

## ARTIKELEN

# Het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland en een kennelijk onuitroeibaar misverstand

W.J. Zwalve

## 1 Inleiding

Lodewijk Bonapartes grote broer Napoleon had stoute plannen met zijn wetboek, dat in 1804, het jaar van zijn kroning tot ‘Keizer der Fransen’, van kracht was geworden: het zou niet alleen de *Code civil des français* moeten zijn, zoals het aanvankelijk nog heette, maar het moest het wetboek van heel Europa worden, de civielrechtelijke bekroning van de vestiging van Frankrijks hegemonie over het Europese continent van de Atlantische oceaan tot de oevers van de Njemen, want, zo schreef hij aan zijn broer Lodewijk, ‘cela resserre les liens des nations d’avoir les mêmes lois civiles’.<sup>1</sup> Lodewijk dacht daar anders over: hij wilde, indachtig Rousseaus les dat codificaties een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan het proces van *nation building*, voor zijn nieuwe koninkrijk een eigen, nationaal burgerlijk wetboek. Het WNH (*Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland*) van 1809 is de vrucht van dat streven. Het wijkt daarom ook in een aantal opzichten bewust af van de *Code civil* (Cc). Dat blijkt op geen enkele plaats zo overduidelijk als bij de behandeling van het leerstuk van de eigendomsoverdracht. In de Code was gekozen voor een nieuw systeem, dat werd gekarakteriseerd als ‘un triomphe de la volonté sur le formalisme juridique’. Het nieuwe, natuurrechtelijke beginsel van de eigendomsoverdracht ‘par l’effet des obligations’ werd als een algemeen beginsel van vermogensrecht neergelegd in artikel 711 en 1138 Cc en is in veel landen die de Franse traditie volgen (zoals Italië, België en Polen) overgenomen. Niet echter in het WNH: daarin vindt men het oude gemeenrechtelijke stelsel – dat vóór 1804 ook in Frankrijk de heersende leer was geweest – gecodificeerd in de artikelen 588 en 589.<sup>2</sup> De beide bepalingen luiden als volgt:

Art. 588 WNH:

‘De meest gewone manier, om eigendom te doen overgaan, is traditie of levering.

- 1 Correspondance de Napoléon I<sup>er</sup>, publiée par ordre de l’empereur Napoléon III, XVI, Parijs 1864, p. 161.
- 2 Zie bij het navolgende ook F. Brandsma, Een basterd Code Napoleon? (Het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland), in: J. Hallebeek & A.J.B. Sirks (red.), *Nederland in Franse schaduw. Recht en bestuur in het Koninkrijk Holland*, Hilversum: Verloren 2006, p. 221 e.v. (in het bijzonder p. 243 e.v.).

W.J. Zwalve

Enkele verdragen en overeenkomsten geven wel een personeel regt om levering te eischen, maar zonder levering gaat de eigendom niet over.'

Art. 589 WNH:

'Om levering bestaanbaar te doen zijn, is het noodig:

1° Dat zij gedaan worde door de eigenaar van het goed, of door een' ander' met zijn toestemming;

2° Dat de transportant bevoegd zij om zich te verbinden, en den eigendom te vervreemden;

3° Dat zij gedaan worde op grond van eenige titel, geschikt om eigendom over te dragen; en

4° Dat zij gedaan worde met het blijkbaar oogmerk, om de eigendom te doen overgaan.'

