het al dan niet bestaan van een numerus clausus beginsel in het Anglo-Amerikaanse recht bestaat geen eensgezindheid. Er zijn auteurs die het beginsel zien als ‘a general principle of modern property law’¹⁰². Anderen stellen dan weer dat men in het Anglo-Amerikaanse recht geen Franse Revolutie heeft gekend die komaf heeft gemaakt met het feodale stelsel en dat dit stelsel bijgevolg nog steeds de grondslagen biedt voor het Engelse zakenrecht¹⁰³. Terwijl het wordingsproces van het zakenrecht in *civil law* zou

⁹⁸ E. PICARD, N. D’HOFFSCHMIDT en J. DE LE COURT, *Pandectes belges : encyclopédie de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, XXXIII, Brussel, Larcier, 1890, 1190.

⁹⁹ F. LAURENT, *Principes de Droit Civil*, II, Brussel, Bruylant, 1878, 107-108. Thiry is dezelfde mening toegedaan, in V. THIRY, *Cours de droit civil*, I, Luik, Vaillant-Carmanne, 1892, 689-690.

¹⁰⁰ V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem”, 987.

¹⁰¹ F.H. LAWSON en B. RUDDEN, *The law of property*, Oxford, Clarendon, 1982, 115: “when the term ownership is used in relation to title, it is merely contrasted with possession, and means little more than title, or at most a title with no obviously better title outstanding. The owner is a person who has something better than mere possession. But no technical significance attaches to the term, for what he alleges in an action to recover possession is that he has a right to immediate possession of the thing which is almost invariably relative”; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 266-267.

¹⁰² T. MERRIL en H. SMITH, “Optimal Standardization in the law of property: The Numerus Clausus Principle”, *Yale Law Journal* 2000, 69 (hierna verkort T. MERRIL en H. SMITH, “Optimal Standardization”).

¹⁰³ S. VAN ERP, “A numerus quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?”, in K. BOELE-WOELKI, C.H. BRANTS en G.J.W. STEENHOFF, *Het plezier*

hebben geleid tot een beperking van het aantal zakelijke rechten, zou *common law* een grotere flexibiliteit aan de dag leggen voor de vestiging van nieuwe zakelijke rechten¹⁰⁴. De waarheid moet zoals altijd in het midden gevonden worden.

In *common law* wordt, net als in *civil law*, een onderscheid gemaakt dat teruggaat op het Romeinsrechtelijke onderscheid tussen *actiones in rem* en *actiones in personam*. *Common law* was oorspronkelijk, evenals het klassieke Romeinse recht, een actiënrecht. Veel langer dan in *civil law*, werd in *common law* de regel gehanteerd dat iemand die een recht wilde doen gelden dit slechts met succes kon doen wanneer hij zijn eis goot in een bepaalde voorgeschreven processuele vorm (*writ*) die op zijn geval van toepassing was¹⁰⁵. Bracton maakte halverwege de dertiende eeuw een fundamenteel onderscheid tussen de *writs (actiones)* die *in rem* en die welke *in personam* zijn. Zo heeft het oude onderscheid tussen *real actions* en *personal actions* uit de middeleeuwse *common law* in het Anglo-Amerikaanse recht aanleiding gegeven tot een fundamentele splitsing binnen het zakenrecht: de *law of real property* met betrekking tot land en de *law of personal property* met betrekking tot roerende goederen of *chattels* die beschermd werden door respectievelijk de *real actions* en de *personal actions*, tot zij in 1833 verdwenen¹⁰⁶. Vandaag is het onderscheid vooral historisch, maar men blijft het wel nog toepassen.

In het Romeinse recht, en in zekere zin in het latere *common law* recht, is er nog een ander fundamenteel onderscheid, namelijk dat tussen *ownership* (een juridisch recht) en *possession* (een feit). Dit laatste onderscheid werd echter nog niet gebruikt in de middeleeuwen, waar men sprak van *tenure* en *lordship*¹⁰⁷. *Tenure* behelst de relatie waarbij een *tenant* (houder) land van zijn *Lord* ‘houdt’. ‘*Holding as opposed to owning*’, moet uitgelegd worden in het kader van het feodale systeem. De *tenant* had geen *ownership* over het land, de enige bescherming die hij had was de morele verplichting van de *Lord* om zijn mannen te beschermen. Ook het recht van de *Lord* kon niet voor *ownership* doorgaan. De *Lords* taak om de *tenure* van de mannen onder hem te

van de rechtsvergelijking. Opstellen over unificatie en harmonisatie van het recht in Europa aangeboden aan prof. Mr. E.H. Hondius, Deventer, Kluwer, 40.

¹⁰⁴ A.M. GARRO, *Recordation of Interests in Land* in *International Encyclopedia of comparative law*, VI, 8, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, 61; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem”, 1056 en 1059.

¹⁰⁵ De zogeheten ‘*forms of action*’ zijn in Engeland pas afgeschaft in 1832 en 1833.

¹⁰⁶ *Real property* heeft betrekking op land, *personal property* op alles wat niet land is. *Real property law* verwijst naar de *actio in rem*, dat kon gebruikt worden om een recht te beschermen. *Personal property* naar de *actio in personam*. Alleen zakelijke acties konden resulteren in een *remedy*, persoonlijke acties konden enkel leiden tot schadevergoeding, in B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 332 en 337; F.H. LAWSON en B. RUDDEN, *The law of property*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 22; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 273; W.J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis*, 180-184.

¹⁰⁷ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Londen, Butterworths, 2002, 223.

garanderen, was een punt van eer¹⁰⁸. De koning, als de superieure feodale *Lord* en als *fountain of justice*, nam de taak op zich om toezicht te houden op elke feodale autoriteit. Als *Lords* er niet in slaagden om recht te doen geschieden, zou de koning handelen. In de praktijk gaf de koning die macht door aan zijn *Chancellor*. Langzaamaan werden het aantal zaken en het belang groter van diens ‘rechtspraak’ en de *Chancellor* vestigde zich in de *Chancellor’s Division*, die systematisch eigen regels begon uit te werken. Deze regels ontwikkelden zich in een apart systeem, *equity*, dat naast de *common law* kwam te staan¹⁰⁹. Het zakenrecht is vandaag afkomstig uit drie bronnen: *common law*, *equity* en *statute*¹¹⁰.

In de Engelse rechtspraak blijken reeds van oudsher sporen aanwezig van een zekere geslotenheid van het zakenrecht. Reeds halverwege de negentiende eeuw werd algemeen aangenomen dat het niet mogelijk was om nieuwe typen rechten te creëren. Zo oordeelde de Chancery Division reeds in 1834 in de zaak *Keppell vs Bailey*: “In respect of enjoyment, one may have the possession and the fee simple, and another may have a rent issuing out of it, ... All these kinds of property, however, all these holdings, are well known to the law and familiarly dealt with by its principles. But it must not therefore be supposed that incidents of a novel kind can be devised and attached to property, at the fancy or caprice of any owner. There can be no harm in allowing the fullest latitude to men in binding themselves and their representatives... But great detriment would arise and much confusion of rights, if parties were allowed to invent new modes of holding and enjoying real property”¹¹¹.

De zaak *Hill vs Tupper* van 1863 handelde in dezelfde zin: “The law will not permit an owner of estate to grant it alternatively to his heirs male and heirs female. A new species of incorporeal hereditament cannot be created at the will and pleasure of the owner of property; but he must be content to accept the estate and the right to dispose of it subject of the law as settled by decisions or controlled by act of parliament”¹¹².

Deze zaken tonen aan dat de Engelse rechtbanken erg zorgvuldig zijn in het omgaan met partijen die pogen een zakelijk effect te geven aan hun relatie. De rechtbank buigt zich over de aard van deze juridische relatie die de partijen

¹⁰⁸ *Idem*, 224-230; F.H. LAWSON en B. RUDDEN, *The law of property*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 77-78.

¹⁰⁹ Tot 1875 werden *common law* en *equity law* behandeld in verschillende rechtbanken. Uiteindelijk werden ze samengevoegd: The Judicature Acts 1873-1875; B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 335-336; J. BIANCALANA, “Medieval Uses” in R.H. HELMHOLZ en R. ZIMMERMANN (eds.), *Trust and treuhand in historical perspective*, Berlijn, Duncker und Humblot, 142.

¹¹⁰ W.J. SWADLING, “Property: General principles”, in A. BURROWS, *English Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 228 (hierna verkort W.J. SWADLING, “Property: General principles”).

¹¹¹ *Keppel vs Bailey* (1834) 2 My & K 517, 520-526, at 535-536 per Lord Brougham LC., in B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 388.

¹¹² *Hill vs. Tupper* (1863) 2 H & C 121, 123-124; W.J. SWADLING, “Property: General principles”, 223.

hebben gecreëerd en toetst dit op een consequente wijze aan de lijst van mogelijke zakelijke rechten: als de relatie niet valt onder één van de erkende zakelijke rechten, moet het een persoonlijke relatie zijn ¹¹³.

In sommige zaken hebben de rechtbanken toch toegegeven aan de erkenning van een nieuw zakelijk recht. Dit gebeurde niet in *common law*, maar wel in *equity*. Hoewel *common law* en *equity* met elkaar verbonden zijn, en zakelijke rechten die in *common law* bestaan, eveneens aanwezig zijn in *equity*, zijn er toch enkele verschillen. De rechtbanken gebruikten af en toe een verschillende benadering van de limitatieve lijst van zakelijke rechten en zo heeft *equity* bijgedragen tot de erkenning van nieuwe zakelijke rechten in het Anglo-Amerikaanse recht ¹¹⁴.

Men kan hieruit besluiten dat in de negentiende eeuw de lijst van zakelijke rechten in het Anglo-Amerikaanse recht in zekere mate gestandaardiseerd was, niet op basis van wetgeving, maar wel op basis van rechtspraak. Het was echter mogelijk voor partijen om in *equity* nieuwe zakelijke rechten te creëren.

3. DE 20^e EEUW

3.1 DE EVOLUTIE IN NEDERLAND EN DE BREUK MET DE CODE CIVIL

Aan het einde van de negentiende eeuw waren elementen van de Duitse dogmatiek, zoals het pandektische eigendomsbegrip en het Savignaanse systeem van het vermogensrecht, in de Nederlandse discussie een grote rol gaan spelen, soms uitdrukkelijk, maar meestal indirect via de grote handboeken van Nederlandse juristen, die in belangrijke mate door de Duitse doctrine werden geïnspireerd. Het ontwerp van 1898 bevatte een bepaling inzake de numerus clausus die aan duidelijkheid weinig te wensen overliet. Artikel 13 van het ontwerp luidde: “Geen andere zakelijke rechten worden erkend, dan die in dit Wetboek zijn geregeld. Niettemin worden de bij de invoering van het Wetboek reeds gevestigde zakelijke rechten van anderen aard gehandhaafd”. De Staatscommissie betrok in haar ontwerp onder andere het BGB met voorontwerp van Johow. Het ontwerp heeft echter niet geleid tot wetgeving ¹¹⁵.

Ook het artikel van P.R. Feith in jaargang 1897 van *Themis* reageerde tegen rechtspraak van de negentiende eeuw, waarin het numerus clausus beginsel

¹¹³ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 389-390.

¹¹⁴ Vb. *Tulk vs. Moxhay*, (1848) 2 Ph 774, waarbij Lord Cottenham een nieuw zakelijk recht erkende, *a restrictive covenant*, dat enkel in *equity* bestaat, zie ook 3.4; B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 392.

¹¹⁵ T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 169 en 131-133; Dit zou kunnen duiden op het feit dat er toch geen volledige consensus was.

niet altijd werd gevolgd ¹¹⁶. Het artikel vertoont opvallende parallellen met de toenmalige Duitse doctrine. Ten eerste bevat het veel aanwijzingen dat het Nederlandse recht de strikte scheiding tussen zakenrecht en verbintenissenrecht kende, die kenmerkend was voor het kort daarvoor ontstane Duitse wetboek ¹¹⁷. De wortels voor het onderscheid liggen volgens Feith al in het Romeinse recht. Ten tweede stelt Feith dat de regel dat niemand buiten zijn vrije wil door een overeenkomst gebonden kan zijn, zoals neergelegd in artikel 1376 oud BW, één van de hoofdbeginselen is van het Nederlandse recht ¹¹⁸. Bovendien gaat hij uit van het primaat van de wetgever ¹¹⁹, een duidelijk kenmerk van de *numerus clausus* in oorspronkelijke zin. Feith gebruikt de termen *numerus clausus* en gesloten stelsel niet. De achterliggende gedachte is echter wel dat er in het zakenrecht geen ruimte kan zijn voor partijautonomie ¹²⁰.

Op de vraag of partijen nieuwe typen zakelijke rechten kunnen creëren, werd aan het begin van de twintigste eeuw in de lagere rechtspraak nog overwegend positief geantwoord. Er is op dat moment een hang naar ruimere erkenning van de partijautonomie in het zakenrecht ¹²¹. Later zal het tij keren, mogelijks onder invloed van het Opstel van Meijers van 1907 ¹²². In dit opstel zijn eveneens parallellen te vinden met de Duitse ontstaansgeschiedenis van het *numerus clausus* beginsel. Meijers benadrukt dat het artikel 584 oud BW het resultaat is van een historische evolutie en hij verwijst daarvoor naar Hahns pentarchie als oorsprong. Meijers komt tot de conclusie dat er geen andere zakelijke rechten kunnen ontstaan dan deze waarvan de wet uitdrukkelijk vermeldt, dat zij kunnen gevestigd worden ¹²³.

¹¹⁶ Zie 2.1: de negentiende eeuw in Nederland over de kwalitatieve werking van verbintenissen.

¹¹⁷ P.R. FEITH, “Eene oude vraag. Beteekenis van art. 1354 BW”, *Themis* 1897, 642-643: “De scherpe onderscheiding tusschen zakenrecht en verbintenissenrecht, waarop onze geheele wetgeving berust...”.

¹¹⁸ *Idem*, 646: “dat niemand anders dan tengevolge van zijn vrijen wil door eene overeenkomst gebonden kan zijn; zij kunnen aan derden niet ten nadeele verstrekken; dit leert art. 1376 op ondubbelzinnige wijze”.

¹¹⁹ *Idem*, 655: bijvoorbeeld: “Immers als de wetgever zulk eene beperkte beteekenis aan het woord had willen hechten, waarom dan eene algemeene uitdrukking gebruiken?”

¹²⁰ T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 152-156.

¹²¹ Rb. Rotterdam 23 april 1877, *W.* 4108 en Rb. Rotterdam 27 januari 1902, *W.* 7829.

