

University of Groningen

De totstandkoming van Scholtens legitimatieleer (1905-1945)

Runia, Harry

Published in:
 Groninger Opmerkingen en Mededelingen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2021

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 Runia, H. (2021). De totstandkoming van Scholtens legitimatieleer (1905-1945). *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XXXVIII, 15-70.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De totstandkoming van Scholtens legitimatieleer (1905 - 1945)

Inleiding

‘De grootse openingsplechtigheid zou gehouden worden in de grote zaal van het Concertgebouw in Amsterdam. Het was de vraag hoeveel gasten zij kon bevatten. Scholten vertelde het ons, studenten, glunder: weet ge hoeveel plaatsen er zijn? 2014!!’¹

Paul Scholten (1875-1946) mag wel aangemerkt worden als de bekendste hoogleraar in de rechtswetenschap uit de eerste helft van de vorige eeuw van de Universiteit van Amsterdam.² Voor het goederenrecht is één van zijn grote bijdragen de door hem ontwikkelde ‘legimatieleer’, die hij sinds 1905 uiteenzette in zijn bewerkingen van *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht – Tweede Deel – Zakenrecht* (hierna: *Zakenrecht*).³ De legitimatieleer gaf een uitleg aan artikel 2014 OBW die sterk afweek van de destijds nog heersende leer, die Scholten verfoeide omdat die niet onderscheidde tussen bezit en eigendom van roerende zaken.

-
- 1 J. Wiarda, ‘Het arrest van 5 mei 1950, no. 1 inzake Damhof tegen de Staat der Nederlanden aangaande de artt. 639 en 2014 B.W. en eetherstel voor Diephuis en de negentiende eeuw’ in: *WPNR # 4207-4211* (1951). Het citaat stamt uit het laatste deel, waar Wiarda een persoonlijke herinnering aan een geheimzinnig cijfer ophaalt naar aanleiding van Hoetinks toespraak op Scholtens afscheidscollege (hieronder weergegeven in mijn noot 3).
 - 2 John Bruggink, Paul Scholten (1875-1946) Recht en overtuiging in: J.C.H. Blom, P.H.D. Leupen en P. de Rooy (e.a.), *Een brandpunt van geleerdheid in de hoofdstad, de Universiteit van Amsterdam rond 1900 in vijftien portretten*, Hilversum/Amsterdam: Uitgeverij Verloren/Amsterdam University Press 1992.
John Bruggink promoveerde in 1983 op *Wat zegt Scholten over recht, Een rechtsfilosofische studie rond het “Algemeen Deel”* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
 - 3 Zie bijv. in *AFSCHEIDSREDE uitgesproken door Prof. Mr. Paul Scholten op 25 oktober 1945 met de daarna gehouden toespraken en een bibliografie van zijn werken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1946, de TOESPRAAK van Prof. Mr. H.R. HOETINK, Voorzitter van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Amsterdam, p. 26: ‘Als men uw rijke juridische arbeid als in vogelvlucht tracht te overzien, komen telkens punten en onderwerpen bij ons op waar gij verfrissing en vernieuwing hebt gebracht, verhelderende syntheses wist te geven, die weer uitzicht openden naar verder, diepe gedachten hebt uitgesproken, die weer prikkelden tot dieper boren. Ieder jurist hier aanwezig zullen op dit ogenblik voorbeelden voor de geest komen. Ik kan mij niet houden aan het Burgerlijk Wetboek dat toch, zoals men weet, voorschrijft “zullende niets bij verkorting of met cijfers mogen worden uitgedrukt” (art. 16) en met opzettelijke overtreding van dit wetsartikel duid ik er slechts vaag een aan met een voor profani geheimzinnig cijfer: 2014, en noem verder nog als eerste mij invallende de leer van de opstal en de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid.’

Artikel 2014 OBW luidde:

Met betrekking tot roerende goederen die noch in renten bestaan, noch in inschulden welke niet aan toonder betaalbaar zijn, geldt het bezit als volkomen titel.