## 2 Het stelsel van overdracht van het WNH

In artikel 588 WNH wordt op niet mis te verstane wijze aangegeven waarin dat wetboek in zijn stelsel van overdracht verschilt van de Code: voor overdracht is levering vereist. In het tweede lid wordt daaraan nog ten overvloede toegevoegd dat aan het ontstaan van een tot eigendomsoverdracht verplichtende verbintenis slechts een persoonlijk recht op levering is verbonden en niet, zoals in de Code (art. 1138 Cc), de automatische overgang van het eigendomsrecht.<sup>3</sup> Wat men hier vindt, is, zoals gezegd, niets nieuws, want het behelst een uiterst adequate samenvatting van de gemeenrechtelijke overdrachtsleer die is gebaseerd op de Gl. 'Iusta causa' bij D. 41,1,31 pr. en Inst. 2,1,40.<sup>4</sup> Het is het systeem van overdracht dat onder het *ancien régime* nagenoeg overal in Europa gold en nu nog slechts, zij het in uiterst aangescherpte vorm, in Duitsland. Omdat ik zelden een zó precieze samenvatting daarvan heb aangetroffen als die van artikel 589 WNH lijkt mij een nadere analyse ervan op zijn plaats, zeker met het oog op de vraag of daaruit lessen voor de toekomst zijn te leren.

1. Het eerste vereiste van artikel 589 WNH ziet op de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder. Het bevestigt weliswaar de beroemde *nemo plus*-regel van D. 50,17,54, maar doet onmiddellijk de vraag rijzen of ten aanzien daarvan een uitzondering is geformuleerd met betrekking tot roerende zaken. Het WNH lijkt, ten aanzien van deze vraag, aan te sluiten bij de *Code civile*, want artikel 1906 WNH behelst de letterlijke vertaling van het beroemde artikel 2279 (oud = 2276

3 De beide bepalingen gaan, letterlijk, terug op het ontwerp voor een burgerlijk wetboek dat de Amsterdamse advocaat Joannes van der Linden (1756-1835) al in 1807 in opdracht van Lodewijk Napoleon had opgesteld: zie J. van der Linden, *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807-1808* (red. J. Th. de Smidt), Amsterdam: Graphic 1967, Tweede Boek, Tweede titel, Tweede Afdeling, art. 22-23 (p. 80-81).

4 Zie daarover aanstonds nader in de tekst.

Het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland en een kennelijk onuitroeibaar misverstand

nieuw)<sup>5</sup> Cc, dat, in een ietwat uitgebreidere versie, is overgenomen in artikel 2014 OBW. Er bestaat, zoals ieder weet, een uitgebreide literatuur over de geschiedenis van dat artikel, alsmede over de uitleg en de toepassing ervan in het moderne Nederlandse recht vóór 1992 (1950<sup>6</sup>)<sup>7</sup>, zodat daaraan op deze plaats geen bijzondere aandacht meer behoeft te worden besteed.

2. Het tweede vereiste van artikel 589 WNH confronteert de huidige Nederlandse lezer onmiddellijk met een andere, voor hem ietwat wonderlijke wereld, want in aanvulling op het beschikkingsbevoegdheidsvereiste van de voorgaande bepaling wordt een ander vereiste gesteld, te weten dat de vervreemder *handelingsbekwaam* dient te zijn. Dit vereiste past evenwel binnen het gemeenrechtelijke systeem dat door artikel 589 WNH werd gecodificeerd, omdat de levering daarin het karakter had van een *rechtshandeling*, zodat een geldige, dat wil zeggen onaantastbare, overdracht slechts kon plaatsvinden door iemand die handelingsbekwaam was. Onder het gemene recht werd dit karakter van de levering afgeleid uit de sleutelbepaling van Inst. 2,1,40, die als volgt luidt:

‘Volgens het natuurrecht verkrijgen wij ook door levering de eigendom: want niets is zo in overeenstemming met de natuurlijke billijkheid dan dat gevolg wordt gegeven aan *de wil van de eigenaar die zijn zaak aan een ander wil overdragen*’.<sup>8</sup>

In zijn, eertijds in geheel Europa (en in Groot-Brittannië nog steeds) uiterst gezaghebbende, commentaar op de Justiniaanse Instituten merkt de Leidse hoogleraar Arnold Vinnius hierbij op dat de levering, wil daardoor eigendom overgaan, dient te berusten op een op eigendomsoverdracht gerichte wilsovereenstemming tussen vervreemder en verkrijger; wij zouden zeggen, op een ‘zakelijke (of, zo men wil, goederenrechtelijke) overeenkomst’.<sup>9</sup> Die zakelijke overeenkomst wordt daarom ook uitdrukkelijk als constitutief vereiste aan de overdracht gesteld in artikel 589, 4° WNH: dat zij (d.w.z. de levering) gedaan wordt met het blijkbaar oogmerk om de eigendom te doen overgaan. De bepaling behelst een beknopte weergave van een gedachte die al in het *Corpus Iuris* zelf is terug te vinden in D. 44,7,55:

5 De Franse wetgever heeft in 2008, in het kader van een ingrijpende modernisering van de Code, karaktermoord gepleegd op de *Code civil* van 1804 door een groot aantal artikelen van een nieuwe nummering te voorzien. Art. 2279 (oud) Cc is nu genummerd als art. 2276 Cc.

6 HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 (Damhof/De Staat).

7 Samengevat bij A.F. Salomons, *De interpretatiegeschiedenis van art. 2014 BW (1838-1945)*, Deventer: FED 1990 en van dezelfde auteur, 2014 tot 1950: de geschiedenis tot 1950 van de vertrouwensbescherming bij overdracht van roerende zaken door een beschikkingsonbevoegde, Deventer: Kluwer 1997.

8 Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquirentur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam *voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre*, ratam haberi (cursivering toegevoegd).

9 A. Vinnius, *In IV Libros Institutionum Imperialium Commentarius* (ed. Leiden 1726), ad Inst. 2,1,40 § 5: ‘affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus’, onder verwijzing naar D. 44,7,55, waarover aanstonds nader in de tekst.

W.J. Zwalve

‘Bij alle handelingen die eigendom doen overgaan, dienen die handelingen samen te vallen met een daarop gerichte wil van de beide daarbij betrokken partijen, want of er nu een verkoop, een schenking (...) of welke andere overeenkomst dan ook als titel aan ten grondslag ligt, dan kan hetgeen op deze wijze is begonnen alleen tot een goed einde worden gebracht wanneer de wil van beide partijen overeenstemt.’<sup>10</sup>

Het was dus de Romeinse jurist Iavolenus Priscus die, aan het einde van de eerste eeuw van onze jaartelling, als eerste de gedachte tot uitdrukking bracht dat iedere overdracht, naast de obligatoire rechtstitel die daaraan ten grondslag lag, *tevens* de op eigendomsoverdracht gerichte wilsovereenstemming van vervreemder en verkrijger diende te behelzen. Die gedachte werd bevestigd door de Accursische glosse<sup>11</sup> en is sindsdien onder het Europese gemene recht de heersende leer gebleven.<sup>12</sup> Zij hangt ten nauwste samen met de in onze huidige (Nederlandse) ogen beperkte uitleg die traditioneel werd gegeven aan het in artikel 589, 3° WNH geformuleerde vereiste, te weten ‘dat zij gedaan wordt op grond van enige titel, geschikt om eigendom over te dragen’.

3. Het derde vereiste van artikel 589 WNH, het titelvereiste, dient *niet* te worden begrepen in de zin waarin dat door de Hoge Raad werd verstaan in zijn beroemde arrest Damhof/De Staat,<sup>13</sup> te weten dat voor de geldigheid van een overdracht de aanwezigheid van een geldige, tot levering verplichtende en daarom logisch aan de levering voorafgaande obligatoire rechtsbetrekking is vereist. Het gemene recht huldigde namelijk niet een strak causaal systeem van eigendomsoverdracht zoals sinds dat arrest in Nederland wordt aangehangen. Het huldigde echter evenmin een abstract systeem van eigendomsoverdracht, zoals bijvoorbeeld tegenwoordig in Duitsland geldt. Het stelsel van het gemene recht (en het WNH) kan het best worden omschreven als ‘gematigd causaal’, omdat, ondanks het ontbreken van een objectief geldige, aan de overdracht ten grondslag liggende obligatoire rechtsbetrekking, toch eigendom door levering kon overgaan indien *beide* betrokken partijen, vervreemder en verkrijger, dwaalden omtrent het bestaan ervan. Eigendom ging, anders gezegd, óók door levering over als er een *putatieve* titel aan de levering ten grondslag lag. Dit systeem is sinds de Accursische glosse onder het Europese gemene recht de