¹²² Rb. Rotterdam 9 februari 1914, *NJ* 1914, 673, *WPNR* 2308: “O. dat echter het recht van dijkettinge, onder welke benaming ook, in de wet niet wordt vermeld, zoodat het onder de geldende wet ook niet gevestigd en dus ook niet door verjaring kan worden verkregen”; Uit het arrest volgt dat zonder wettelijke grondslag geen rechten kunnen bestaan en derhalve ook dat geen nieuwe typen zakelijke rechten door partijbedoeling kunnen ontstaan”; E.M. MEIJERS, “Art. 584 BW”; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 49-50.

¹²³ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 320-321; E.M. MEIJERS, “Art. 584 BW”, 24: Meijers stelt dat zakelijke rechten enkel kunnen bestaan als er een specifieke wettelijke basis is voor hun bestaan. Deze basis mag ook liggen buiten de rechten genoemd in artikel 584 oud NBW. Meijers noemt het genot van weide en het recht van ettinge; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 156-158.

Het arrest Blaauboer/Berlips uit 1905¹²⁴ wordt voorgesteld als de jurisprudentiële basis voor de geslotenheid van het zakenrechtelijke systeem. De feiten zijn de volgende: de broers Berlips hadden bij openbare veiling in 1881 een aantal bouwpercelen verkocht, waarop vervolgens woningen werden gebouwd. Bij de veilingakte hadden de broers zich verplicht om op het terrein gelegen tussen de bouwterreinen, dat zij in eigendom behielden, een openbare weg aan te leggen. Toen die verplichting na twintig jaar nog niet was nagekomen, sprak één van de kopers, meneer Blaauboer, de overlevende broer aan. Deze stelde dat hij de grond in 1887 verkocht had en dat bijgevolg ook de verplichting tot het aanleggen van de weg overgegaan was op de nieuwe eigenaars. Hij en zijn broer waren dus bevrijd¹²⁵. We zagen reeds dat de rechtspraak van de negentiende eeuw het mogelijk maakte een contractuele verplichting, die door de eigenaar van een onroerende zaak was aangegaan met het oog op die zaak, kon overgaan op de opvolgers in eigendom, ook als zij die verkregen onder bijzondere titel. Dit verklaart waarom in eerste aanleg en in hoger beroep Berlips gelijk kreeg¹²⁶. De Hoge Raad antwoordde echter dat van verbintenissen die betrekking hebben op een goed wel de actieve zijde (het vorderingsrecht), maar niet de passieve zijde (de schuld) overgaat op diegene die dat goed onder bijzondere titel verkrijgt¹²⁷. De literatuur kante zich immers reeds geruime tijd tegen deze negentiende eeuwse rechtspraak. Zo stelde onder andere Feith dat “de scherpe onderscheiding tussen zakenrecht en verbintenissenrecht, waarop onze geheele wetgeving berust, door de heerschende leer omvergeworpen wordt”. Bovendien bracht die leer rechtsonzekerheid met zich mee, aangezien het niet duidelijk was welke verplichtingen nu wel en welke niet de zaak volgen¹²⁸. De verwevenheid van het zakenrecht en het verbintenissenrecht en de daarmee gepaard gaande kwalitatieve verbintenis van de negentiende eeuw werd derhalve door het arrest overboord geïgoid.

Maar het arrest ging verder dan de uitleg over artikel 1354 oud BW. Hoewel de geslotenheid van het aantal zakelijke rechten nergens in het arrest met zoveel woorden wordt vermeld, kan men dit toch afleiden uit verschillende elementen. De verwerping van elke vorm van verzakelijking van verbintenissen zonder wettelijke basis en het dwingend karakter van de in de

¹²⁴ HR 3 maart 1905, W. 8191, *WPNR* 1884 (Blaauboer/Berlips).

¹²⁵ H. W. HEYMAN, “Blaauboer/Berlips (HR 3 maart 1905) Een monument van dogmatische zuiverheid, maar de praktijk is sterker dan de leer”, *NTBR* 2002, 298.

¹²⁶ Uitspraak Rechtbank Amsterdam van 23 april 1902: “Dat de verbintenis, door de gebroeders Berlips aangegaan, is eene persoonlijke verbintenis, maar, als aangegaan met het oog op een bepaald onroerend goed, in hare werking inzoverre gelijk op een zakelijk recht, dat zij, bij vervreemding van dat goed door den verbondene, op den verkrijger daarvan overgaat, ...”

¹²⁷ H.W. HEYMAN, “Blaauboer/Berlips”, in E.H. HONDIUS en G. VAN MAANEN, *Civiele klassiekers revisited*, Deventer, Kluwer, 2003, 9.

¹²⁸ P.R. FEITH, “Eene oude vraag. Beteekenis van art. 1354 BW”, *Themis* 1897, 642; H. W. HEYMAN, “Blaauboer/Berlips (HR 3 maart 1905) Een monument van dogmatische zuiverheid, maar de praktijk is sterker dan de leer”, *NTBR* 2002, 301: Het art. 1354 oud BW is overgenomen van het Franse 1122 CC, waarbij *stipuler* foutief zou zijn vertaald aangezien enkel het verkrijgen van rechten werd bedoeld en dus niet het aangaan van rechten en verplichtingen.

wet geregelde goederenrechtelijke rechten, wijzen op de zelfstandigheid van het zakenrechtelijk stelsel¹²⁹. Het wettelijk stelsel van publiciteit voor de vestiging van zakenrechtelijke rechten en de rechtszekerheid voor derden die daarmee gepaard gaat, vormen de rechtvaardiging voor de geslotenheid van het goederenrechtelijk stelsel¹³⁰.

Het arrest van 1905 geeft geen antwoord op de vraag of het aantal zakenrechtelijke rechten beperkt was tot de *in de wet* genoemde. De Hoge Raad bood hierop een antwoord in een reeks arresten met betrekking tot de openbare weg. Het arrest van de Hoge Raad van 1913¹³¹ kan worden beschouwd als de conclusie. De Hoge Raad had beslist dat er sprake was van een zakelijk recht van openbare weg. Eiser repliceerde dat van een privaatrechtelijk recht van openbare weg geen sprake kon zijn, aangezien in het BW dat recht niet werd geregeld of genoemd. Het antwoord van de Hoge Raad hierop was een algemene verwerping van het bestaan van een numerus clausus (al dan niet beperkt tot het Burgerlijk Wetboek): “Dat tegen dit alles evenmin afdoet eischers klacht, dat het BW zoodanig recht niet uitdrukkelijk erkent, daar uit deze omstandigheid niet kan worden afgeleid, dat er behalve de in het BW opgenoemde geen andere zakelijke rechten bestaan”¹³².

Een ommekeer in het gesloten systeem kwam er in 1961 wanneer in Boek 6 de kwalitatieve verbintenis werd opgenomen. Zij vormt een rechtsfiguur op de wip tussen verbintenissenrecht en zakenrecht. De kwalitatieve verbintenis is een vermogensrechtelijke verhouding die door de schuldenaar wordt aangegaan in zijn hoedanigheid van eigenaar van een goed en waarop de schuldeiser is gerechtigd als titularis van een geheel vermogen. Aan de schuldenaar wordt een positieve verbintenis opgelegd, waardoor de figuur op een persoonlijk recht gelijkjt. Anderzijds is de schuldenaar niet persoonlijk gehouden, maar is elke persoon die eigenaar wordt van het goed, tot nakoming gehouden. Aan de passiefzijde heeft een kwalitatieve verbintenis aldus zakelijke werking, aangezien ze uitgerust is met een volgrecht. Dit doet natuurlijk in grote mate denken aan de praktijk van voor 1905. Treurniet merkt hier terecht over op dat de overgang van kwalitatieve verbintenissen kennelijk

¹²⁹ “O, verder, dat, waar de verbintenis zoude rusten op elken eigenaar als zoodanig het recht op de vervulling dier verbintenis een zakelijk karakter bekomt, hoewel voortspruitende uit overeenkomst, iets, dat zonder eene wetsbepaling, dit bepaaldelijk voor een geval als het besprokene veroorloovende, niet kan worden aangenomen, omdat daarmede de in onze burgerlijke wetgeving bestaande scherpe onderscheiding tusschen zakenrecht en verbintenissenrecht, wordt uitgewischt.”

¹³⁰ “O, dat ook zoodanige overgang, waardoor groote onzekerheid wordt in het leven geroepen, ten aanzien van lasten, welke op goederen rusten, niet is overeen te brengen met het stelsel van openbaarheid, door de wet aangenomen bij vestiging van zakelijke rechten”; B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 321; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 40-42.

¹³¹ HR 28 november 1913, NJ 1913, 1313-1316, W. 9574, noot E.M. MEIJERS.

¹³² T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 46-47: Struycken minimaliseert de bevinding van de Hoge Raad. Het gaat hier immers om een ‘oud zakelijk recht’ dat sowieso wordt geëerbiedigd ondanks het ontbreken van een expliciete wettelijke grondslag. Bovendien is daarmee niet beslist of er een numerus clausus is met betrekking tot het BW én andere wetten samen.

in het rechtsbewustzijn verankerd was gebleven. Op de vraag of het zakenrecht daarmee een open systeem geworden is, wordt echter ontkennend geantwoord¹³³.

Het nieuwe NBW van 1992 is in feite gebaseerd op het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke rechten en daaraan gekoppeld het onderscheid tussen het verbintenissenrecht en het zakenrecht. Dit was reeds erkend in het arrest van de Hoge Raad van 1905¹³⁴, maar nooit in de structuur van het BW opgenomen¹³⁵. Over het al dan niet behouden van een gesloten systeem van zakelijke rechten, is bij de invoering van het nieuwe BW geredetwist. Sommigen waren van oordeel dat er meer ruimte moest zijn voor de vestiging van zakenrechtelijke rechten dan het ontwerp toeliet, om zo tegemoet te komen aan de behoeften van de praktijk en te verhinderen dat men zijn toevlucht zou blijven nemen tot kettingsbedingen en andere min of meer gekunstelde constructies. De meerderheid wilde echter het gesloten systeem behouden, doch op een soepele manier¹³⁶. In de parlementaire voorbereiding van het NBW vindt men dat het systeem van zakelijke rechten in het Nederlandse recht gesloten is: “In de continentale rechtsstelsels vormt het zakenrecht, anders dan het contractenrecht, een gesloten stelsel”¹³⁷.

De numerus clausus van typen van zakenrechtelijke rechten is in het BW van 1992 verankerd. Artikel 3:81 BW stelt: “Hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, kan binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten vestigen”. De parlementaire geschiedenis voegt aan dit artikel toe dat men *alleen* de in de wet genoemde beperkte rechten kan vestigen, hetgeen dus ook voor de beperkte zakelijke rechten geldt¹³⁸. De door

¹³³ Zie 2.1; J.M., VAN DUNNÉ, “Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen). Of: de natuur is sterker dan de leer”, in H. SCHOORDIJK, *In het nu, wat worden zal*, Deventer, Kluwer, 1991, 51-53: “De minister ontloopt deze dogmatische vraag bij de voorbereidende werkzaamheden en laat zich leiden door de wenselijkheid van de resultaten”.

¹³⁴ “O, verder, dat, waar de verbintenis zoude rusten op elken eigenaar als zodanig het recht op de vervulling dier verbintenis een zakelijk karakter bekomt, hoewel voortspruitende uit een overeenkomst, iets, dat zonder enige wetsbepaling, dit bepaaldelijk voor een geval als het besprokene veroorloovende, niet kan worden aangenomen, omdat daarmee de in onze burgerlijke wetgeving bestaande scherpe onderscheiding tussen zakenrecht en verbintenissenrecht, wordt uitgewist”, *Hoge Raad*, 3 maart 1905, W 8191 (*Blaauboer/Berlips*).

¹³⁵ “Het vermogensrecht wordt niet eenvoudigweg in zakenrecht en verbintenissenrecht gesplitst, maar in een algemeen aan het vermogensrecht gewijd deel, gevolgd door drie gedeelten, die de hoofdtypen der vermogensrechten, zoals zakelijke rechten, vorderingsrechten en rechten op voortbrengselen van de geest tot onderwerp hebben. Als zakelijke rechten zijn hierbij in navolging van het Duitse Burgerlijk Wetboek uitsluitend rechten op stoffelijke voorwerpen aangemerkt.”, in E.M. MEIJERS, *Ontwerp voor een nieuw burgerlijk wetboek. Toelichting. 1: Boek 1-4*, 's-Gravenhage, Staatsdrukkerij, 1954, 159.

¹³⁶ H.J. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 61.

¹³⁷ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 254 en 320; C.J. VAN ZEBEN en J.W. DU PON, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek - Boek 5*, Deventer, Kluwer, 1981, 3.

¹³⁸ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 322; C.J. VAN ZEBEN en J.W. DU PON, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek - Boek 5*, Deventer, Kluwer, 1981, 3.

de wet erkende beperkte rechten kunnen worden onderscheiden in gebruiks- of genotsrechten enerzijds en zekerheidsrechten anderzijds. Tot de eerste categorie behoren vruchtgebruik, gebruik en bewoning, erfdiensbaarheden, erfpacht en opstal. Tot de tweede categorie behoren de rechten van pand en hypotheek ¹³⁹.

Deze wettelijke beperking geldt niet alleen voor het aantal rechten, maar ook voor hun inhoud. Enkel deze rechten die aan de criteria voldoen van één van de erkende en behandelde zakelijke rechten, kan een zakelijk recht zijn in de zin van artikel 3:81 BW. Daarmee heeft de Nederlandse wetgever duidelijk een regel van *numerus clausus* ingevoerd in het Nederlandse recht. Dit wetsartikel betreft alleen de beperkte goederenrechtelijke rechten, maar aangezien in de systematiek van de wet daarnaast alleen ‘het meest omvattende recht’ bestaat – voor zaken in artikel 5:1 BW nader aangeduid met de term eigendom – is hiermee de wettelijke verankering van de *numerus clausus* van alle mogelijke goederenrechtelijke rechten gegeven. Anders dan in het oude BW, dat in artikel 584 een *catalogus* van zakelijke rechten bevatte, is in het algemene vermogensrechtelijke gedeelte van het nieuwe wetboek nergens een opsomming van de goederenrechtelijke rechten te vinden. Binnen de beperkingen van de definitie van artikel 3:81 BW, zijn de partijen wel vrij om te beslissen over de inhoud van de zakelijke rechten. Het is dus niet verboden om creatieve oplossingen te vinden, als ze binnen de beperkingen vallen. Zo bijvoorbeeld kan men een zakelijk recht bezwaren met een ander zakelijk recht. Dit zogenaamde stapelen van rechten creëert interessante mogelijkheden voor partijen die bepaalde specifieke juridische relaties willen verwezenlijken ¹⁴⁰.