Niettemin kan degene die iets verloren heeft of aan wien iets ontvreemd is, gedurende drie jaren, te rekenen van den dag waarop het verlies of de vervreemding heeft plaats gehad, het verlorene of ontvreemde als zijn eigendom terug vorderen van dengenen in wiens handen hij het zelve vindt, behoudens het verhaal van den laatstgenoemde op dengenen van wien hij het bezit bekomen heeft, en onverminderd de bepaling van art. 637.

Volgens Scholtens leer bevatte artikel 2014 OBW twee functies: een processuele en een materieelrechtelijke functie (zie hieronder § 2). De legitimatieleer was geen ‘rustig bezit’ omdat Scholten tot aan zijn laatste bewerking van *Zakenrecht* (1945) de eisen voor een beroep op met name de materieelrechtelijke functie bleef aanpassen aan zijn nieuwste inzichten.

Over artikel 2014 OBW is al het nodige geschreven. Een uitgebreid overzicht van wetsgeschiedenis, rechtspraak en dogmatiek treft men aan in het proefschrift van Salomons uit 1997.⁴ Salomons besteedt hierin vanzelfsprekend ook de nodige aandacht aan Scholtens leer. Maar hij geeft onomwonden toe dat er nog de nodige vragen onbeantwoord zijn en ook na het verschijnen van zijn proefschrift werden sommige oude discussies heropend. Zo publiceerde Verheul in 2016 in *Ars Aequi* een prikkelend artikel over Scholtens leer en de doorwerking daarvan in ons huidig wetboek.⁵ Verheul besprak daarin onder meer de vraag of Scholtens leer uitging van het bezit van de vervreemder of dat van de verkrijger. Er bestaan dus met betrekking tot Scholtens legitimatieleer nog de nodige vragen. Deze bijdrage behandelt zeven vragen.

Als eerste bespreek ik de vraag naar de oorsprong van Scholtens leer. Salomons besteedt hieraan in zijn dissertatie de nodige aandacht, maar hij verschaft geen uitsluitel.⁶ De vraag staat open sinds Van Oven haar in 1908 voor het eerst stelde.⁷ Salomons bespreekt theorieën die zowel Nederlandse, Franse en Duitse schrijvers als bron aanwijzen, onder meer:

4 A.F. Salomons, 2014 tot 1950 – De geschiedenis tot 1950 van de vertrouwensbescherming bij overdracht van roerende zaken door een beschikkingsonbevoegde (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1997. Zie over art. 2014 OBW ook: H.H. Runia, Bescherming van bezit, Een rechtshistorische en leerstellige studie naar de wortels en de totstandkomingsgeschiedenis van de huidige regeling in art. 3:125 BW (diss. RUG), Den Haag: Boom 2016.

5 E.F. Verheul, ‘Artikel 3:86 BW en de legitimatieleer’ in: *Ars Aequi*, 2016 (9), p. 590-599.

6 Salomons 1997, p. 240 e.v. Zie m.n. p. 243-243: ‘Samenvattend: zonder definitief de theorie te kunnen bevestigen of weerleggen dat Scholten zijn legitimatieleer ontleend had aan zijn Amsterdamse leermeesters, lijkt het mij plausibel dat Scholten aan zijn studiejaren een grote distantie ten opzichte van de wettekst van art. 2014 te danken had, maar ook niet meer dan dat.’

7 Van Oven wees toen de Amsterdamse jurist Faber aan als bron, zie hieronder, p. 26.

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

Houwing, Moltzer, Molengraaff, Saleilles, Gierke. Ik zal echter betogen dat Scholten zich baseerde op Eugen Huber (1849-1923), ontwerper van het Zwitserse Zivilgesetzbuch en auteur van de in 1894 verschenen herdenkingsuitgave *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht*.⁸ In deze uitgave vergeleek Huber het systeem van het inheemse recht van Germaanse oorsprong met het Romeinse zakenrecht. Hij concludeerde met name dat het hieronder nog nader uiteen te zetten *Gewere*-begrip niet hetzelfde was als een zakelijk recht (*ius in rem*): de *Gewere* vormde slechts de uiterlijke verschijningsvorm van dat recht. Daardoor heeft de *Gewere* meer weg van de Romeinsrechtelijke *possessio*, die zich ook veelal voordoet in combinatie met het achterliggende zakelijke recht.