10 Iavolenus, Libro duodecimo Epistolarum: in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.

11 Zie de Gl. ‘In omnibus’ op D. 44,7,55.

12 Zie, voor het gemene Romeinse recht, nog R.-J. Pothier, Pandectae Iustinianae ad. D. 41,2, Art. II, § 3 (ed. Parijs 1819, Tom. III, p. 698) en, voor het geldende achttiende-eeuwse Franse recht, dezelfde in Traité de l’action ‘Condictio Indebiti’, nr. 174 (Oeuvres de Pothier VI, p. 253).

13 HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1.

Het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland en een kennelijk onuitroeibaar misverstand

heersende leer gebleven.<sup>14</sup> Het was gebaseerd op de gedachte dat het Romeinse recht de actie uit onverschuldigde betaling, de *condictio indebiti*, in het vooruitzicht stelde wanneer iemand had betaald ter uitvoering van een niet bestaande of vernietigde verbintenis. De levering nu die is geschied ter uitvoering van een niet bestaande of vernietigde verbintenis is niets anders dan de voldoening aan een nietige of vernietigde verbintenis; zij is, met andere woorden, óók een onverschuldigde betaling. Hieruit diende, althans zo vond men,<sup>15</sup> de dwingende gevolgtrekking te worden gemaakt dat, wanneer iemand een zaak had geleverd op grond van een nietige verbintenis, terwijl hij *meende* te voldoen aan een geldige verplichting tot levering, de eigendom desalniettemin was overgegaan en wel omdat hem slechts een *persoonlijk* rechtsmiddel, de *condictio indebiti* (de actie uit onverschuldigde betaling), ten dienste stond om de zaak terug te vorderen. De *condictio indebiti* kon naar de beginselen van het gemene recht, *anders* dan naar die van het huidige Nederlandse recht, bovendien slechts met vrucht worden ingesteld indien de vervreemder had gedwaald omtrent het bestaan van een betalingsverplichting.<sup>16</sup> Daarenboven was daartoe óók nog de dwaling *van de verkrijger* vereist, want wie een onverschuldigde betaling in ontvangst had genomen in de wetenschap dat die betaling niet was verschuldigd, pleegde – naar de beginselen van het Romeinse recht – diefstal (*furtum*)<sup>17</sup>, zodat géén eigendom kon zijn overgegaan en de geleverde zaak derhalve met de revindicatie en niet met de actie uit onverschuldigde betaling kon worden teruggevorderd: een eigenaar beschikte niet over de *condictio indebiti*. Deze voor de eigendomsoverdracht op grond van een slechts putatieve titel vereiste *wederzijdse* dwaling komt tot uitdrukking in de ten tijde van de levering bestaande, op eigendomsoverdracht gerichte wilsovereenstemming van vervreemder en verkrijger. Dáárom wordt in artikel 589, 4<sup>o</sup> WNH uitdrukkelijk gesteld dat door levering slechts dan eigendom overgaat, indien ‘zij gedaan worde met het blijkbaar oogmerk, om de eigendom te doen overgaan’.

Zo heeft dus de afzonderlijke vermelding van die zakelijke (of, zo men wil, goederenrechtelijke) overeenkomst slechts recht van bestaan in een stelsel als dat van het WNH (of dat van het BGB), waarin de levering alle kenmerken vertoont van een tweezijdige rechtshandeling, zodat daaraan óók het vereiste van de handelingsbekwaamheid van de tradent moet worden gesteld. Uiteraard bestaat voor haar géén plaats (meer) in het huidige Nederlandse recht.