Artikel 3:84 lid 3 BW beperkt de vrijheid die partijen hebben binnen de lijst van erkende zakelijke rechten. Het artikel bepaalt dat de rechtshandeling die strekt tot een zekerheidsoverdracht en de rechtshandeling die niet de bedoeling heeft om het goed na overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, geen geldige titels zijn ¹⁴¹. Het *fiducia*-verbod is bedoeld om een scheiding van rechten binnen een zakelijk recht te vermijden, dat volgens de wetgever niet zou passen binnen het Nederlandse systeem van zakelijke rechten. Men mag geen andere absoluut werkende rechten van het moederrecht

¹³⁹ Onder het oude BW van 1838 kende men ook nog de rechten van beklemming en grondrente, alsook de nog voor 1838 gevestigde zogenaamde oude zakelijke rechten. Deze worden alle door het overgangsrecht gerespecteerd. Het oud-vaderlandse zakelijk recht van de dertiende penning zal echter op 1 januari 2015 zijn opgeheven: wet 3 oktober 1984. Voorts kunnen beperkte rechten worden afgeleid uit bijzondere wetten, zoals het uitsluitend recht op een graf; H.J. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 384.

¹⁴⁰ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 323; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 11 en 368-378, over het al dan niet bestaan van een stapelingsverbod;

¹⁴¹ C. ASSER, F.H.J. MUNSSEN, P. DE HAAN en C.C. VAN DAM, *Goederenrecht. 1: Algemeen goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 522.

afsplitsen dan diegene die de wet kent¹⁴². Dit kan gezien worden in het licht van Meijers' opinie die de eigendom voor zekerheidsdoeleinden veroordeelde. De overdracht voor zekerheidsdoeleinden is immers geen overdracht van het geheel van de rechten van de eigenaar, maar enkel van deze rechten die nodig zijn voor de bescherming van de verzekerde. De Hoge Raad volgt deze zienswijze in zijn arrest *Sogelease*, waarbij gesteld wordt dat de rechtshandeling die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, geen geldige titel van overdracht is¹⁴³. Het maken van een eigendomsvoorbehoud is, mits enige inperking, mogelijk gebleven¹⁴⁴.

Het eigendomsvoorbehoud werd in 1936 ingevoerd in artikel 1576 h Oud NBW en later ook in het Nieuwe NBW behouden. In het begin maakte men zich geen zorgen over de plaats van dit zekerheidsrecht in het 'gesloten systeem' van zakelijke rechten¹⁴⁵. Maar mettertijd verdeelde de rechtsleer zich in twee kampen. Enerzijds zijn er de monisten. Volgens hen is enkel de verkoper eigenaar. De koper heeft enkel een eigendomsverwachting, een persoonlijk vorderingsrecht met een goederenrechtelijke eigenschap¹⁴⁶. De monisten ontkennen dat er bij eigendomsvoorbehoud sprake is van een dubbel of gesplitst eigendomsrecht. Anderzijds zijn er de dualisten, die verkoper en koper als complementaire voorwaardelijke eigenaren beschouwen, de ene onder opschortende, de andere onder ontbindende voorwaarde¹⁴⁷.

Eén van de belangrijkste constructies waarbij niet alle macht van de eigenaar wordt overgedragen is de trust. De trust onderstelt een scheiding van rechten tussen de *trustee*, die de goederen onder trust beheert maar weliswaar

¹⁴² C. ASSER en C.C. VAN DAM, *Goederenrecht. 2: Zakelijke rechten*, Deventer, Kluwer, 2002, 22; H.J. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 155; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 714.

¹⁴³ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 324; H.J. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 154-155: De zekerheidsoverdracht is een figuur geïmporteerd uit Duitsland, zeer goed te vergelijken met de *Sicherungsübereignung* (zie 3.2 voor Duitsland). De Hoge Raad heeft haar onder druk van de eisen van de praktijk versluierd aanvaard in het Bierbrouwerij-arrest van 1929 (HR 25 januari 1929, *NJ* 1929, 616) en daarna volledig geaccepteerd. Bestaande fiduciaire eigendommen zijn bij het tot stand komen van art. 3:84 omgezet in pandrechten; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 63; HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119 met noot WMK (*Sogelease*): "deze maatstaf (van art. 3:84) beoogt te voorkomen dat, in strijd met het gesloten stelsel van het zakenrecht, rechten met zakelijke werking in het leven worden geroepen op een niet door de wet voorziene wijze". Dit is de meest expliciete uitdrukking van het gesloten stelsel van het zakenrecht in de jurisprudentie van de Hoge Raad.

¹⁴⁴ C. ASSER, F.H.J. MUNSSEN, P. DE HAAN en C.C. VAN DAM, *Goederenrecht. 1: Algemeen goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 522.

¹⁴⁵ P. SCHOLTEN en C. ASSER, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, 2: Zakenrecht*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1945, 454: "Het instituut heeft zich burgerrecht verworven. Maar de wetgever heeft te waken, dat het vooral binnen redelijke perken wordt gehouden en misbruiken, hier zoo licht mogelijk, worden voorkomen".

¹⁴⁶ Dit leunt zeer dicht aan bij het Duitse *Anwartschaftsrecht*.

¹⁴⁷ P.L. NÈVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 58-59.

gescheiden houdt van zijn eigen goederen, en de begunstigde, die gerechtigd is op de voordelen en vruchten van de goederen onder trust. De laatste decennia laaide er in het Nederlandse recht een discussie op over het al dan niet invoeren van de trust¹⁴⁸. Het was nochtans de specifieke bedoeling van de wetgever om de trust uit te sluiten, daar deze volgens hem zou resulteren in een scheiding van rechten die, volgens het Nederlandse systeem van zakenrecht, verenigd moeten zijn in één hand¹⁴⁹. Het verbod om een situatie te creëren waarbij niet alle eigendomsrechten worden overgedragen, wordt versterkt door het artikel 3:276 BW¹⁵⁰. Zo heeft de wetgever ook bij het parlementaire debat over het Haags Trustverdrag aan een afwijzend standpunt vastgehouden. Bij de totstandkoming van de Wet Conflictenrecht Trust (“WCT”) heeft zij uitdrukkelijk aangegeven dat het Haags Trustverdrag als zodanig geen zelfstandige Nederlandse trust in het leven roept, maar enkel een buitenlandse trust erkent, mits die aan de voorwaarden van het verdrag voldoet¹⁵¹.

Het resultaat van de bepalingen 3:81, 3:84 en 3:276 is dat het Nederlandse zakenrecht gebaseerd is op een gesloten systeem van zakelijke rechten. Dit is wijd geaccepteerd en de meeste handboeken bepalen dit¹⁵². Toch worden in het Nederlandse recht, zoals in andere rechtssystemen, juridische relaties erkend die erg gelijken op zakelijke rechten, in inhoud of in effect ten opzichte van derde partijen¹⁵³. Het systeem van het Nederlandse privaatrecht blijft gebaseerd op het onderscheid tussen persoonlijk en zakelijke rechten, maar dit onderscheid is niet heilig. Sinds de invoering van het nieuwe BW, bestaat er een consensus dat enkel de wetgever de autoriteit heeft om nieuwe typen zakelijke rechten te creëren. Tezelfdertijd werden er echter al meerdere quasi-

¹⁴⁸ D.W. AERTSEN, *De trust: Beschouwingen over de invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 190; H.J. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 164-168; R.D. VRIESENDORP, *Het Nederlandse goederenrecht en het Haags trustverdrag*, Lelystad, Koninklijke Vermande bv, 1994, 51-53.

¹⁴⁹ C.J. VAN ZEBEN en J.W. DU PON, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek - Boek 5*, Deventer, Kluwer, 1981, 18.

¹⁵⁰ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 324; H.J. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 1997, 95 (maar niet in SNIJDERS 2007); De Hoge Raad besliste in 1937 dat zulk een scheiding maar kan bestaan als er een specifieke wettelijke basis voor is: HR 4 januari 1937, *NJ* 1937, 586; zelfde redenering in HR 13 juni 2003, *NJ* 2004/196 (Pro-Call).

¹⁵¹ R.D. VRIESENDORP, “De Nederlandse trust, het vertrouwen waard!”, in M.J. RAAIJMAKERS, *Trust en onderneming*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003, 152-153.

¹⁵² B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 321-329; C. ASSER, F.H.J. MIJNSSEN, P. DE HAAN en C.C. VAN DAM, *Goederenrecht. 1: Algemeen goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 34-35; W.H.M. REEHUIS en G.M. VAN MAANEN, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 459-460; P. SCHOLTEN en C. ASSER, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, 2: Zakenrecht*, 1945, 40: “Het komt ons voor, dat niet in de wet erkende zakelijke rechten niet door partijen kunnen worden gevestigd”; H.J. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 60; C.J. VAN ZEBEN en J.W. DU PON, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek - Boek 5*, Deventer, Kluwer, 1981, 12-13.

¹⁵³ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 254-256; Akkermans spreekt over de zogenaamde *Borderline Cases*, zoals voorrechten en oude zakelijke rechten.

zakelijke relaties erkend die in de grijze zone behoren tussen zakelijke en contractuele rechten. De problemen die deze quasi-zakelijke relaties opleveren, in combinatie met een strikte scheiding tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht¹⁵⁴, heeft meerdere auteurs ertoe gebracht om te pleiten voor het opentrekken van het zakenrecht of het zoeken naar andere en betere onderscheidende factoren dan het numerus clausus beginsel¹⁵⁵. Van Dunné pleitte in 1991 al voor een open systeem van zakenrecht: “Als men over het zakenrecht van de toekomst nadenkt, kan men niet om de doorwerking van het verbintenissenrecht heen”¹⁵⁶.

Hieruit kunnen we concluderen dat, hoewel het oude Burgerlijk wetboek is voortgekomen uit de Franse Code civil, zij in de twintigste eeuw haar eigen koers is gaan varen. Duitse invloeden waren hieraan niet vreemd. Aan het begin van de eenentwintigste eeuw kent Nederland een numerus clausus beginsel in haar zakenrecht met de nodige aarzelingen die eigen zijn aan deze tijd.

3.2 DUITSLAND EVOLUEERT VERDER OP ZIJN BGB

Op 1 januari 1900 is het Duitse Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) in werking getreden. Hiermee kwam een einde aan de territoriale rechtsverscheidenheid binnen het Duitse Rijk en aan het leenrecht en zijn gedeelde eigendomsbegrip¹⁵⁷. Door de enorm grote invloed van von Savigny, werd het BGB gebaseerd op de scheiding tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht. Hoewel het begrip numerus clausus tot dan toe nog niet was gebruikt, was het fundament ervan reeds gelegd in de Duitse negentiende eeuwse dogmatiek. Pas geruime tijd later, in 1930 dook de term op in de Duitse literatuur. Struycken vindt **de oudste vermelding van de term numerus clausus in de beschrijving van het Duitse zakenrecht door Philipp Heck uit 1930**¹⁵⁸. Het Duitse numerus clausus begrip kent twee facetten. Vooreerst is er de *Typenzwang*: partijen zijn

¹⁵⁴ Denk aan het *fiducia*-verbod van art. 3:84 lid 3 NBW.

¹⁵⁵ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 329; J.M. VAN DUNNÉ, “Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen). Of: de natuur is sterker dan de leer”, in H. SCHOORDIJK, *In het nu, wat worden zal*, Deventer, Kluwer, 1991, 52; S. VAN ERP, “A numerus quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?”, in K. BOELE-WOELKI, C.H. BRANTS EN G.J.W. STEENHOFF, *Het plezier van de rechtsvergelijking. Opstellen over unificatie en harmonisatie van het recht in Europa aangeboden aan prof. Mr. E.H. Hondius*, Deventer, Kluwer, 52.

¹⁵⁶ J.M. VAN DUNNÉ, “Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen). Of: de natuur is sterker dan de leer”, in SCHOORDIJK, H., *In het nu, wat worden zal*, Deventer, Kluwer, 1991, 46-56: Van Dunné verwijst onder meer naar Beekhuis die in 1957 al stelde dat het onderscheid tussen zakenrecht en verbintenissenrecht louter op traditie gesteund is.

¹⁵⁷ P.L. NÈVE EN J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 44-45; W.J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis*, 156.

¹⁵⁸ T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 196 en 121, waarin hij verwijst naar P. HECK, *Grundriss des Sachenrechts*, Tübingen, Scientia Verlag Aalen, 1930 (herdruk 1970), 85: “Das römische Recht beschränkte den absoluten Schuss durch ‘actio in rem’ auf menige Formen. Es galt ein numerus clausus der Sachenrechte, ein Typenzwang. Bei abweichend gestalteten Bedürfnissen musste das Leben sich mit obligatorischem Schusse begnügen”.

niet vrij in het kiezen van een zakelijk recht. Zij moeten één van de beschikbare zakelijke rechten kiezen, als zij hun relatie een zakelijk effect willen geven. Slechts de in de wet opgesomde *typen* zakelijke rechten kunnen worden gevestigd. Bovendien is er de *Typenfixierung*: partijautonomie is niet afwezig, partijen kunnen hun relatie inhoud geven binnen de mogelijkheden toegekend door de wet. Zij is echter wel gelimiteerd: de typen zijn inhoudelijk 'minstens in den Umrissen' wettelijk vastgelegd. Bij de totstandkoming van het BGB vond men dit zo vanzelfsprekend dat wettelijke vastlegging hiervan niet nodig werd geacht. Het door partijafpraak creëren van absolute aanspraken zou immers in strijd zijn met de dogmatiek en met de behoefte aan zekerheid en duidelijkheid die juist bij zakelijke rechten noodzakelijk werd geacht ¹⁵⁹.

In het Duitse recht wordt eigendom beschouwd als het hoogste zakelijke recht. Paragraaf 903 BGB stelt: "Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen. Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten". Het eigendomsrecht is dus absoluut, het heeft uitwerking ten aanzien van iedereen. Bovendien kan het niet worden opgedeeld. De doctrine van het eigendomsrecht, als een ondeelbare macht over een lichamelijke zaak, zoals als eerste geponeerd door von Savigny, benadrukt deze positie ¹⁶⁰. In het voorontwerp van het BGB stelde men dat versnippering van het eigendomsrecht in *dominium directum* en *dominium utile* uit den boze is ¹⁶¹.

Tegelijkertijd erkent het Duitse recht nog andere zakelijke rechten dan het eigendomsrecht. Deze rechten zijn, net als het eigendomsrecht, beperkt tot lichamelijke zaken en zijn bekend als *Dingliche Rechte*. Het zijn gelimiteerde zakelijke rechten, afgeleid van het eigendomsrecht. De creatie van een gelimiteerd zakelijk recht wordt uitgelegd als een overdracht van een aantal bevoegdheden van het eigendomsrecht naar een ander zakelijk recht, waarbij bij de overdracht de eigenschappen van het eigendomsrecht niet worden ontnomen. De beperkte rechten kunnen niet worden gezien als van het eigendomsrecht afgesplitste bevoegdheden: "Das Eigentum wird nicht mehr

¹⁵⁹ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 245; J.M. SMITS, "Van partijen en derden", 44.