De tweede vraag houdt nauw verband met de eerste: hoe construeert Scholten zijn uitleg van art. 2014 OBW? Ik betoog dat Scholten zijn legitimatieleer opbouwde met behulp van *Gewere*-begrip, dat uit het inheemse recht van Germaanse oorsprong afkomstig is.⁹ Scholten nam van Huber als uitgangspunt over dat men deze *Gewere* (lees: 'bezit') niet gelijk mag stellen met het daarachterliggende materiële recht (lees: 'eigendom'). Wie Scholtens leer wil doorgronden, zal dan ook aandacht moeten besteden aan diens uitleg van het inheemse recht. Wie dit niet doet en alleen het Romeinse recht hanteert om Scholtens leer te doorgronden zal tegen onverklaarbare obstakels oplopen. Dan stuit men op onbegrip en onoplosbare vragen bij bijvoorbeeld de eis van reëel bezit, het toekennen van acquisitieve werking aan de materieelrechtelijke functie en de vraag welk bezit in de legitimatieleer wordt beschermd: dat van de vervreemder of van de verkrijger?

Een derde vraag betreft de noodzaak van de door Scholten gestelde eis van het zogeheten reële bezit. Scholten wenste de bescherming van art. 2014 OBW niet toe te passen indien de levering door een beschikkingsonbevoegde had plaats gevonden *constitutum possessorium*.¹⁰

De eis van reëel bezit stuitte op onbegrip bij bijvoorbeeld Scheltema en Kisch. Scheltema merkte haar aan als een 'petitio principii; een conclusie, niet door de woorden, doch, wat

8 E. Huber, *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht* : Festschrift im Namen und Auftrag der Universität Bern verfasst, Bern : Schmid, Francke 1894.

9 Vgl. Salomons 1997, p. 4: 'Aan deze controverse tussen 'Germanisten' en Romanisten' zal ik in dit boek ruime aandacht schenken, niet omdat zij nog altijd onbeslecht zou zijn – thans meent welhaast niemand meer dat het leerstuk een rechtstreekse germaansrechtelijke wortel heeft - maar omdat zij de negentiende-eeuwse interpretatiegeschiedenis van art. 2014 BW zeer sterk heeft gekleurd.' Anders: Runia 2016, p. 226 e.v.

10 Voor lezers met een gymnasiale achtergrond: ik verbuig met opzet niet en geef daarmee gehoor aan Van Ovens oproep in NJB 1926, p. 37, noot 1: H.R. 26 juni 1925, N.J. 1925 blz. 962 – Hof 's Hertogenbosch 17 Maart 1925, W. 11400: 'De H.R. zelf gebruikt de term "levering constituto possessorio": de muze der Latijnsche taal moge onzen juristen genadig zijn! De term "constitutum possessorium" is juridisch potjes-Latijn. Laat ons hem gebruiken, daar hij burgerrecht verkreeg, maar laten wij hem niet ook nog verbuigen.' Zie over de term 'constitutum possessorium' ook Paul Scholten zelf: Kroniek in: *WPNR* # 2458 (1917), p. 49 en onder de naam 'Rechtstaal' in *Verzamelde geschriften van prof. mr. Paul Scholten (Derde en vierde deel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951, nr. 58, p. 73.

belangrijker is, ook niet door de geest van art. 2014 gerechtvaardigd.’¹¹ Kisch verweet Scholten dat hij deze eis grondde op persoonlijke opvattingen: het zou een ‘autonome billijkheidscorrectie’ zijn.¹²

Wie echter inziet dat Scholten de *Gewere* aanmerkt als de basis van de bescherming van art. 2014 OBW én weet dat deze in het inheemse recht steeds samenvalt met het uitoefenen van de feitelijke macht, zal de eis van reëel bezit aanmerken als systeemeis. Wie geen *Gewere* verkrijgt, kan vanzelfsprekend de bescherming daarvan ook niet inroepen.