14 Zie de Gl. ‘Iusta causa’ op D. 41,1,31 pr. Zie voorts, bijv. Bartolus in zijn commentaar op D. 1,19,1, onder nr. 3 (‘quando erratur in causa traditionis: tunc ambo contrahentes in eandem causam consenserunt licet errent et tunc non impeditur dominii translatio’), alsmede H. Donellus, Commentarii de iure civili, Lib. IV, cap. XV, § 2 e.v. (ed. Neurenberg II, p. 376 e.v.) en, ten onzent, A. Vinnius, ad Inst. 2,1,40, § 3 en § 4.

15 Zo ook nog ten onzent C.W. Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek verklaard, Zesde deel, Amsterdam: Leiden & Amsterdam: Berhard en comp. 1879, p. 223 e.v. en J.Ph. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht V (Zakenrecht), Haarlem: De erven F. Bohn 1940, nr. 246 (p. 265 e.v.).

16 Zie voor dit dwalingsvereiste D. 12,6,1,1.

17 Zie hiervoor D. 13,1,18 en 47,2,43 pr.-1.

### 3 De Franse herkomst van het huidige Nederlandse stelsel van overdracht

Er wordt, voornamelijk (maar niet alléén)<sup>18</sup> door rechtshistorici, nogal eens betoogd dat het huidige Nederlandse recht, door sinds 1838 (art. 639 OBW) levering voor te schrijven als constitutief vereiste voor de geldigheid van een overdracht, is teruggekeerd tot 'de ware beginselen van het Romeinse recht'.<sup>19</sup> Dat is echter slechts schijn. Men dient nimmer uit het oog te verliezen dat de Franse *Code civil* ten onzent van 1811 tot 1838 heeft gegolden en dat bovendien het OBW van 1838 daarop voor het overgrote gedeelte was gebaseerd. Dit is de reden waarom de Nederlandse rechtsgeleerdheid gedurende de gehele negentiende en zelfs nog een goed deel van de vorige eeuw – terecht – op Frankrijk (en niet op Duitsland, laat staan op Engeland) was georiënteerd. Van een *terugkeer* naar het oude gemene recht was daarom op dit punt dan ook geen sprake, zoals alleen al blijkt uit het gegeven dat de uiterst adequate weergave ervan in artikel 589 WNH door de samenstellers van het OBW niet is overgenomen. Integendeel: artikel 639 OBW<sup>20</sup> bestaat uit een samenvoeging (en verbetering) van artikel 711-712 Cc,<sup>21</sup> met dien verstande dat, in de plaats van de overdracht 'par l'effet des obligations' van artikel 711, werd gekozen voor een overdracht door middel van levering. Men dient het stelsel van overdracht van het OBW daarom zó te begrijpen dat daarin de vereisten van de *Code civil* golden (beschikkingsbevoegdheid en een *geldige* tot eigendomsoverdracht strekkende verbintenis), met daaraan toegevoegd de levering *als aanvullend vereiste*. Zó begreep Gerard Diephuis – wiens *Nederlandsch Burgerlijk Regt* de Hoge Raad lange tijd tot richtsnoer heeft gediend – het stelsel ook. Weliswaar stelt hij dat onze wetgever van 1838 door de herintroductie van het leveringsvereiste was teruggekeerd tot het stelsel van 'het Romeinsche en van ons vroeger regt', doch hij laat er tevens geen misverstand over bestaan dat de 'regttitel' van artikel 639 OBW geen andere kan zijn dan die van artikel 711, 1138 en 1583 Cc: een putatieve titel is daarom onvoldoende voor de eigendomsovergang door levering.

Diephuis bespreekt een en ander naar aanleiding van artikel 1399 OBW<sup>22</sup> en de daarmee samenhangende vraag of degene die een zaak onverschuldigd heeft betaald die zaak kan revindiceren onder degene aan wie de ontvanger te goeder trouw haar

18 Zie bijv. G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt VI*, Groningen: Wolters 1880, p. 92.

19 Zo reeds C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon*, Den Haag: Gebroeders Van Cleef 1838, p. 261.

20 Ik vermoed dat het moderne Nederlandse faculteitsbibliotheken niet anders zal gaan dan de Leidse, waarin zich tot voor kort geen enkel exemplaar van het OBW van 1838 meer bevond. Ik citeer daarom het artikel op deze plaats: 'Eigendom van zaken kan op geene andere wijze worden verkregen, dan door toeëigening, door natrekking, door verjaring, door wettelijke of testamentaire erfopvolging, en door opdragt of levering, ten gevolge van eenen regttitel van eigendoms-overgang, afkomstig van degenen die gerechtigd was over den eigendom te beschikken.'