¹⁶⁰ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 175-176; K. VIEWEG en A. WERNER, *Sachenrecht*, Keulen, Heymann, 2007, 71-72; M. WOLF, *Sachenrecht*, München, Beck, 2008, 2-3.

¹⁶¹ R. FEENSTRA, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1990, 39-40; Motive zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 3 : *Sachenrecht*, Berlin en Leipzig, Amtliche Ausgabe, 1888, herdruk 1983, 262: "Sie lassen sich nicht vollständig aufzählen; das bedürfniss einer folchen liegt auch nicht vor, da das Eigenthum nicht eine Summe einzelner Befugnisse ist. Deshalb lässt sich das Eigenthum auch nicht theilen, dass dem Einen und dem Anderen eine Reihe bestimmter im Eigenthume liegender Befugnisse zugewiesen werden und dem beiderseitigen Rechte der Karaker des Eigenthumes beigemessen wird".

verstanden als eine Summe von Befugnissen, sondern als die umfassende und somit totale Sachherrschaft, die als solche unteilbar und immer und überall gleich ist. Eigentum in diem Sinne ist formal und abstrakt, und Eigentum bleibt auch dann Eigentum, wenn einzelne Befugnisse jemandem anderen übertragen werden. Dieser wird dadurch nicht zum Eigentümer, sondern zum Inhaber eines *jus in re aliena*, das nur vorübergehender Natur ist”¹⁶².

De benadering van het Duitse zakenrecht met betrekking tot gelimiteerde zakelijke rechten is dus tweeledig. Ten eerste wordt het eigendomsrecht als absoluut en ondeelbaar beschouwd. Het eigendomsrecht blijft volledig, zelfs als een zakelijk recht wordt gecreëerd. Ten tweede worden de gelimiteerde zakelijke rechten geacht hun inhoud te ontvangen van het eigendomsrecht. Het is dus mogelijk voor een persoon om een beperkt zakelijk recht op een stuk land te hebben en tegelijkertijd het eigendomsrecht over dat stuk te bezitten¹⁶³. Het numerus clausus beginsel moet gezien worden in het licht van het unitaire en absolute eigendomsrecht. De weigering van het systeem om gefragmenteerde eigendom te erkennen wordt versterkt door de erkenning van een gelimiteerd stel zakelijke rechten. De samenhang tussen de twee is duidelijk: de erkenning van een gefragmenteerd eigendomsrecht, zou een beperking van het aantal zakelijke rechten minder nuttig maken; de erkenning van een volledig open systeem van zakelijke rechten zou een unitair eigendomsrecht minder nuttig maken¹⁶⁴.

Het zakenrecht trok zich in de loop van de twintigste eeuw langzaam maar zeker los van de greep van het dwingende rechtsregime van het BGB. Hoewel het Duitse recht een gesloten systeem van zakelijke rechten genegen is, betekent dit niet noodzakelijk dat zij een absoluut gesloten lijst van zakelijke rechten ambieert. Er zijn reeds meerdere nieuwe zakelijke rechten erkend sinds de inwerkingtreding van het BGB in 1900. De Duitse rechtsleer spitst het numerus clausus beginsel immers toe op een beperking van de partijautonomie: het is niet aan partijen om nieuwe zakelijke relaties te creëren¹⁶⁵.

Qua nieuwe rechten werd er ten eerste met betrekking tot het eigendomsrecht op een appartement een nieuw type van eigendom geïntroduceerd. Het gaat om het eigendomsrecht op een individueel deel van het gebouw en een deel in de gemeenschappelijke delen, dat samen de *Wohnungseigentum* vormt¹⁶⁶. Er

¹⁶² T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 175-177; W. WIEGAND, “Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht”, in *Archiv für die civilistische Praxis* 1990, 117.

¹⁶³ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 192-194.

¹⁶⁴ *Idem*, 245-246.

¹⁶⁵ W. WIEGAND, “Numerus clausus der dinglichen Rechte”, 641: “Das Prinzip des Numerus clausus ist eine Entscheidung für das Prinzip als solches und nicht für einzelne dingliche Rechte und deren Qualität. Infolgedessen steht es dem Rechtsverkehr frei, neue dingliche Rechtsformen zu schaffen. Das Gesetz verbietet allein, dass durch individuelle Parteivereinbarungen drittwirksame Rechtspositionen geschaffen werden”.

¹⁶⁶ Gesetz über das Wohnungseigentum und Dauerwohnrecht (WEG) van 15 maart 1951.

kunnen beperkingen aan het recht worden opgelegd waardoor het een meer gelimiteerd recht vormt dan het eigendomsrecht. De *Wohnungseigentum* geeft geen absoluut en ondeelbaar recht op een goed aan zijn houder¹⁶⁷.

Ten tweede is er de *Sicherungsübereignung* of eigendomsoverdracht tot zekerheid. Zij ontstond reeds in de zeventiende eeuw, maar werd niet geregeld in het BGB. Zij wordt erkend op basis van het gewoonterecht. Om de figuur ingang te doen vinden, werd het gekoppeld aan de Romeinse *fiducia cum creditore*. Rechtspraak en doctrine wilden de vervreemder zakenrechtelijke bescherming bieden en hem een plaats geven in het systeem van zakelijke rechten, terwijl zij met behulp van niet-verbintenisrechtelijke constructies de onbeperkte bevoegdheden van de verkrijger wilden beperken. De *Sicherungsstreuhand*, fiduciaire eigenaar ten titel van zekerheid, begon opgang te maken. De Duitse rechtsleer bedacht op die manier een tegenhanger van het Romeinse *fiducia cum creditore*, namelijk de zekerheidseigendom of *Treuhand* van het Germaanse recht. Het Bundesgerichtshof stelde in 1979: “das Sicherungseigentum ist gerade kein volles, ungebundenes Eigentum, sondern gewährt nur eine Verwertungsbefugnis, die im Konkurs des Sicherungsgebers nicht zur Aussonderung, sondern nur zur abgesonderten Befriedigung berechtigt. Der Umfang dieser Befugnis lässt sich daher nicht von der Stellung des Volleigentümers her bestimmen”¹⁶⁸. De zekerheidseigenaar is dus geen volle eigenaar, de ex-eigenaar heeft een stukje eigendomsrecht behouden. De beperkingen van de bevoegdheden van de eigenaar zijn obligatoir, ze werken tegen derden bij executie van de zaak onder hem en bij zijn faillissement. Hij heeft derhalve een quasi-zakelijk recht. In het faillissement van de ex-eigenaar heeft de zekerheidseigenaar slechts voorrang op de opbrengst van de zaak, zoals een pandhouder. De figuur van de *Treuhand* is een rechtstreekse schending van de scheiding tussen het zakenrecht en het verbintennisrecht¹⁶⁹.

Ten derde heeft men met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud een nieuw zakelijk recht erkend: het *Anwartschaftsrecht* (‘verwachtingsrecht’). Enerzijds behoudt de verkoper de eigendom van het goed voor zich totdat de koper de koopprijs heeft betaald. Praktisch gezien fungeert het eigendomsvoorbehoud

¹⁶⁷ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 180-184; Afwijkingen: sommige bepalingen van het BGB worden uitgesloten, zoals § 93 BGB dat de opdeling verbiedt van een goed in verschillende delen, waarop zakelijk rechten kunnen rusten; er kunnen beperkingen worden aangebracht op het eigendomsrecht, zoals in § 12 WEG: “Als Inhalt des Sondereigentums kann vereinbart werden, das sein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf”.

¹⁶⁸ Az. VII ZR 298/78, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis* 1980, 40-42, waarnaar wordt verwezen in P.L. NÈVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 45-46.

¹⁶⁹ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 184; P.L. NÈVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 42-47; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 190; In Nederland is het debat in termen van ‘relativering van de fiduciaire eigendomsoverdracht’ gevoerd; W. WIEGAND, “Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis* 1990, 126-127.

als een zakelijk zekerheidsrecht. De heersende opinie in de Duitse rechtsleer is dat het om een quasi-zakelijk recht gaat. Anderzijds verkrijgt de koper een specifiek recht: zijn aanspraak is sterker dan een louter persoonlijk recht tegenover de verkoper, het is een ‘voorlopig’ recht met betrekking tot het eigendomsrecht zelf. Dit recht werd door de rechtspraak geïntroduceerd en werd daar ook verder ontwikkeld¹⁷⁰. Deze ontwikkeling was in de Duitse rechtsleer zeer omstreden, maar inmiddels wordt aanvaard dat het om een zakelijk recht gaat. Hoe dit in het gebruikelijke schema van zakelijke rechten moet worden ingepast, blijft echter een probleem. Het *Anwartschaftsrecht* treft rechtstreeks de wettelijke numerus clausus van zakelijke rechten¹⁷¹. Men kan dus stellen dat er binnen het zakenrecht een tendens is tot afbrokkeling van het rechtsgebied als abstract en autonoom systeem.

Naast de erkenning van nieuwe zakelijke relaties en in verband hiermee, zagen we ook reeds dat de relatie tussen het verbintenisrecht en het zakenrecht is veranderd sinds de inwerkingtreding van het BGB¹⁷². De scherpe scheiding tussen de twee, die was overgenomen van von Savigny’s leer, was moeilijk vol te houden. Het BGB zelf moest al een zekere invloed toelaten van het verbintenisrecht om zakelijke rechten te creëren en over te dragen. Het moderne Duitse recht neigt naar een vertroebeling van het onderscheid tussen de twee. De groeiende invloed van het contractenrecht in het zakenrecht wordt door de rechtsleer de *Obligatorisierung der dinglichen Rechte* genoemd¹⁷³. Contracten worden gebruikt om de relatie te verklaren tussen de huidige houder van een zakenrecht en de huidige eigenaar van het voorwerp waarop het zakelijk recht rust. Het contractenrecht wordt bovendien gebruikt om te bereiken wat het zakenrecht niet kan. Het maakt het mogelijk om rondom de *Typenfixierung* te werken. Ook in het gebied van het contractenrecht, is er een toenadering tot het zakenrecht. Partijen proberen een contractuele relatie te

¹⁷⁰ BGB 24 juni 1958, *BGHZ* 28, 16 en 21; BGH 25 februari 1966, *BGHZ* 45, 186; W.J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis*, 157-158: “Langzaam maar zeker en ondanks scherpe kritiek is het recht van de koper veranderd van een puur persoonlijk recht tot een soort zakelijk recht, een recht dat kan worden overgedragen en zelfs in zekerheid kan worden gegeven als ware het een zakelijk recht”.

¹⁷¹ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 216-217; F. BAUR, J. BAUR en R. STÜRNER, *Sachenrecht*, München, Beck, 1999, 755; P.L. NÈVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 47-48; W. WIEGAND, “Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis* 1990, 129; W.J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis*, 160-161: “ofwel ziet men deze evolutie als het ontstaan van een nieuw zakelijk recht, het ‘Anwartschaftsrecht’, tussen de eigendom van de verkoper en de toekomstige eigendom van de koper in, ofwel ziet men het als een splitsing van het eigendomsbegrip, wat niet in overeenstemming te brengen lijkt met het Romeinse eigendomsbegrip”.

¹⁷² J. FÜLLER, *Eigenständiges Sachenrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 526-572.

¹⁷³ De ontwikkeling van het zakenrecht wordt voornamelijk gekarakteriseerd door een groeiende invloed van het contractenrecht op het zakenrecht. Wiegand benadrukt dat dit moet gezien worden als een resultaat van een minder strikte benadering van de onafhankelijkheid en autonomie van het zakenrecht. Hij stelt zelfs voor om het verbintenisrecht, en vooral de partijautonomie, te gebruiken om het zakenrecht te ontwikkelen, in zoverre de rechten van derden en het algemeen belang zich tegen zulk een ontwikkeling niet verzetten, naar W. WIEGAND, “Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis* 1990, 134-135.

creëren met zakelijk effect. Dit proces wordt in de rechtsleer *Verdinglichung obligatorischer Rechte* genoemd. Als voorbeelden van de vervaging van grenzen, zagen we de reeds hierboven toegelichte *Treuhand* en het *Anwartschaftsrecht*¹⁷⁴.

Het Duitse zakenrecht kent in zijn uitgangspunt een duidelijk gesloten karakter. Het verdwijnen van een groot deel zakelijke rechten tijdens de *Grosse Agrarreform*, zorgt ervoor dat de resterende typen tekort schieten in de beantwoording aan sommige maatschappelijke behoeften. De *numerus clausus* van zakelijke rechten is inhoudelijk te eng. Ook de strikte scheiding tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht creëert problemen in de praktijk. Het ontstaan van nieuwe typen zakelijke rechten en de vervaging van grenzen tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht maken het herdenken van het huidige systeem onafwendbaar¹⁷⁵.

3.3 FRANKRIJK GROEIT UIT HET CARCAN VAN 1804

De onenigheid omtrent het bestaan van een *numerus clausus* beginsel in het Franse zakenrecht in de negentiende eeuw, zet zich voort in de twintigste eeuw. Ondanks het arrest van 1834 waarbij aan het Franse recht een principieel open stelsel werd toegekend, wordt ogenschijnlijk vastgehouden aan een *numerus clausus* van zakelijke rechten. Er wordt in de twintigste eeuw van de vrijheid om nieuwe typen zakelijke rechten te creëren, niet op grote schaal gebruik gemaakt¹⁷⁶. Het Franse recht slaagt er bijvoorbeeld niet in om de figuur van de eigendomsoverdracht tot zekerheid in te voeren¹⁷⁷, een stap waartoe het arrest van 1834 de theoretische mogelijkheid bood. Het arrest van 1834 heeft daarom nauwelijks geleid tot spectaculaire verschillen met het privaatrecht van landen waarin een principieel gesloten stelsel van zakelijke rechten geldt¹⁷⁸.

De rechtsleer deelt de zakelijke rechten op in twee categorieën: de principiële en de accessoire zakelijke rechten. De principiële zakelijke rechten omvatten het eigendomsrecht en zijn *démembrements* waarbij gebruiksrechten worden toegekend aan de titularis. Het meest volledige recht is uiteraard het eigendomsrecht: het geeft de eigenaar alle mogelijke voordelen op een zaak.

¹⁷⁴ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 248-249; W.J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis*, 2006, 157.

¹⁷⁵ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 251-252; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 201-202.

¹⁷⁶ Hieronder worden twee arresten besproken van het Franse Hof van Cassatie waarin er mogelijk wel een nieuw zakelijk recht, *le droit d'affichage*, wordt erkend.

¹⁷⁷ Slechts in de betrekkingen tussen banken en hun cliënten wordt de zekerheidsoverdracht in praktijk gebracht, zie de *Loi Dailly* van 2 januari 1981; P.L. NÈVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 66.

¹⁷⁸ T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 252; W.J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis*, 141-142.

Accessoire zakelijke rechten ontstaan om een vordering te verzekeren en zijn accessoir aan een overeenkomst die een schuld creëert¹⁷⁹.