Een vierde vraag is die van de toekenning van zogeheten acquisitieve werking aan het voorschrift. Door deze werking zou een derde-verkrijger van een roerende zaak (die voldoet aan bepaalde, door Scholten steeds verder uitgewerkte, zogeheten materieelrechtelijke eisen) tóch het eigendomsrecht verwerven, zelfs al kreeg hij geleverd van een beschikkingsonbevoegde. Hiermee week Scholten af van het Romeinsrechtelijk uitgangspunt dat niemand meer rechten kan overdragen dan hij zelf heeft, *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*. Salomons merkt terecht op dat Scholten in zijn eerste beweringen van *Zakenrecht* de derde die aan deze eisen voldoet juist nog *niet* aanmerkt als eigenaar, maar diens bezit slechts ‘veilig’ verklaart voor een opeisingsactie van de gerechtigde.¹³ De vraag rijst dan ook op welk moment Scholten besloot wel acquisitieve werking toe te kennen en welk motief hij daarvoor had. Ik zal betogen dat het ‘kantelmoment’ rond 1927 heeft plaatsgevonden toen Scholten zich aansloot bij de zienswijze die Thiel in 1903 in zijn proefschrift uiteenzette: een derde kan een recht van eigendom verkrijgen na levering door een beschikkingsonbevoegde vervreemder, mits de derde te goeder trouw is en op grond van een bezwarende titel verkrijgt. Scholten heeft deze eis van de bezwarende titel toegevoegd aan zijn lijstje van eisen voor materieelrechtelijke bescherming. Vóórdat hij deze stelde, baseerde hij zich voor het verlenen van bescherming aan derden nog vrijwel geheel op de regels van het inheemse recht.¹⁴ Aan dit recht was de eis van de bezwarende titel echter volkomen vreemd en daarom kan men juist in het stellen van deze extra eis de rechtvaardiging zien voor het toekennen aan de derde van niet alleen

11 F.G. Scheltema, “Het stelsel van roerend goed in het B.W. van 1838 tot heden” in: Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1838, p. 419. Voor het gemak van de lezer volgt hieronder het vervolg van het citaat: ‘Het voorschrift bedoelt, de verkrijger te goeder trouw te beschermen tegen beschikkingsonbevoegdheid van zijn auteur. Is er nu enige reden denkbaar, waarom men hem die bescherming zou onthouden, zo hij, te goeder trouw verkrijgende, zich niet reëel doet leveren, doch de zaak onder de overdrager laat? Het constitutum possessorium is toch geoorloofd en staat toch met de gewone levering op één lijn? Wij voor ons zien dan ook geen enkele reden, de verkrijger die de zaak onder de overdrager laat, in mindere mate te beschermen, dan hem, wie ze reëel geleverd is. Eenmaal het beginsel van art. 2014 aanvaardend, dat nl. ter wille van de zekerheid van het verkeer de verkrijger te goeder trouw moet worden beschermd, aanvaarde men – tenzij de wet zich, als in art. 2014, l. 2. daartegen uitdrukkelijk verzet – ook zijn consequenties.’

12 Zie het citaat bij mijn noot 132.

13 Zie hieronder in § 2.3.1.

14 Alleen de eis van goede trouw werd daarin volgens hem niet gesteld (zie § 2.1.2). Zie ook mijn noot 9.

het ongestoorde ('veilige') bezit, maar ook het achterliggende recht van eigendom. Ook Salomons houdt het voor bewezen dat Scholten in ieder geval reeds in 1927 overtuigd was van de acquisitieve werking van art. 2014 lid 1.¹⁵ Ik wijs echter diens conclusie van de hand dat Scholten reeds in het jaar 1906 er geen twijfel over laat bestaan dat art. 2014 zijns inziens acquisitieve werking heeft.¹⁶ Ik meen dat zij berust op een onjuiste lezing.