21 'La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations' (art. 711) en 'la propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation, et par prescription' (art. 712).

22 (a) Die iets, hetwelk onverschuldigd te goeder trouw door hem ontvangen was, verkocht heeft, kan volstaan met den koopprijs terug te geven (b) Indien hij de zaak te goeder trouw om niet heeft vervreemd, behoeft hij niets uit te keeren.

Het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland en een kennelijk onuitroeibaar misverstand

heeft geschonken. Diephuis beantwoordt die vraag, behoudens de werking van het voormalige artikel 2014 lid 1 OBW, in beginsel bevestigend en wel omdat een *onverschuldigde* betaling niet kan gelden als een levering op grond van een geldige rechtstitel die op grond van artikel 639 OBW voor een geldige overdracht was vereist.<sup>23</sup> Daaronder kon naar zijn gevoelen, in overeenstemming met het Franse recht, slechts een naar de maatstaven van het verbintenissenrecht te beoordelen geldige verplichting tot overdracht worden verstaan. Dit is de leer die door de Hoge Raad in 1950 werd overgenomen.<sup>24</sup> Het Romeinse en voormalige Rooms-Hollandse recht, alsmede het WNH, leerden anders.<sup>25</sup>

Er mag daarom niet worden gesteld dat Nederland in 1838 ‘terugkeerde’ tot het Romeinse stelsel van overdracht: het voerde weliswaar het oude gemeenrechtelijke vereiste van levering (*traditio*) opnieuw in, maar het stelsel van overdracht waarin dat vereiste werd ingebed, was van geheel andere, Franse, origine. Voor een op eigendomsoverdracht gerichte zakelijke overeenkomst als additioneel constitutief vereiste voor de geldigheid van een overdracht van roerende zaken (waartoe ik mij beperk) is daarom binnen een dergelijk, strak causaal systeem géén plaats meer.<sup>26</sup>

#### 4 Een kennelijk onuitroeibaar misverstand

Ondanks het zojuist hiervoor opgemerkte, blijkt het oude gemeenrechtelijke systeem (en in het bijzonder de daarbij behorende constructie van de goederenrechtelijke overeenkomst), zoals dat nog in het WNH was gecodificeerd, niet uit het

- 23 G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt XI*, Groningen: Wolters 1888, p. 67 e.v.
- 24 Zie hierover J. Wiarda, *Het arrest van 5 mei 1950*, NJ 1951, 1, inzake Damhof tegen de Staat der Nederlanden aangaande de artt. 639 en 2014 B.W. en eerherstel voor Diephuis en de negentiende eeuw, in: WPNR 4207-4211.
- 25 Diephuis was zich daar terdege van bewust: zie zijn debat met Opzoomer in *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt XI*, p. 69, noot 1.
- 26 De controverse over de zakelijke overeenkomst in het Nederlandse recht werd als eerste op scherp gesteld door J.H.A. Lokin, *Traditio; de verschaffing van het bezit*, in: R. Feenstra, N. van der Wal & J.H.A. Lonin (ed.), *Flores Legum H.J. Scheltema Oblati*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1971, p. 121 e.v. en J.L. den Dulk, *Enkele beschouwingen over de aard en de betekenis van de zakelijke overeenkomst*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1979 (zie daarover mijn opmerkingen in WPNR 5616-5617, met Slotschrift in WPNR 5625), de laatste met een uitvoerige beschrijving van de geschiedenis van de introductie van dat ongelukkige begrip (zo ook W.G. Huijgen, *Rechtszekerheid of rechtsbescherming. Ofwel: taak en plaats van de notaris in het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1997 ('schijnfiguur') in het moderne Nederlandse recht. Hun standpunt wordt gedeeld door W. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer Kluwer 2006, par. 131 e.v. (p. 111 e.v.); W. Reehuis, *Levering*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 2 (p. 1-2); dezelfde in O.K. Brahn & A.H.T. Reehuis, *Overdracht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 49 e.v. en C.H. Brunner, in zijn bespreking van Nieuwenhuis' oratie *Uit de ban van hier en nu* (zie in de volgende noot), in: R.M.Themis 1982, p. 40 e.v. Zie voor verdere literatuur het overzicht van Keirse in *Vermogensrecht ad art. 3:84 lid 1 BW*, aant. 21. De controverse wordt veroorzaakt, doordat men niet scherp weet te onderscheiden tussen de *overdracht* van de *eigendom* enerzijds en de *verschaffing* van het *bezit* anderzijds. Dat onderscheid is fundamenteel, zelfs wanneer men, onverhoopt, in het bezit méér meent te moeten zien dan een enkel feit.