Het Franse Hof van Cassatie heeft zich wel het recht voorbehouden om nieuwe zakelijke rechten te erkennen. Deze bevoegdheid heeft zij onder andere ter harte genomen bij de erkenning van het eigendomsvoorbehoud en de zakelijke borgstelling als zakelijke rechten¹⁸⁰. De contradictie tussen het oordeel van het Franse Hof in Caquelard tegen Lemoine en artikel 543 CC is het voorwerp geweest van een lange discussie die zelfs vandaag nog niet beslecht is¹⁸¹.

Tegenstanders van het numerus clausus beginsel, in de lijn van het arrest van 1834, zijn onder andere Atias, Crocq, Terré, Weill en Simler, Planiol en Ripert: “Aucun texte, en effet, ne prohibe formellement la création de droits réels nouveaux ou la modification des droits réels reconnus; l'article 543 CC est énonciatif, et son énumération est d'ailleurs incomplète”¹⁸². In het rechtsverkeer zou de vrijheid bestaan om het eigendomsrecht op andere wijzen af te bakenen of te splitsen dan in de Code civil is geregeld. Tezelfdertijd bestaat er consensus over het feit dat strijdigheid met dwingende wetsbepalingen nietigheid oplevert van een door partijen vorm gegeven zakelijk recht. Dit betekent dat niet afgeweken mag worden van de wezenlijke aspecten van de wettelijke typen beperkte rechten: “Il faut dès lors respecter la liberté des conventions pourvu qu'elle n'aille pas à l'encontre d'une disposition d'ordre public, ce qui serait le cas si l'on voulait ressusciter les anciens droits féodaux ou méconnaître l'article 686 CC”¹⁸³.

¹⁷⁹ P. MALAURIE EN L. AYNES, *Les biens*, Parijs, Defrénois, 2005, 88-89 ; F. TERRE en P. SIMLER, *Droit civil : les biens*, Parijs, Dalloz, 2006, 58-59.

¹⁸⁰ Voor het eigendomsvoorbehoud zie het arrest Cass. civ. 7 januari 1992, *RTD* 1992, 586; Voor de zakelijke borgstelling zie het arrest Cass. fr. 4 mei 1999, *Bull. Civ. I*, nr. 144, 96.

¹⁸¹ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 163.

¹⁸² M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité Pratique de droit civil français III : les biens*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, 54 ; de auteur verwijst naar het arrest van 1834 en naar latere rechtspraak die een overeenkomst goedgekeurde waarin zakelijke werking werd toegekend aan rechten op een mijn en aan het recht op belastingen verschuldigd door de gebruikers van een privé-kanaal; C. ATIAS, *Droit civil : les biens*, Parijs, Litec, 2007, 61 : “Les uns invoquent, à l'appui de leur thèse, la prétendue rigidité du droit réel. Toutes les combinaisons sont pourtant possibles: l'autonomie de la volonté ou l'imagination des praticiens ont le champ libre”; P. CROQC, *Propriété et garantie*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, 201 ; A. WEILL, F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Parijs, Dalloz, 1985, 47 : “Peut-on par convention, voire par acte unilatéral, établir d'autres droits réels que ceux qui sont prévus par la loi? En d'autres termes, le nombre des droits réels est-il limité? Aucun texte n'interdit formellement la création de droits réels nouveaux ou la modification des droits réels reconnus dès lors que la volonté individuelle ne heurte pas une disposition d'ordre public”.

¹⁸³ M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité Pratique de droit civil français III : les biens*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, 54 ; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 251-252 : “Zo wordt het nutsvereiste voor erfdiensbaarheden, welke in art. 686 CC is neergelegd, strikt gehandhaafd ; Indien een beperkt recht ten aanzien van een zaak van een ander in feite alleen ten bate van een bepaald persoon strekt, kan dit recht geen erfdiensbaarheid zijn”.

Er zijn daarentegen ook belangrijke auteurs die het numerus clausus beginsel voorstaan, zoals Cabrillac, Carbonnier, Chabas, Larroumet, Zenati en Malaurie¹⁸⁴. Deze auteurs beschouwen de zakelijke rechten opgesomd door de Code civil, in combinatie met deze erkend door het Franse Hof van Cassatie, als een gesloten systeem en verbieden partijen de vrijheid om zakelijke rechten te creëren. Malaurie somt hiervoor drie argumenten op: Ten eerste verwijst hij naar het artikel 543 CC dat maar drie zakelijke rechten toelaat. Ten tweede duidt hij verschillende Franse wetten aan van na 1804, die uitdrukkelijk voorzien dat sommige overeenkomsten een zakelijk recht doen ontstaan. A contrario moet men hieruit afleiden dat een recht nooit zakelijk is als de wet hierover het stilzwijgen behoudt. Ten derde loopt de eigendom gevaar haar nut te verliezen als men toelaat ongebreideld zakelijke relaties te creëren¹⁸⁵. Ook Struycken is een numerus clausus beginsel in het Franse recht genegen. Zowel in rechtsleer als rechtspraak wordt volgens hem strikt de hand gehouden aan de verschillende wettelijke typen van goederenrechtelijke rechten. De Franse rechter veroorlooft zich weinig vrijheden bij de erkenning van nieuwe zakenrechtelijke constructies uit het maatschappelijk verkeer en bewaakt streng het zakenrechtelijk systeem van de wet. Van een open systeem, een *numerus apertus*, is dus op de keper beschouwd geen sprake¹⁸⁶.

Bovendien gaan er met betrekking tot het arrest van 1834, dat nog steeds wordt gezien als een belangrijk argument voor een open systeem van zakelijke rechten, meer en meer stemmen op om het te herinterpreteren. Destijds werd immers het *droit de superficie* (het opstalrecht) gezien als een bijzonder soort mede-eigendom. Het laatste arrest in deze zin is van 1866. Sindsdien wordt het opstalrecht als een zelfstandig eigendomsrecht aangemerkt, zonder dat er sprake is van *un état d'indivision, ni quant à la propriété du sol, ni quant à la jouissance*. Ook Carbonnier meent dat het arrest niet zo verregaand is als in de negentiende eeuw wel werd beweerd¹⁸⁷.

¹⁸⁴ M. CABRILLAC en C. MOULY, *Droit des sûretés*, Parijs, Litec, 2007, 426-427; J. CARBONNIER, *Droit civil 3 : les biens*, Parijs, PUF, 2000, 76: De auteur minimaliseert de draagwijdte van het arrest van 1834; F. CHABAS, *Biens: droit de propriété et ses démembrements*, Parijs, Montchrestien, 1994, 4-5; C. LARROUMET, *Droit civil 2 : les biens*, Parijs, Economica, 2004, 33-35; F. ZENATI en T. REVET, *Les biens*, Parijs, PUF, 2008, 216; J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis*, 141.

¹⁸⁵ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 167; P. MALAURIE en L. AYNES, *Les biens*, Parijs, Defrénois, 2005, 90.

¹⁸⁶ T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 256-257: Struycken meent dat het Franse recht hierdoor nauwelijks afwijkt van het Nederlandse, waarin eveneens aan partijen de ruimte wordt gegeven om binnen de wettelijk toegekende kaders een eigen invulling te geven aan de desbetreffende zakenrechtelijke rechten.

¹⁸⁷ Civ. fr. 16 december 1873, *D.P.* 1874.1.249; Carbonnier meent echter dat de draagwijdte van het arrest minder groot is als wordt geïnterpreteerd in de negentiende eeuw: “Mais la décision était moins décisive qu’elle n’en avait l’air, car, en fait, il s’agissait du fonctionnement d’une banale copropriété, plutôt que de l’invention d’un droit réel”, in J. CARBONNIER, *Droit civil 3 : les biens*, Parijs, PUF, 2000, 76.

Twee arresten van het Franse Hof van Cassatie van de jaren tachtig hebben in de rechtsleer geen eensgezindheid kunnen scheppen. In de eerste zaak¹⁸⁸ had de eigenaar van een pand dat werd gesplitst, zich het eeuwige en overdraagbare recht voorbehouden om reclameaffiches te bevestigen aan een buitenmuur. De lagere rechters hadden dit recht aangemerkt als een recht van vruchtgebruik, waarvan de duur derhalve beperkt was tot het leven van de vruchtgebruiker. Het Franse Hof meende echter dat hierdoor was miskend dat partijen een eeuwigdurend en overdraagbaar recht wilden creëren. Hieruit is afgeleid dat een aanplakkingsrecht (*droit d'affichage*) als een zakelijk recht *sui generis* kan worden aangemerkt en dat het arrest derhalve een bevestiging is van het arrest van 1834 dat partijen de mogelijkheid hebben om nieuwe typen zakelijke rechten te creëren¹⁸⁹. Een jaar later velde het Franse Hof echter een ietwat verschillend arrest¹⁹⁰. In deze zaak was het reclamebord aangemerkt als een afzonderlijk appartementsrecht. Het Franse Hof van Cassatie besliste dat het appartementsrecht voor deze vorm van mede-eigendom geen ruimte biedt. De annotator Zénati leidt hieruit af dat voor het aanplakkingsrecht gebruik dient te worden gemaakt van het vruchtgebruik, of eventueel van een erfdiensbaarheid indien er een naburig erf is. Carbonnier treedt hem bij in het afwijzen van een open stelsel van zakelijke rechten¹⁹¹.

Het Franse recht inzake het eigendomsvoorbehoud heeft volgens Struycken een ontwikkeling doorgemaakt die veelbetekenend is voor het antwoord op de vraag in hoeverre een numerus clausus bestaat in het huidige Franse recht. Het eigendomsvoorbehoud werd reeds in de jaren dertig ingevoerd vanuit Duitsland, waarbij de interne werking nooit ter discussie stond. Met betrekking tot de externe werking lag het anders: tot 1980 besliste het Franse Hof van Cassatie namelijk stelselmatig dat een eigendomsvoorbehoud vanaf het moment van faillietverklaring van de koper niet meer ingeroepen kon worden. In 1980 is door middel van de bijzondere wet Dubanchet deze jurisprudentie terzijde gesteld. Sindsdien is een eigendomsvoorbehoud ook effectief na de faillietverklaring van de koper, mits is voldaan aan enige vormvereisten. In het licht van het numerus clausus beginsel betekent deze ontwikkeling dat het

¹⁸⁸ Cass.civ. 18 janvier 1984, D.1985 jur., p.504, noot F. ZENATI, die een duidelijk pleiter is voor het numerus clausus beginsel.

¹⁸⁹ Ook Barbièri annoteerde het arrest. Hij pleitte er echter voor om het aanplakkingsrecht onder te brengen bij een verruimd begrip opstalrecht. Naar de voorsnog heersende opvattingen in Frankrijk op basis van art. 543 CC kan een opstalrecht echter alleen dienen ter splitsing van de eigendom van de grond en de gebouwen die daarop staan.

¹⁹⁰ Civ.3^e, 19 novembre 1985, D.1986, p.497 m.nt. F. ZENATI.

¹⁹¹ Zénati : “La seule solution qui s’offre donc à celui qui veut se réserver un droit d’affichage en vendant son bien est d’en faire un droit sur la chose d’autrui, pour autant que ce droit soit permis, ce qui se réduit pratiquement à l’usufruit”; J. CARBONNIER, *Droit civil 3 : les biens*, Parijs, PUF, 2000, 76-77 : “Un droit réel sui generis était implicitement reconnu. A la vérité, dans les deux espèces, l’interférence du régime de la copropriété, avec sa distinction des parties privatives et des parties communes, rendait plus obscure la nature de droit d’affichage, en répandant un brouillard sur ce qui en était le support. Zénati n’en a pas moins eu raison de reprendre les débats dès leur principe. Il les a repris au siècle dernier, il se prononce avec vigueur pour que reste close, scellée par la loi, la liste des droits réels”; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 252-253.

eigendomsvoorbehoud tot 1980 niet als zekerheidsrecht werd erkend naast de wettelijke typen zekerheidsrechten. Sinds 1980 is het eigendomsvoorbehoud wel tegenwerpelijk aan derden: er bestaat nu een wettelijke basis voor dit zakelijk recht, dat daarom wellicht als een nieuw type zekerheidsrecht kan worden aangemerkt¹⁹². Hier lijkt het alsof Struycken het erkennen door de wetgever van een nieuw zakelijk recht, gelijkstelt met het aanvaarden van een open systeem van zakelijke rechten.

In het Franse recht is het gesloten systeem van zakelijke rechten reeds van in het begin van de negentiende eeuw met het arrest Caquelard, aan het wankelen. Ook in latere arresten leek het Franse Hof van Cassatie geen numerus clausus genegen te zijn. In de twintigste eeuw was er echter een duidelijke hang naar geslotenheid te vinden in de rechtsleer en werd de negentiende eeuwse rechtspraak geherinterpreteerd. Vanaf de jaren tachtig wordt het numerus clausus beginsel in de rechtsleer opnieuw in vraag gesteld. Als men het numerus clausus beginsel ziet als een wettelijk vastgelegd beperkt aantal zakelijke rechten, dan merkt men dat een numerus apertus weer als mogelijkheid naar voren komt: het Franse Hof van Cassatie aanvaardde dat een eeuwigdurend ‘*droit d’affichage*’ een zakelijk recht uitmaakt, ook al maakt dit recht geen deel uit van de lijst van wettelijk erkende zakelijke rechten. Als men het numerus clausus beginsel interpreteert als de zakelijke rechten opgesomd door enerzijds de Code civil en anderzijds erkend door het Franse Hof van Cassatie, dan kan men de recente evolutie zien als een soepele invulling van het numerus clausus beginsel in het zakenrecht. Hoewel het Franse recht de partijen niet de vrijheid geeft om nieuwe zakelijke rechten te maken, hebben zowel de wetgever als het Franse Hof van Cassatie getoond dat zij capabel en bevoegd zijn om nieuwe zakelijke rechten te creëren en te erkennen. We kunnen echter stellen dat dit zeer beperkt blijft en dat er van een volledig open systeem geen sprake is. Een numerus clausus is derhalve aanwezig in het Franse recht, echter minder strikt als in sommige andere burgerlijke rechtssystemen¹⁹³.

3.4 HET VERDERE VERLOOP VAN HET ANGLO-AMERIKAANSE RECHT

We zagen reeds in de negentiende eeuw dat het grote verschil met de *civil law* landen is dat *common law* landen geen burgerlijk wetboek hebben en derhalve een algemeen wettelijk kader missen waarin het zakenrecht wordt uiteen gezet. Als er een numerus clausus zou bestaan, dan wordt de wetgever hierin niet als exclusieve bron van recht gezien, maar wordt er veel belang gehecht aan de

¹⁹² *Loi nr. 80-335 relative aux effets de la clause de réserve de propriété dans les contrats de vente* van 12 mei 1980, nu in essentie verwerkt in artikel 121 van de Wet van 25 januari 1985, inzake het faillissementsrecht; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 254; F. DERRIDA, “La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives”, *D.* 1980, 293-308; P.L. NEVE, en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 69-72.