Een vijfde vraag betreft het in de literatuur wel aangetroffen strijdpunt wélk bezit Scholtens legitimatieleer beschermt.¹⁷ Zo meent Verheul: 'In zijn (Scholtens, *HHR*) visie had het bezit uit artikel 2014 Oud BW betrekking op degene die de zaak vervreemdt. Uit de woorden 'bezit geldt als volkomen titel' moest worden afgeleid dat het bezit van de vervreemder jegens de verkrijger te gelden had als volkomen titel, dat wil zeggen: hem jegens de verkrijger legitimeerde als eigenaar. In deze visie gold derhalve het bezit van de vervreemder als volkomen titel, waarop de derde te goeder trouw mocht vertrouwen. Vertrouwde hij op het bezit van de vervreemder, dan werd hij beschermd tegen diens beschikkingsonbevoegdheid.'¹⁸ Verheul acht derhalve 'in de legitimatieleer het bezit van de *vervreemder* beslissend'.¹⁹

15 Salomons 1997, p. 236.

16 Salomons 1997, p. 237.

17 Salomons 1997, p. 239 verwoordde dit vraagstuk als volgt: 'Hier echter een enkel woord over de vraag, welk bezit nu in de legitimatieleer wordt beschermd door art. 2014. Hier schuilt een eigenaardigheid van deze leer: zij leest in de regel 'bezit geldt als volkomen titel' twee regels: het bezit van de vervreemder legitimeert hem als rechthebbende; het bezit van de verkrijger wordt (processueel en onder omstandigheden ook materieelrechtelijk) beschermd.'

18 Verheul 2016 (*Ars Aequi*), p. 592. Zie inmiddels: W.H.M. Reehuis & E.F. Verheul, *Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid* (Monografieën BW nr. B6d), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 12 e.v.

19 Verheul 2016 (*Ars Aequi*), p. 592 e.v. Verheul lijkt te miskennen dat Scholten voor bescherming de eis van reëel bezit bij de verkrijger stelde (zie hieronder het citaat bij mijn noot 130), zodat men voor de bescherming toch het bezit van de *verkrijger* als beslissend moet achten. Hij concludeert vervolgens (p. 594) ten onrechte dat Meijers niet Scholtens legitimatieleer gecodificeerd heeft, maar een variant van zijn eigen bezitsleer: 'Aldus schrijvende, codificeert Meijers helemaal niet de door Scholten verdedigde legitimatieleer, waarbij wordt uitgegaan van het bezit van de vervreemder, maar de door hem verdedigde bezitsleer, nu het nieuwe wetboek aanknoopt bij het bezit van de verkrijger! Doordat hij nu echter aanvaardt dat de regel geen verdere inbreuk dient te maken op de regels voor eigendomsverkrijging dan dat de derde beschermd wordt tegen de beschikkingsonbevoegdheid, omarmt hij tevens een facet van de door Scholten verdedigde leer, namelijk dat vereist blijft dat sprake is van een geldige titel, (...). De in artikel 3:86 BW neergelegde regel moet dus veeleer worden begrepen als een aanvaarding van de leer van Meijers, zij het ingepast in een causaal stelsel van overdracht.' Ook deze conclusie lijkt mij onjuist en al in 1992 genoegzaam weerlegd door Gerbert Joan Scholten, de zoon van Paul Scholten, die als lid van de Staatscommissie destijds bij de beraadslagingen aanwezig is geweest (zie mijn noot 174) en ons dus uit eerste hand kan informeren. Zie *WPNR* 6039 (1992), p. 182: "Scholten vindt het frappant dat Meijers de legitimatieleer afwees voor het BW, maar haar wel in het Nieuw BW zette. Dit toont eens te meer aan dat het verschil van mening tussen Meijers en Paul Scholten op dit punt vooral berustte op hun verschillende waardering van de wet als rechtsbron. 'Dat was toch héél groot van Meijers: hij gaf mijn vader uiteindelijk gelijk.'" De literatuur vertoont vaak de neiging om de opvattingen van Scholten en Meijers ten aanzien van de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek ten onrechte tegenover elkaar te plaatsen. Hierop hoop ik in een toekomstige publicatie terug te komen.