collectieve onderbewustzijn van Nederlandse juristen uit te bannen te zijn.<sup>27</sup> Het beklijven van dergelijke archetypische denkbeelden is – zo leert ons Jungs analytische psychologie – niet zelden het resultaat van al te eenzijdig gerichte psychische activiteiten. Dat geldt in het bijzonder<sup>28</sup> voor een recent verschenen studie over levering van roerende zaken,<sup>29</sup> waarin opnieuw een lans wordt gebroken voor de plaats van de zakelijke overeenkomst binnen het stelsel van overdracht. De eenzijdigheid ervan blijkt voornamelijk uit de ongelukkige keuze die de schrijver heeft gemaakt door zich in haar rechtsvergelijkende beschouwingen te beperken tot het *Duitse* recht, dat een geheel *ander* systeem van overdracht kent dan het huidige Nederlandse recht. De zakelijke overeenkomst (Savigny's 'dinglicher Vertrag', in de wet (par. 925 en 929 BGB) 'Einigung' genoemd) speelt daarin, uiteraard, een cruciale rol en wel omdat het huidige Duitse recht, voortbouwend op het gemene recht, een *abstract* stelsel van eigendomsoverdracht kent. Goede rechtsvergelijking vereist een andere keuze, te weten een keuze voor een met het huidige Nederlandse recht *vergelijkbaar* rechtsstelsel. Het toeval wil nu dat er wel degelijk een dergelijk rechtsstelsel bestaat en wel het huidige Zwitserse.<sup>30</sup> Dit stelt aan de overdracht van roerende zaken, net als het Nederlandse recht, het vereiste van bezitsverschaffing (art. 714 (1) ZGB) en het Zwitserse hooggerechtshof heeft daaraan in 1929 zelfs nog een ander vereiste toegevoegd,<sup>31</sup> te weten dat er door bezitsverschaffing slechts eigendom overgaat indien die wordt ondersteund door een geldige verbintenis die tot eigendomsoverdracht verplicht. Dat is een beslissing waaraan in het Zwitserse recht dezelfde betekenis wordt gehecht als in het Nederlandse recht het geval is met het arrest Damhof/De Staat. De vergelijking wordt *nóg* interessanter wanneer men bedenkt dat voordien in het Eedgenootschap, onder invloed van het Duitse recht, veelal een abstract stelsel van eigendomsoverdracht werd verdedigd waarin, uiteraard, een prominente plaats was gereserveerd voor de zakelijke overeenkomst. De vraag rees nu wat *na* 1929 nog de plaats van dit vereiste was. Het antwoord daarop ligt voor de hand: door de uitspraak van het eedgenootschappelijke hooggerechtshof werd de levering, de bezitsverschaffing, gedegradeerd tot een louter feitelijke uit-

27 Zie in het bijzonder F.H.J. Mijnsen & C.C. van Dam, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Deel I. Algemeen goederenrecht, Deventer: Kluwer 2006, nr. 207 (p. 188 e.v.), F.H.J. Mijnsen & G.H.A. Schut, Bezit, levering en overdracht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 55 e.v. en H. Nieuwenhuis, Uit de ban van hier en nu, Deventer: Kluwer 1980, p. 73 e.v.