¹⁹³ Naar B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 166-168; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 252.

rechtspraak. Over het al dan niet onderkennen van een numerus clausus door de rechtspraak stellen Merrill en Smith het volgende: “Common-law courts behave towards property rights very much like civil-law courts do: They treat previously-recognized forms of property as a closed list that can be modified only by the legislature. This behaviour cannot be attributed to any explicit or implicit command of the legislature. It is best described as a norm of **judicial self-governance**”¹⁹⁴. De rechtspraak behoudt dus ook in de twintigste eeuw haar voorzichtige aanpak in de omgang met partijen die een zakelijk effect willen geven aan hun relaties¹⁹⁵.

In hun artikel van 2000¹⁹⁶ verdedigen Merrill en Smith de stelling dat *common law* wordt gekenmerkt door een numerus clausus. Er zijn vijf typen zakelijke rechten: *the estates in land, the concurrent interests in land, the nonpossessory interests in land, the interests in personal property en the intellectual property*. We bespreken hier de twee historisch meest relevante:

a. Estates in land

De wetgever bemoeide zich op innemende wijze met *real property* in de Law of Property Act van 1925. Vóór de wet hadden de rechtbanken steeds zelf bijgehouden welke (zakelijke) rechten er bestonden. Deze wet somt de mogelijke rechten op die men kan hebben op een land binnen de *common law* en heeft op die manier een bijna *civil law-like* standaardiserend effect. De rechtbanken worden nu niet enkel meer beperkt door hun eigen rechtspraak, maar ook door een wet en het blijft onduidelijk of zij nog andere rechten mogen erkennen dan deze genoemd in de wet. De exclusieve bevoegdheid om nieuwe zakelijke rechten te erkennen lijkt verplaatst te zijn binnen de *common law* van de rechtbanken naar de Engelse wetgever. Men kan hieruit de conclusie trekken dat de Law of Property Act in feite een numerus clausus van zakelijke rechten heeft gerealiseerd met betrekking tot land binnen de *common law*¹⁹⁷.

De lijst van zakelijke rechten met betrekking tot land is dus gesloten: men spreekt van een *box-like structure*. Er zijn, afhankelijk van eventuele

¹⁹⁴ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 387; T. MERRIL en H. SMITH, “Optimal Standardization”, *supra* noot 102, 10.

¹⁹⁵ Vb. *King vs. David Allen and S, Billposting, Ltd* 1916, 2 AC 54 HL: de vraag of een aanplakkingsrecht aan een cinemagebouw een zakelijk recht is, wordt negatief beantwoord; W.J. SWADLING, “Property: General principles”, *supra* noot 110, 224.

¹⁹⁶ T. MERRIL en H. SMITH, “Optimal Standardization”, 1-70.

¹⁹⁷ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 345 en 390-392: “When, after the introduction of the 1925 Act, courts are confronted with an unknown type of property right, they are not only restricted by their own case law, but now also by an Act of Parliament. It seems, therefore, that the exclusive authority to recognise new property rights at common law, but not in equity, has shifted with the Law of Property Act 1925 from the courts to the English legislature”; A.M. GARRO, *Recordation of Interests in Land in International Encyclopedia of comparative law*, VI, 8, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, 62; M.E. STORME, “Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, 710.

onderverdelingen, vijf algemene types van zakelijke rechten: *the fee simple absolute*, *the defeasible fee simple*, *the fee tail*, *the life estate* en *the lease*. In de praktijk houdt de rechtbank zich strikt aan het *numerus clausus* beginsel in de context van *estates in land*. De lijst wordt geacht volledig te zijn en niet vatbaar voor aanvullingen¹⁹⁸. Dit moet echter licht genuanceerd worden. In de eerste plaats is de invulling van de bestaande zakelijke rechten, en dan vooral het ‘eigendomsrecht’, veel soepeler dan in de *civil law* landen. Het Engelse recht kent niet de ondeelbaarheid van het eigendomsrecht en biedt daardoor ruimere perspectieven. Ten tweede geldt steeds de ontsnappingsroute uit *common law* via *equity*¹⁹⁹.

b. Interests in personal property

Ook in *personal property* zijn de rechtbanken afkerig om nieuwe zakelijke rechten te erkennen. Dit kan het best aangeduid worden met *bailment* (‘bewaargeving’). Wanneer een persoon het bezit van een roerend goed overdraagt aan een andere persoon, geeft dit aanleiding tot ‘acties’ om het bezit te beschermen als het zou worden aangevallen. Het creëert echter geen zakelijk recht. Hoewel rechtbanken het nuttig achten een zakelijk recht toe te kennen, is de relatie tussen bewaargever en bewaarnemer strikt persoonlijk gebleven²⁰⁰. In deze groep is er vreemd genoeg niet met zekerheid te zeggen welke typen rechten ten aanzien van *personal property* bestaan. In de praktijk blijkt dat de meeste typen *interests in land* niet toepasselijk zijn ten aanzien van *personal property*. *Life estate in personal property* is wel mogelijk. Over andere rechten, zoals *defeasible fees* en *executory interest*, heerst er minder eensgezindheid. Wie vandaag een bepaald zakelijk recht wil creëren, neemt bijna altijd zijn toevlucht tot de *trust*²⁰¹. Er heerst dan ook onenigheid over het al dan niet bestaan van een *numerus clausus* in *personal property*. Sommige auteurs menen dat hiervan geen sprake kan zijn, anderen stellen dat het hier ook gaat om een gesloten lijst, die in vergelijking met *real property* gewoon langer is²⁰².

Het eigendomsvoorbehoud wordt op het continent veelal in het kader van de zekerheidsrechten geplaatst en behandeld. Door de *House of Lords* wordt het

¹⁹⁸ T. MERRIL en H. SMITH, “Optimal Standardization”, 12-14: “With respect to the most basic legal dimensions, such as duration, powers of alienation, rights of inheritance, and so forth, the system of estates in land presents the picture of highly standardized building blocks not subject to modification by contract or judicial decree”; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 269-270; W.J. SWADLING, “Property: General principles”, 233-234.

¹⁹⁹ S.E. BARTELS en J.M. MILO, *Contents of Real Rights*, Tilburg, Wolf Legal Publishers, 2004, 16; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem”, 1061.

²⁰⁰ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 391; Voorbeeld: *Bristol Airport plc vs Powdrill*.

²⁰¹ T. MERRIL en H. SMITH, “Optimal Standardization”, 17-18; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 271;.

²⁰² S.E. BARTELS en J.M. MILO, *Contents of Real Rights*, Tilburg, Wolf Legal Publishers, 2004, 15; W.J. SWADLING, “Property: General principles”, 267.

instituut echter als nog niet overgedragen eigendom gezien, dat een gevolg is van de bestaande contractsvrijheid²⁰³.

Of het numerus clausus beginsel ook geldt in *equity*, is twijfelachtig. Hoewel *common law* en *equity* verbonden zijn²⁰⁴ en zakelijke rechten in *common law* ook in *equity* bestaan, zijn zij niet gelijk. In *equity* zijn er al nieuwe zakelijke rechten in de rechtspraak erkend. De laatste keer dat dit gebeurde, was echter in de zaak *Tulk vs Moxhay*²⁰⁵, welke dateert van 1848. In casu ging het om een overeenkomst met betrekking tot het gebruik van een tuin, uitsluitend bedoeld voor ontspanningsdoeleinden. Toen Moxhay het stuk verkreeg, wou hij er op bouwen. Daarop werd hij gedagvaard door één van de bewoners. Hoewel Moxhay vreemd was aan de oorspronkelijke overeenkomst, kreeg zijn tegenpartij toch gelijk. De rechtbank erkende een nieuw zakelijk recht, een *restrictive covenant* ('beperkende overeenkomst'), die enkel kan bestaan in *equity*: "If an equity is attached to property by the owner, no-one purchasing with notice of that equity can stand in a different situation from the party from whom he purchased". Deze uitspraak was echter zo ruim dat het mogelijks alle overeenkomsten met betrekking tot land veranderde in zakelijke rechten. Dat heeft ertoe geleid dat in latere zaken de draagwijdte ervan zo veel als mogelijk werd ingeperkt²⁰⁶.

Een nog groter argument tegen een numerus clausus in *equity*, is de erkenning van de *constructive trust*. Het is een trust die gecreëerd wordt door de rechtbank in plaats van door de partijen bij een overeenkomst. Bij wijze van voorbeeld bekijken we de zaak *A-G for Hong Kong vs Reid*. Een hooggeplaatst ambtenaar ontving smeergeld van criminelen in ruil voor het laten vallen van procedures tegen hen. Hierdoor pleegde hij een schending van de vertrouwensplicht die hij had ten opzichte van de Chinese overheid. De *Privy Council* stelde dat de ambtenaar als gevolg van zijn fout dat smeergeld als een *constructive trust* hield voor die overheid. Op die manier is het niet voorspelbaar wanneer er een zakelijk recht in het voordeel van de begunstigde ontstaat onder de *constructive trust*. Deze rechtsonzekerheid stuit op kritiek: "Proprietary remedies should be granted only in defined circumstances and then ordinarily as a matter of course, so that rights of property may be fixed and ascertainable in advance"²⁰⁷. Men kan hieruit afleiden dat er in *equity* geen sprake kan zijn van een numerus clausus.

²⁰³ P.L. NÈVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 80.

²⁰⁴ Zie 2.4.

²⁰⁵ *Tulk vs. Moxhay* 1848, 2 Ph 774 (Een zaak die weliswaar van de negentiende eeuw is, maar hier goed aansluit).

²⁰⁶ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 391; W.J. SWADLING, "Property: General principles", 256-257.

²⁰⁷ Uitspraak van Sir Peter Millet, in S.E. BARTELS en J.M. MILO, *Contents of Real Rights*, Tilburg, Wolf Legal Publishers, 2004, 16; W.J. SWADLING, "Property: General principles", 277.

Men zou denken dat *common law* een open stelsel kent. Geheel tegen de klassieke verwachtingen in, kan men echter vaststellen dat in het Anglo-Amerikaanse zakenrecht ook een zekere *numerus clausus* aanwezig is, vooral dan binnen *real property*. Dit werd als eerste naar voor gebracht door de Engelse rechtsvergelijker Bernard Rudden: “In all non-feudal systems with which I am familiar (whether earlier, as at Rome, or later) the pattern is similar: there are less than a dozen sorts of property entitlements. In very general terms then, all systems limit, or at least greatly restrict, the creation of real rights: ‘fancies’ are for contract, not property”²⁰⁸. Partijen zijn niet vrij om zelf nieuwe zakelijke rechten te creëren. Alleen wanneer zij hiervoor toelating krijgen van een *statute* of rechtbank, komt de juridische relatie tot stand. De wetgever of rechter geeft hieraan dan derdenwerking, en maakt het zo tot een zakenrechtelijke relatie²⁰⁹.

3.5 BELGIË IN DE 20^E EEUW

Het Belgische Burgerlijke Wetboek is grotendeels een vertaling van de Franse Code Civil van 1804. Het artikel 543 is letterlijk overgenomen. Daarom kende men in België dezelfde aarzelingen over het bestaan van een *numerus clausus* als in Frankrijk²¹⁰. Er zijn enkele tegenstanders van het beginsel in de loop van de negentiende en twintigste eeuw, zoals Laurent, Hansenne, Kluyskens, Picard en D’Hoffschmidt²¹¹. Zo stelt Kluyskens twee argumenten voorop: “Vooreerst somt artikel 543 BW enkel de voornaamste zakelijke rechten op. Bovendien kan een eigenaar op de meest absolute wijze over zijn goederen beschikken indien hij er geen gebruik van maakt dat strijdig met de wet zou zijn. Welnu, geen enkele wettekst verbiedt hem andere zakelijke rechten dan deze die de wet opsomt, in het voordeel van een derde op zijn goederen toe te staan, in zoverre dat geen terugkeer is naar de feodale rechten van voor de Franse Revolutie”²¹².

De meerderheid in de rechtsleer is echter pro een *numerus clausus* in het zakenrecht. Zo stelt Vandenberghe “Ofschoon dit artikel niet alle zakelijke rechten vermeldt, valt er toch uit af te leiden dat men enkel de door de wet aanvaarde of ingestelde zakelijke rechten kan vestigen. Partijen kunnen dus

²⁰⁸ F.H. LAWSON en B. RUDDEN, *The law of property*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 194-195.

²⁰⁹ B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus*, 396.

²¹⁰ T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 246.

²¹¹ F. LAURENT, *Principes de Droit Civil*, II, Brussel, Bruylant, 1878, 107-108; E. PICARD, N. D’HOFFSCHMIDT en J. DE LE COURT, *Pandectes belges : encyclopédie de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, XXXIII, Brussel, Larcier, 1890, 1189-1190 : “Qu’est-ce qu’un droit réel ? Sauf la propriété, qui est hors de cause, ce sont les démembrements de la propriété, c’est-à-dire des actes de propriété, des manières d’utiliser la propriété, d’en tirer profit. Notre question se réduit donc à savoir si le propriétaire est libre de faire de sa chose ce qu’il veut ? L’affirmative est un axiome, et cet axiome est écrit dans nos lois aux termes de l’article 544”; J. HANSENNE, “La limitation du nombre des droits réels et le champ d’application du concept de service foncier”, *RCJB* 1968, 180-183.

²¹² A. KLUYSKENS, *Zakenrecht*, Antwerpen, Standaard, 1940, 48-49.

zelf geen andere zakelijke rechten in het leven roepen dan degene die de wetgever heeft ingesteld”²¹³. De argumenten in de rechtsleer pro en contra lopen volledig gelijk met deze van de Franse rechtsleer. België heeft zich in dat opzicht nog niet kunnen afzetten van haar Franse oorsprong.

De Belgische rechtspraak kreeg met het arrest Blicck van 1966 voor het eerst de kans om de twijfel in de rechtsleer weg te nemen²¹⁴. De heer Blicck kocht in 1905 een stuk grond waarop een erfdienstbaarheid *non aedificandi* (bouwverbod) woog ten bate van de omliggende erven. Daarenboven nam hij de verplichting op zich om op een deel van het perceel een park aan te leggen, wat ook gebeurde. In 1927 verkocht de heer Blicck het terrein aan de NV La Plage du Coxyde met het oog op de bouw van een casino. Tegelijkertijd kende hij aan de NV een kosteloos genotsrecht met onbeperkte duur toe over het park, op voorwaarde dat er tennisvelden zouden aangelegd worden. Nadat de NV La Plage du Coxyde de tennisterreinen had aangelegd, werd in 1928 het genotsrecht en het casino ingebracht in een nieuwe vennootschap, de NV Casino-Tennis de Coxyde et Saint Idesbald. De NV La plage du Coxyde werd ontbonden. Na het overlijden van de heer Blicck rees de vraag naar de juridische aard van dat genotsrecht. Kon men hier spreken van een eeuwigdurend zakelijk recht buiten degene die worden vermeld in artikel 543 BW? De rechtbank van eerste aanleg te Veurne antwoordde hierop bevestigend. Het Hof van Cassatie oordeelde echter dat het genotsrecht in het voordeel van de gemeente Koksijde en haar inwoners geen zakelijk recht was, maar een persoonlijke verplichting. Nog een derde stelling werd verdedigd door Hansenne, die in het genotsrecht een erfdienstbaarheid zag²¹⁵.