Op deze weergave van Scholtens leer valt mijns inziens wel wat af te dingen.

Zo lijkt de vraag naar wie de ‘volkomen titel’ heeft weinig relevant, omdat dit begrip geen deel uitmaakt van Scholtens leer.²⁰ Sterker nog: Scholten wilde zelfs zo snel mogelijk van de letterlijke bewoordingen van de wettekst af en hij bereikte dit door het voorschrift als een *beginsel* aan te merken (§ 2).²¹ Voor een goed begrip van de legitimatieleer is het van belang op te merken dat Scholten meende dat het voorschrift pas inhoud kreeg wanneer men er twee functies inlas: de processuele en materieelrechtelijke functie. Dan blijkt dat de vraag naar wie bezit heeft irrelevant is, omdat Scholten voor beide functies uitgaat van hetzelfde inheemse *Gewere*-begrip, dat zuiver feitelijk van aard is en bij roerende zaken slechts één ‘bezitter’ kent: degene die op het moment van betwisting de feitelijke macht over de zaak uitoefent.²²

Om de bescherming in Scholtens leer te bepalen dient men zich dus niet te richten op wiens bezit het betreft, maar op de eisen die hij aan de afzonderlijke functies stelt. Voor een beroep op bescherming in de processuele functie volstaat reeds het aantonen van bezit (de feitelijke macht), terwijl voor een geslaagd beroep op bescherming in de materieelrechtelijke functie dit bezit reël moet zijn te goeder trouw moet zijn en zijn verkregen onder bezwarende titel.

Een zesde vraag is waarom Scholten, overigens pas in 1933, ten onrechte de Franse schrijver Saleilles aanwijst als *auctor intellectualis* van beide functies van zijn legitimatieleer.²³

20 Zie het citaat bij mijn noot 51. Salomons 1997, p. 306 naar aanleiding van dit citaat: ‘Hierbij is van het grootste belang dat, anders dan in de negentiende eeuw, veel auteurs in dit tijdvak uitgingen van de gedachte dat achter art. 2014 een rechtsbeginsel schuilgaat. De betekenis hiervan is dat aan de letterlijke tekst van art. 2014 betrekkelijk weinig waarde behoefte te worden gehecht; de rechtsgeleerde heeft tot taak het beginsel uit het wettelijk cocon te bevrijden en het, na confrontatie met de andere in het wetboek neergelegde en de anderszins te honoreren rechtsbeginselen, de plaats te geven die het toekomst, getransformeerd tot een aantal concrete rechtsregels.’

21 Beekhuis lijkt Scholtens werkwijze (rechtsverfijning) te miskennen, wanneer hij zich als diens opvolger in zijn eerste bewerking van *Zakenrecht* (1957) weer richt op de letterlijke tekst van het voorschrift. *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Tweede Deel - Zakenrecht, Eerder bewerkt door Paul Scholten, Negende druk bewerkt door J.H. Beekhuis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957, p. 256.

22 Zo kan het stellen van de vraag *wiens* bezit wordt beschermd (zie hierboven mijn noot 17) zelfs verwarring in de hand werken. Men belandt dan namelijk snel bij de subtiele onderscheidingen van het Romeinse recht tussen *possessio naturalis* en *possessio civilis*. Inderdaad vervolgt Salomons 1997, p. 239: ‘Deze uitleg impliceert bovendien dat art. 2014 op twee soorten bezit betrekking heeft: het *feitelijk bezit* legitimeert de vervreemder, zodat het *civiel bezit* van de verkrijger processueel en materieelrechtelijk wordt beschermd. Dit laatste is echter geen bezwaar: art. 2014 vindt nu juist zijn bestaansrecht in de omstandigheid dat bij roerend goed recht en feit niet te onderscheiden zijn. De feitelijke macht over de zaak bij de beschikkingsonbevoegde vervreemder deed bij de verkrijger het vermoeden ontstaan dat de vervreemder het civiel bezit had, en dit vermoeden geeft aanleiding tot de juridische fictie dat er inderdaad civiel bezit wordt overgedragen.’ Vgl. Verheul 2016 (*Ars Aequi*), p. 592, noot 10: ‘Asser/Scholten 1945, p. 96: ‘Wie op de legitimatie die het bezit geeft afgaat, is veilig.’ Overigens moet bezit in deze visie worden uitgelegd als feitelijk bezit, d.w.z. in termen van het huidige recht – feitelijke macht.’ Zie in dit verband ook het citaat in mijn noot 32.