28 Maar niet alleen: zie bijv. ook N.E.D. Faber, Overdracht van voorwaardelijke eigendom, in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt, Fiduciaire verhoudingen. Libellus amicorum S.C.J.J. Kortmann, Deventer: Kluwer 2007, p. 35, n. 5.

29 J.A.J. Peter, Levering van roerende zaken, Deventer: Kluwer 2007. Zie daarover ook de recensie van J.H.M. van Swaay, in: NTBR 2008, p. 255 e.v.

30 Een andere mogelijkheid was het Oostenrijkse recht geweest, te meer daar er ten onzent door S. Bartels (De zakelijke overeenkomst in een causaal stelsel van overdracht: ook een Oostenrijks debat, in: J.M. Van Buren-Dee e.a. (red.), Privaatrecht en Gros (Grosheide-bundel), Antwerpen: Intersentia 1999, p. 95 e.v.) nog niet zo lang geleden op is gewezen dat de zakelijke overeenkomst daar even controversieel is als ten onzent. Nog weer andere mogelijkheden zijn het huidige Spaanse en het voormalige Pruisische recht.

31 Zie BGE 55 II 302 (uitspraak van 29 november 1929).

Het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland en een kennelijk onuitroeibaar misverstand

voeringshandeling, een 'Realakt', zodat zij haar contractuele kenmerken verloor.<sup>32</sup> Daaruit kon (en kan) maar één conclusie worden getrokken: 'Einen dinglichen Vertrag, als selbständiges zwischen dem Grundgeschäft und der Tradition stehendes Rechtsgeschäft, *gibt es nicht*.'<sup>33</sup>

## 5 Tot slot

Het stelsel van overdracht van zaken dat in het WNH is gecodificeerd, berust op een aantal traditionele gemeenrechtelijke premissen waarvan het huidige Nederlandse recht in 1838 (en 1950) definitief afscheid heeft genomen. De kennisneming ervan is evenwel uiterst nuttig, omdat die de lezer confronteert met de consequenties, dat zijn de *rechtsgevolgen*, van de in 1838 (en 1950) gemaakte rechtspolitieke keuze. Daarin is het belang van de diachrone rechtsvergelijking gelegen, want – zo stelde reeds Gustav Hugo vast – het gaat in het recht slechts om drie vragen. Wat *is* het recht (de *positiefrechtelijke* vraag)? Hoe heeft het recht zo kunnen worden als het is (de *rechtshistorische* vraag)? En tot slot: Moet het recht zo blijven als het is (de *rechtspolitieke* vraag)? De beide eerstgenoemde vragen hangen ten nauwste samen, want als er twijfel bestaat over de vraag wat het recht *is*, kan die twijfel slechts worden opgeheven door daarbij de rechtsgevolgen te betrekken van in het verleden gemaakte rechtspolitieke keuzes. Dat is ook hier het geval.

32 Zie hiervoor in het bijzonder BGE 121 III 345 (uitspraak van 6 oktober 1995), onder uitdrukkelijke verwijzing naar de hiervoor genoemde uitspraak van 1929. Ik citeer uit de rechtsoverwegingen: 'Da die Unverbindlichkeit des Grundgeschäftes keinen Einfluss auf die Besitzübertragung *als Realakt* hat, erweist sich ein Willensmangel in Bezug auf dieses Rechtsgeschäft auch als unerheblich dafür, ob eine Sache mit dem Willen des Erstbesitzers dem neuen Besitzer anvertraut wurde oder ihm ohne seinen Willen abhandengekommen ist' (cursivering toegevoegd).

33 P. Liver, Das Eigentum, in: M. Gutzwiller e.a. (red.), Schweizerisches Privatrecht V, 1, Basel/Stuttgart: Heibing & Lichtenbahn 1977, p. 319 (cursivering toegevoegd).