De meerderheid van de rechtsleer heeft hieruit een erkenning van het numerus clausus beginsel afgeleid. Het Hof van Cassatie heeft echter gewoon vastgesteld dat *in casu* een vorderingsrecht aanwezig was, zodat zij zich zelfs niet pro of contra een gesloten systeem van zakelijke rechten heeft uitgesproken. Sagaert gaat zelfs verder: de rechtbank van Veurne en het Hof van Cassatie komen tot hetzelfde resultaat, namelijk dat het perceel bezwaard bleef met het collectief genotsrecht. Het lijkt hem derhalve niet relevant of het in casu ging om een zakelijk dan wel een persoonlijk recht. Waar het wel om zou gaan, is of het genotsrecht als accesorium van het overgedragen onroerend goed kon worden beschouwd. Door het vonnis van de rechtbank van Veurne

²¹³ H. VANDENBERGHE, *Goederenrecht*, Leuven, Acco, 2005, 4; W. VANGERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht I: Algemeen deel*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 96: “Doordat men op stuk van de zakelijke rechten het numerus clausus beginsel aanvaardt, zijn zakelijke rechten uitsluitend diegene, die door de wetgever als dusdanig worden erkend.”; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Les principaux contrats usuel, les biens*, Brussel, Bruylant, 1952, 195: De Page stelt dat de controverse weinig praktisch belang heeft, aangezien hij zich geen zakelijke rechten kan inbeelden die niet door de wetgever zijn opgericht; Er wordt in de rechtsleer echter voornamelijk naar Franse bronnen verwezen, onder andere Colin en Capitant, Jossierand en andere.

²¹⁴ Cass. 16 september 1966, *J.T.* 1967, 59 en *RCJB* 1968, 166, noot J. HANSENNE.

²¹⁵ J. HANSENNE, “La limitation du nombre des droits réels et le champ d’application u concept de service foncier”, *RCJB* 1968, 185.

niet te verbreken, was het Hof van Cassatie deze interpretatie mogelijks genegen²¹⁶.

In het arrest Sart-Tilman²¹⁷ buigt het Hof van Cassatie zich opnieuw over het al dan niet gesloten stelsel binnen het zakenrecht. In casu ging het om een V.Z.W. die krediet verkreeg bij een bank onder de waarborg een aantal schuldvorderingen op kredietrechtelijke instellingen over te dragen aan de bank. Wanneer de V.Z.W. wordt ontbonden en de vereffening deficitair blijkt te zijn, betwisten de vereffenaars de mogelijkheid voor de bank om de overgedragen schuldvorderingen aan de samenloop te onttrekken. Het Hof van Cassatie geeft hen gelijk door te stellen dat een fiduciaire cessie tot zekerheid in geval van faillissement van de cedent niet tegenwerpelijk is aan de overige schuldeisers, omdat sprake is van “een niet bij de wet bepaalde zakelijke zekerheid”. Het Hof van Cassatie heeft derhalve de externe werking van de fiduciaire eigendomsoverdracht afgewezen en de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid zelf als niet-conform met het numerus clausus beginsel bevonden²¹⁸. Dit arrest is derhalve een uitdrukkelijke aanvaarding van een numerus clausus in België.

Op vijftien jaar tijd is het Belgische recht echter dermate veranderd dat twijfel kan bestaan of deze uitspraak nog geldend Belgisch recht vertegenwoordigt. In een recenter arrest van 4 april 2003 werd de indruk gewekt dat de fiduciaire eigendom wél in het systeem van het zakenrecht zou passen en dat een fiduciair eigendomsrecht nu wel voldoet aan het wezen van het eigendomsrecht²¹⁹. Mogelijks nog belangrijker is de inmenging van de wetgever met artikel 12 van de Wet Financiële Zekerheden²²⁰. Deze bepaling stelt dat de eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid geldig is en aan derden tegenstelbaar, niettegenstaande een insolventieprocedure, beslag of enig ander geval van samenloop tussen de schuldeisers en één van de partijen bij deze overeenkomst²²¹. Het is mogelijk dat door deze elementen de

²¹⁶ R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IA, Antwerpen, Standaard, 1974, 60-61; F. GOTZEN, “Zakelijke rechten : plaats en aantal in het burgerlijk recht”, *R.W.* 1978-1979, 2339; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem”, 1036-1037; Sagaert wil hieruit de aanvaarding door het Hof van Cassatie van een zelfstandig kwalitatief recht afleiden. De meerderheid van de rechtsleer is hiertegen echter gekant.

²¹⁷ Cass. 17 oktober 1996, *Arr. Cass.* 1996, 930; *R.W.* 1996-97, 1395, noot M.E. STORME.

²¹⁸ V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem”, 1037-1038; V. SAGAERT, “Het eigendomsrecht als volwaardig zekerheidsinstrument?”, in E. ALOFS, K. BROECKX, H. CASMAN en anderen (eds.), *Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 209; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 247.

²¹⁹ Cass. 4 april 2003, *R.W.* 2003-2004, 1689, met noot M.E. STORME: het arrest spreekt over “het eigendomsrecht aldus verkregen door de schuldeiser”, als is een fiduciair eigendomsrecht een volwaardig eigendomsrecht.

²²⁰ Wet van 15 december 2004 betreffende de financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, *B.S.* 1 februari 2004.

²²¹ V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem”, 1039-1040; Er zijn daarbuiten nog andere, weliswaar minder verrijkende, wettelijke inbreuken op de niet-tegenwerpelijkheid van de

draagwijdte van het arrest Sart-Tilman volledig onderuit wordt gehaald. Men kan dus allerminst zeggen dat het numerus clausus beginsel in België vaststaat.

Een uitdrukkelijke aanvaarding van het numerus clausus beginsel is echter wel te vinden in een arrest van 1988²²². Daarin werd de vraag gesteld naar de juridische kwalificatie van de verzaking aan het recht van natrekking. Het Hof van Cassatie antwoordde dat er een gelijkschakeling moet bestaan van de verzaking aan het recht van natrekking met de vestiging van een opstalrecht. Een eeuwigdurende eigendomssplitsing is derhalve uitgesloten, wat duidt op de bescherming van de fysieke ondeelbaarheid én het gesloten systeem van het zakenrecht²²³.

Die ondeelbaarheid van het eigendomsrecht in de wetgeving, is echter de laatste jaren onder druk komen te staan, onder meer²²⁴ door de figuur van het **eigendomsvoorbehoud**. Ondanks de benaming “eigendomsvoorbehoud” lijkt de positie van partijen binnen deze constructie sterk op die van een pandhouder of eigenaar van een met pand bezwaard goed²²⁵. Zolang de koper de prijs niet volledig heeft betaald, blijft de verkoper eigenaar en de koper slechts detentor²²⁶. Ingevolge de nieuwe Belgische Faillissementswet heeft het tussen partijen reeds lang erkende eigendomsvoorbehoud externe werking gekregen. Artikel 101 bepaalt immers dat roerende goederen, onder beding van eigendomsvoorbehoud verkocht door de onbetaalde verkoper, kunnen worden teruggevorderd bij faillissement van de koper, voorzover in natura nog aanwezig. Anders dan in Frankrijk wordt het eigendomsvoorbehoud volgens de meerderheidsopvatting opgevat als een opschortende tijdsbepaling die aan de verplichting tot eigendomsoverdracht wordt toegevoegd. Het eigendomsvoorbehoud is een accessoir zekerheidsrecht, dat met de vordering overgaat op de nieuwe crediteur²²⁷. Ook de koper geniet een zekere bescherming. Wanneer de verkoper failliet gaat voordat de koper de volledige

fiduciare overdracht tot zekerheid, zoals artikel 27 e.v. Loonbeschermingswet, artikel 23 Wet Overheidsopdrachten, en andere.

²²² Cass. 19 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-1988, 1230; *R.W.* 1988-1989, 572.

²²³ V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem”, 1041-1042; T.H.D. STRUYCKEN, *Numerus clausus*, 247.

²²⁴ Naast de nieuwe inzichten in verband met de beschikbaarheid van het eigendomsrecht: V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem”, 1021.

²²⁵ Het belangrijkste parallele element is dat aan de koper onder eigendomsvoorbehoud een zekere zakenrechtelijke positie toekomt, die hem beschermt tegen de insolventie van de verkoper. Het verschil is dan weer dat bij eigendomsvoorbehoud er van samenloop en bijhorende voorrangregels geen sprake is, aangezien de zaak simpelweg wordt onttrokken aan de samenloop, in V. SAGAERT, “Het eigendomsrecht als volwaardig zekerheidsinstrument?”, in E. ALOFS, K. BROECKX, H. CASMAN en anderen (eds.), *Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 196.

²²⁶ Immers inherent aan zijn titel heeft de koper een restitutieplicht en kan hij de feitelijke heerschappij onmogelijk voor zichzelf uitoefenen, in E. DIRIX, “Eigendomsvoorbehoud”, *R.W.* 1997-98, 482.

²²⁷ M.E. STORME, “Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, 721; P.L. NÈVE en J.A.W. LENSING, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2000, 75.

koop prijs heeft betaald, kan de koper een revindicatie van de curator afdwingen door op de vastgestelde tijdstippen de afbetalingen te blijven doen. Dit is ook vastgelegd in artikel 7 lid 2 van de Europese Insolventieverordening²²⁸. De koper geniet bescherming tegen de insolabiliteit van de verkoper door zijn zakenrechtelijke positie. Hierin vindt men een duidelijke parallel met het Duitse *Anwartschaftsrecht*²²⁹. Deze bescherming van de koper is vanuit zakenrechtelijk oogpunt revolutionair te noemen. Het leidt tot een verdeling van het eigendomsrecht aangezien de zaak blijft toebehoren aan de verkoper terwijl de koper die zaak wel kan revindiceren uit de failliete boedel. Dit is in strijd met de traditionele ondeelbaarheid van het eigendomsrecht. Het ondeelbaarheidskenmerk, dat tot nu toe een belangrijk argument was om aan de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid zakelijke werking te ontzeggen, moet daardoor aan belang inboeten²³⁰.

Het eigendomsvoorbehoud heeft derhalve een opening naar trustachtige figuren mogelijk gemaakt. Bij de trust heeft de begunstigde een persoonlijke vordering tot restitutie van het trustvermogen, maar ook de mogelijkheid tot revindicatie uit handen van de bewindvoerder. Het eigendomsrecht is in dat opzicht een instrument tot zekerheid van de verbintenisrechtelijke restitutieanspraken van de begunstigde. Zowel de bewindvoerder als de begunstigde genieten gelijktijdig een zekere eigendomsbescherming, wat haaks staat op de klassieke ondeelbaarheid van het eigendomsrecht²³¹.

Een trustachtige figuur die langzaam aan opkomt in België, is **de zekerheidseigendom**. Het is de techniek waarbij een schuldenaar zijn goed overdraagt aan zijn schuldeiser tot zekerheid van een tussen hen bestaande schuld. Het is een afwijzing van de klassieke ondeelbaarheidsvereiste van eigendom omdat zowel de fiduciaire eigenaar als de overdrager eigendomsbescherming genieten. Bovendien heeft de zekerheidseigendom zakelijke werking, wat strijdig is met het traditionele uitgangspunt van het Belgische zakenrecht. De uitwerking van de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid is in het Belgische recht derhalve bijzonder omstreden²³². Het

²²⁸ E. DIRIX, "Eigendomsvoorbehoud", *R.W.* 1997-98, 483; V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem", 1018; Verordening E.U. van 29 mei 2000 betreffende Insolventieprocedures nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, *P.B. L.* 30 juni 2000, nr. 160, 1.

²²⁹ Zie 3.2 voor de uitwerking van het begrip; V. SAGAERT, "Het eigendomsrecht als volwaardig zekerheidsinstrument?", in E. ALOFS, K. BROECKX, H. CASMAN en anderen (eds.), *Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 196.

²³⁰ V. SAGAERT, "Het eigendomsrecht als volwaardig zekerheidsinstrument?", in E. ALOFS, K. BROECKX, H. CASMAN en anderen (eds.), *Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 200-201.

²³¹ V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem", 1017-1018, waarin wordt verwezen naar M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 703-819.

²³² Rechtsvergelijkend: de Duitse rechtspraak heeft sinds het begin van de eeuw zekerheidseigendom erkend en uitgebouwd tot een afzonderlijke soort eigendom, met eigen kenmerken. Het Nederlandse recht is oorspronkelijk het Duitse gevolgd, in 1992 heet de wetgever deze vorm echter afgeschaft en geconverteerd in een bezitloos of stil pandrecht (art. 3:84 lid 3

arrest Sart-Tilman zorgde ervoor dat de meerderheid in de rechtsleer de interne geldigheid van de fiduciaire overdracht tot zekerheid aannam, maar dat er geen externe werking, en dus ook geen zekerheidsfunctie, kon toekomen aan de figuur. Langzaamaan is er echter een evolutie op gang gekomen in de tegenovergestelde richting zowel in rechtspraak, rechtsleer als wetgeving²³³. Vooral het artikel 12 van de wet Financiële Zekerheidsovereenkomsten, moet hier in herinnering worden gebracht. Zij voert een zeer ruime uitzondering in op de principiële niet-tegenwerpelijkheid van de fiduciaire overdracht²³⁴.

4. DE 21^e EEUW IN BELGIË: WAAR NAARTOE?

Hoewel over het algemeen een numerus clausus beginsel werd voorgestaan, zagen we in de twintigste eeuw langzaamaan twijfels binnensijpelen in de praktijk. Zo tasten het eigendomsvoorbehoud en de eigendomsoverdracht tot zekerheid de grenzen van het klassieke zakenrecht aan. Waar gaat het Belgische zakenrecht naartoe in de eenentwintigste eeuw? Ik bespreek hieronder kort een aantal auteurs die op zoek gaan naar vernieuwing.

Verbeke en Snaet²³⁵ gaan in hun bijdrage over het Meccano goederenrecht in tegen de klassieke leer van het zakenrecht en pleiten voor het benaderen van het recht als een “meccano”, waarmee men kan maken en creëren wat partijen het beste uitkomt. Hoewel het zakenrecht klassiek staat voor stelselgeslotenheid en het verbintenissenrecht voor wilsautonomie, hoeft dit niet noodzakelijk zo te zijn. Ook het zakenrecht kan volgens hen gebaseerd worden op contractsvrijheid en wilsautonomie. Hierbij valt aan te stippen dat zij deze vrijheid willen creëren binnen een numerus clausus: “De wezenlijke kenmerken van de goederenrechtelijke figuren waarmee wij aan de slag gaan, moeten onaangeroerd blijven. De regels van dwingend recht en openbare orde vormen de grenzen van het spel”²³⁶.