23 Zie het volledige citaat in mijn noot 89.

Salomons, die mijns inziens terecht aanneemt dat Scholten zijn legitimatieleer al in zijn eerste bewerking van *Zakenrecht* (1905) neer had gelegd, stelt namelijk op overtuigende wijze vast dat Scholten zijn leer *niet ontleend kan hebben aan Saleilles*, omdat diens werk pas in 1907 uitkwam.²⁴ Daarenboven lijkt het erop, dat Scholten pas rond 1927 bekend is met diens werk op het gebied van bezit. Het ligt voor de hand om het antwoord te zoeken in de acquisitieve werking, die Scholten rond 1927 verbond aan art. 2014 OBW. Hierdoor paste echter zijn aanvankelijke onderbouwing met behulp van het *Gewere*-recht niet meer, want dat bood hiervoor geen aanknopingspunt. Het Franse recht deed dit wel. Het berust op het met *Gewere*-recht vergelijkbare inheemse *saisine*-recht van Frankische oorsprong.²⁵ Maar het heeft zich echter anders ontwikkeld en kent wél eigendom toe aan de derdeverkrijger te goeder trouw. Het was Saleilles die hier nadrukkelijk op wees in zijn vergelijking van de twee rechtsstelsels.

Het zevende en laatste vraagpunt betreft de totstandkoming van Scholtens finale legitimatieleer. Scholten heeft tussen 1905 en 1945 steeds nieuwe eisen toegevoegd voor een beroep op de materieelrechtelijke functie. Voor elke wijziging die Scholten doorvoerde laat zich de vraag stellen of men haar moet beschouwen als verduidelijking of als aanvulling. Met deze vraag is nauw verbonden de vraag naar zijn motief om de wijziging toe te voegen. Ik merk de eis van het reëel bezit (1933) aan als verduidelijking van de legitimatieleer: ik acht het een uit het gebruik van het *Gewere*-recht voortvloeiende systeemeis. De eis van de goede trouw (1913) acht ik een aanvulling die Scholten doorvoerde om te voorkomen dat de legitimatieleer aan haar doel bij zou schieten en bescherming zou bieden aan hen die het niet verdienen. De eis van de bezwarende titel (1927) merk ik eveneens aan als aanvulling: zij vormt een rechtvaardiging voor de toekenning van het eigendomsrecht aan de derdeverkrijger.

Voor de behandeling van deze vragen heb ik gekozen voor een chronologische uiteenzetting in vijf paragrafen.

De eerste paragraaf behandelt het uitgangspunt van Scholtens zienswijze: men mag het bezit van roerende zaken niet gelijkstellen met het recht van eigendom. De tweede paragraaf zet uiteen hoe Scholten inhoud geeft aan zijn leer door het voorschrift van art. 2014 als beginsel aan te merken. Allereerst behandel ik de twee functies die Scholten in het voorschrift inleest: de processuele en de materieelrechtelijke functie. Daarna bespreek ik Scholtens kritiek op de wet en de heersende leer. In de derde paragraaf staat de ontwikkeling die de legitimatieleer heeft doorgemaakt centraal. Achtereenvolgens bespreek ik de volgende vier punten: Scholtens overgang van rechtsgeschiedenis naar functies (Saleilles); de introductie van rechtsverfijning door middel van de eis van de bezwarende titel; de oorsprong van deze eis en tenslotte de plaats van de eis van reëel bezit in Scholtens systeem. De vierde paragraaf