Sagaert²³⁷ gaat duidelijk een stap verder: hij wil de klassieke dichotomie tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht verlaten. Dit zou een oplossing bieden voor figuren die in de praktijk ontstaan en geen plek vinden

NBW), zie ook 3.1 en 3.2; M.E. STORME, “Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, 714.

²³³ Zie boven.

²³⁴ Art. 12 §2 Wet Financiële Zekerheden en art. 17, 3^o Faillissementswet; V. SAGAERT, “Het eigendomsrecht als volwaardig zekerheidsinstrument?”, in E. ALOFS, K. BROECKX, H. CASMAN en anderen (eds.), *Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 225.

²³⁵ A. VERBEKE en S. SNAET, “Meccano goederenrecht”, in *Vigilantibus Ius Scriptum. Liber Americum Hugo Vandenberghe*, Brugge, Die Keure, 2007, 365-393.

²³⁶ “Ondanks de numerus clausus der zakelijke rechten als een gesloten systeem, blijven er talloze kenmerken van de zakelijke rechten en figuren die door de wetgever niet als essentieel zijn aangemerkt”, in A. VERBEKE en S. SNAET, “Meccano goederenrecht”, in *Vigilantibus Ius Scriptum. Liber Americum Hugo Vandenberghe*, Brugge, Die Keure, 2007, 365.

²³⁷ V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem”, 983-1086.

binnen deze tweedeling, zoals de kwalitatieve verbintenis. Hij toont aan dat de wilsautonomie binnen het verbintenissenrecht en de geslotenheid binnen het zakenrecht langzaamaan verlaten worden, of ook wel: naar elkaar toegroeien. Daarom is een nieuwe indeling van vermogensrechten noodzakelijk. Ten eerste erkent Sagaert de zuiver persoonlijke rechten: noch aan actiefzijde, noch aan passiefzijde zijn zij uitgerust met een volgrecht. Hier geldt klassiek een open systeem, met evenwel beperkingen. Ten tweede zijn er de vermogensrechten die zowel aan de actief- als passiefzijde een accessorium vormen van een ander goed. Het typevoorbeeld hier zijn de erfdiensbaarheden, die na de feodale tijd een louter objectief karakter mochten hebben en dus niet ten laste of ten voordele mochten vallen van een persoon. Iets wat in de praktijk niet mogelijk bleek. Als derde noemt Sagaert de zuiver zakelijke rechten: het gesloten karakter van het zakenrecht was in deze al langer verlaten. Partijen mogen niet onbeperkt zakelijke rechten creëren, maar zij kunnen wel de zakelijke gebruiks- en genotsrechten boetseren naar hun eigen behoeften²³⁸. Ook hier wordt langzaamaan een positieve verbintenis aan de passiefzijde mogelijk geacht. Ten laatste zijn er de vermogensrechten die enkel aan de actiefzijde een accessorium zijn van een goed. Het gaat hier om de kwalitatieve rechten. Het numerus clausus beginsel is traditioneel niet van toepassing. Met deze ‘herindeling’ wil Sagaert ook een modernere invulling geven aan het ‘gesloten stelsel’: beperkte zakelijke rechten zouden in het leven kunnen geroepen worden op voorwaarde dat zij vanuit economisch standpunt niet schadelijk zijn voor derden²³⁹.

Ook Dekkers en Dirix willen alle zakelijke rechten niet over dezelfde geslotenheids-kam scheren. Met betrekking tot de vraag of partijen zelf zakelijke rechten mogen creëren, maken zij binnen deze groep een onderscheid. De zakelijke rechten waarbij een persoon onderworpen wordt aan de houder van een recht, is een recht waarvan men sinds de Franse Revolutie afstand heeft genomen. Ook mogen de partijen geen nieuwe zakelijke zekerheden aan derden opleggen²⁴⁰. Wat mogen zij dan wel zelf creëren? Rechten van gebruik en genot. De wil der partijen behoudt hier nog enige speelruimte, mits gebeurlijke publiciteit²⁴¹.

Een greep uit de Belgische rechtsleer aan het begin van de eenentwintigste eeuw toont duidelijk aan dat er vernieuwing in de lucht hangt. Er wordt

²³⁸ Zie ook Dekkers en Dirix onder.

²³⁹ V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem”, 1022-1028 en 1063 tot 1077.

²⁴⁰ Het Hof van Cassatie oordeelde dat een fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid van een schuld wel geoorloofd is, maar niet tegenwerpelijk aan derden, in casu andere schuldeisers in samenloop: Cass. 17 oktober 1996, *Arr. Cass.* 1996, 930; R.W. 1996-97, 1395, noot M.E. STORME; Een dergelijke cessie is wel rechtsgeldig tussen partijen zelf: Antwerpen 28 februari 2000, R.W. 2002-2003, 97.

²⁴¹ R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek burgerlijk recht. Deel II: Zakenrecht, zekerheden, verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 57: “Bij rechten van gebruik en genot behoudt de wil der partijen nog enige speelruimte (argument art. 629 BW), mits gebeurlijke publiciteit (art. 1 Hypotheekwet)”.

gestreefd naar een nieuw systeem van zakelijke rechten dat ‘open staat’ voor veranderingen in de praktijk. Is zulk een nieuw systeem nodig? Het klassieke systeem van numerus clausus bood alleszins rechtszekerheid: geen andere zakelijke rechten bestaan, dan deze door de wetgever gecreëerd. Het is echter niet langer realistisch om hieraan vast te houden. Zonder de ambitie te hebben een volledig systeem uit te denken²⁴², gaan we op zoek naar elementen die ons nuttig lijken voor het zakenrecht van de eenentwintigste eeuw.

Wat kunnen we leren van Frankrijk? Het is niet omdat ons Burgerlijk Wetboek uit de Franse Code civil is ontstaan, dat we dezelfde koers moeten blijven varen. De reactie tegen de feodaliteit heeft ons zakenrecht gevormd. Die historische argumenten lijken nu echter voorbijgestreefd. In 1834 gaf de Franse rechtspraak een goede aanzet voor een modern open systeem van zakelijke rechten. De volgende honderdvijftig jaar leek zij echter ter plaatse te blijven trappelen in onenigheid. We moeten durven loskomen van het Franse recht en misschien zelfs denken aan een herschrijving van het huidige artikel 543 BW, waarbij er geen twijfel meer kan bestaan over het feit dat er andere zakelijke rechten bestaan (iets wat al algemeen is aanvaard), maar vooral een duidelijk antwoord geven op de vraag of partijen nieuwe zakelijke rechten in het leven mogen roepen.

Voor het antwoord op die vraag wil ik grijpen naar het Amerikaanse recht. Zou men in plaats van een numerus clausus, niet beter een standaardisering van de zakelijke rechten ambiëren? Een systeem waarbij de rechtspraak een bepaald aantal zakelijke rechten voorstaat, (die ook in het artikel 543 BW in een duidelijke, geüpdatete maar niet-limitatieve lijst worden erkend), waarbij anderzijds de mogelijkheid bestaat voor partijen om vorderingen in te stellen op basis van ‘nieuwe’ zakelijke rechten. Hierbij krijgt de rechter, naast de wetgever, de bevoegdheid om deze rechten al dan niet te aanvaarden, op basis van vaste principes in de rechtspraak. Een zekere standaardisatie blijft echter nodig omdat het eigendomsrecht nog steeds als een belangrijk, maar niet langer absoluut en ondeelbaar²⁴³, zakelijk recht moet worden beschouwd. Die deelbaarheid van het eigendomsrecht zal meer mogelijkheden bieden voor de noden van de praktijk.

Mogelijks is het nog beter om, in plaats van een niet-limitatieve lijst van alle erkende zakelijke rechten in te voeren (die weer snel gedateerd zal zijn), in navolging van het Nederlandse artikel 3:81 BW een opsomming weg te laten.

²⁴² Daarvoor is het inzicht in de materie helaas niet breed genoeg.

²⁴³ Het Engelse recht kent niet de ondeelbaarheid van het eigendomsrecht, dat een rechtstreekse vrucht van de Franse Revolutie is, en biedt daardoor ruimere perspectieven, zie ook 2.4 en 3.4.

BESLUIT

Nu komen wij aan het einde van een boeiende tocht doorheen plaats en tijd, waarin wij werden geleid door het numerus clausus beginsel der zakelijke rechten. Wat heeft deze tocht ons bijgeleerd, en meer nog: welke antwoorden kunnen wij formuleren op de onderzoeksvragen die ons hebben gedreven? Vooreerst onderzochten we waar en wanneer de stelselgeslotenheid is uitgevonden. Menig (vooral Nederlands) rechtsgeleerde ziet in Heinrich Hahn de persoon die als eerste een beperkende opsomming gaf van bestaande zakelijke rechten. De uiteenzetting hieromtrent heeft de lezer er hopelijk van kunnen overtuigen dat Heinrich Hahn slechts één van de, in die tijd zovele, juristen was die een loutere opsomming wou geven om orde en structuur te brengen binnen de zakelijke rechten. Mogelijks was hij niet eens de eerste die deze specifieke vijfdeling voorstelde. Het was daarbij geenszins zijn bedoeling andere zakelijke rechten uit te sluiten. Een tweede mogelijke oorsprong van de numerus clausus is gelegen in de Franse Revolutie en het daaruit voortvloeiende artikel 543 CC. De wetgever wilde ook hier reageren tegen de wildgroei van zakelijke rechten, eigen aan de feodaliteit en maakte eigendom tot een absoluut en ondeelbaar recht. Het was zeker de bedoeling van de wetgever om aanspraken van derden op de eigendom in te perken, maar het artikel 543 CC is geen voldoende krachtig *statement* om er een numerus clausus der zakelijke rechten uit af te leiden. Het artikel is niet duidelijk verwoord en het was van in het begin onvolledig. Bovendien moest de machtige eigenaar volgens de meerderheid van de toenmalige rechtsleer net alle vrijheid krijgen om te doen met het goed wat hij wenste. In de loop van de negentiende eeuw is Frankrijk (maar ook Nederland) overwegend liberaal gestemd met betrekking tot het aantal zakelijke rechten, wat een extra argument is om aan te nemen dat artikel 543 CC niet aan de oorsprong ligt van het numerus clausus beginsel. Von Savigny brengt verandering met zijn *System des heutigen römischen Rechts* in 1840, waarin hij een volledig kader uiteen zet met het numerus clausus beginsel als onontbeerlijk element. Het zakenrecht en het verbintnissenrecht poneert hij als twee volledig tegengestelde typen rechtsverhouding. Binnen het zakenrecht is er geen plaats voor wilsautonomie: zakelijke rechten zijn als inbreuken op het absolute eigendomsrecht en moeten derhalve wettelijk aan banden worden gelegd. Het systeem van von Savigny is overgenomen door Johow in de Motive en terechtgekomen in het BGB van 1900. Ons inziens ligt daar de historische oorsprong van het numerus clausus beginsel.

De vraag die vervolgens aan de orde is, is hoe het numerus clausus beginsel is geëvolueerd doorheen de tijd. Dit moeten we land per land bekijken. Nederland wordt beïnvloed door de Duitse ontwikkelingen aan het begin van de twintigste eeuw. Het numerus clausus beginsel wordt bovendien bevestigd door het arrest Blaauboer/Berlips, dat een consensus tot stand lijkt te brengen. De kwalitatieve verbintenis in de jaren zestig is in dat opzicht een vreemde eend in de bijt. Bij de beraadslaging over het Nieuwe NBW breekt echter

opnieuw de discussie los, waarbij een open systeem andermaal het onderspit moet delven. Het Nieuwe NBW vergrendelt de deur weer met onder andere het *fiducia*-verbod. Vandaag zijn echter de eerste barstjes in het gesloten systeem zichtbaar. In Duitsland bouwt men verder op het van von Savigny overgenomen systeem. Toch wordt hieraan in de twintigste eeuw een soepele invulling gegeven: de wetgever erkent in de loop van de eeuw verschillende zakelijke rechten, zoals het *Anwartschaftsrecht*. Ook de scherpe tweedeling van zakenrecht en verbintenissenrecht lijkt niet langer haalbaar. Het systeem van von Savigny is in het huidige recht niet langer zaligmakend en is aan modernisering toe. Frankrijk neigt in de twintigste eeuw, in tegenstelling tot de negentiende eeuw, naar een numerus clausus der zakelijke rechten. De wetgever en rechter eigenen zich het recht toe zakelijke relaties te creëren en erkennen, maar in tegenstelling tot wat men zou verwachten naar aanleiding van het arrest van 1834, is dit zo beperkt dat men bezwaarlijk van een *numerus apertus* kan spreken. Het Anglo-Amerikaanse zakenrecht kan niet beïnvloed zijn door de Franse Revolutie of het systeem van von Savigny. Toch kent ook dit recht, tegen de verwachtingen in, een zekere standaardisering van zakelijke rechten. Er zijn volgens Merrill en Smith slechts vijf typen zakelijke rechten, waarbij vooral *real property* een strikt gesloten systeem kent. Zulk een beperking van het aantal zakelijke rechten in het Anglo-Amerikaanse recht valt echter niet gelijk te stellen met een numerus clausus van de *civil law* landen. *Equity* kent immers geen standaardisatie en biedt zo een ontsnappingsmogelijkheid. Bovendien is *ownership* allerminst gelijk te schakelen met ons eigendomsbegrip. België tenslotte, volgde in de negentiende en twintigste eeuw Frankrijk, van wie zij het artikel 543 heeft overgenomen. Met het eigendomsvoorbehoud en de voorzichtige erkenning van de fiduciaire overdracht tot zekerheid, komt zij slechts de laatste decennia los van haar oorsprong.

Op de derde vraag of het huidige Belgische zakenrecht nog een numerus clausus der zakelijke rechten voorstaat, antwoordt de rechtsleer dat de praktijk figuren aanbrengt en nodig heeft die niet te rijmen vallen met een beperkt aantal zakelijke rechten, de ondeelbaarheid van het eigendomsrecht en de strikte scheiding tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht. Wij poogden daarop kort een aantal nieuwe denkpijpen voor te stellen voor een modern zakenrecht.

Deze tocht heeft ons geleerd dat de geschiedenis, maar zeker ook de rechtsvergelijking, ons een helpende hand kan bieden bij het vormen van een vernieuwd zakenrecht. Laten wij nemen wat goed is uit deze vruchtbare tocht voor de invulling van het zakenrecht van de eenentwintigste eeuw.