24 Zie hieronder mijn noot 90.

25 Zie hieronder mijn noot 97.

ziet op de toekenning van acquisitieve werking aan de materieelrechtelijke functie. Aan bod komen de datering van deze toekenning en het motief daarvoor. De vijfde paragraaf bespreekt de finale versie van Scholtens legitimatieleer in 1945. Achtereenvolgens bespreek ik de eisen die hij uiteindelijk stelt aan de processuele en de materieelrechtelijke functie. Ik sluit het opstel af met een samenvatting en een uitleiding over Scholtens eis van reëel bezit in ons huidig recht.

1. Het uitgangspunt van Scholtens legitimatieleer: bezit ≠ eigendom

‘Ook op zichzelf beschouwd is een leer, die elke feitelijke heerschappij als absolute rechtsheerschappij erkent, in strijd met het rechtsbewustzijn.’²⁶

Na het overlijden van Carel Asser in 1898 verscheen in 1905 Scholtens eerste bewerking van *Zakenrecht*. Scholtens bewerking onderscheidt zich met name van de voorgaande druk in de behandeling van ‘rechten die voortvloeien uit het bezit van roerend goed (art. 2014)’.²⁷ Zowel Scholten als Asser meende dat de oorsprong van de regel ‘bezit geldt als volkomen titel’ lag in het stelsel van het Germaanse recht. Maar Asser stelde zich op het standpunt dat dit stelsel de bezitter het hóógste recht [lees: eigendom, *HHR*] verschafte:

‘De woorden “bezit geldt als volkomen titel” worden door velen overeenkomstig het Germaans-rechtelijk beginsel opgevat in dien zin, dat de bezitter van een roerend goed (met uitzondering natuurlijk van de in het eerste lid bedoelde renten en inschulden) het enige en tevens het hoogste recht, d.i. eigendomsrecht, heeft.

Geen ander kan dus met vrucht de zaak zelve van de bezitter opvorderen, dan alleen hij, wien de zaak onvreemd is of die haar heeft verloren. Deze opvatting komt ons de aannemelijkste voor.’²⁸

Scholten keerde zich principieel tegen deze opvatting en hij achtte het nodig om het voorschrift uitvoeriger te behandelen dan zijn voorganger. Het loont de moeite hiervan kennis te nemen, al is het maar omdat ik hieronder (§ 2.1) uiteen zal zetten dat reeds deze bewerking een blauwdruk van zijn latere legitimatieleer bevat: het bevat de contouren van wat hij later zou aanduiden als de ‘procesrechtelijke’ en ‘materieelrechtelijke’ functie van bezit. Weliswaar bracht Scholten nog gedurende veertig jaar wijzigingen aan in zijn leer, maar hij heeft nooit getornd aan de grondslag: het recht dient te onderscheiden tussen bezit en eigendom.

26 Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, bewerkt door Paul Scholten, Tweede Deel - Zakenrecht, Vierde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1905, p. 66.

27 Zie: Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, met medewerking van Ph. W. van Heusde, Tweede Deel, Derde druk, bewerkt door Mr. C. Asser, derde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1896, p. 40 e.v.

28 Asser 1896, p. 42.

Hieronder volgt de kern van Scholtens betoog, waarin hij de rechtsregel met betrekking tot het bezit van roerende goederen wil verduidelijken. Het uitvoerige fragment is in de eerste plaats opgenomen om de lezer tegemoet te komen: ik vermoed dat slechts weinigen zullen beschikken over deze editie van *Zakenrecht* (1905). Verder besteedt Scholten de nodige aandacht aan een rechtsstelsel dat in de huidige rechtenstudie meestal niet meer behandeld wordt, namelijk dat van het inheemse recht van Germaanse oorsprong. Hij legt uit dat de regel met betrekking tot het bezit van roerende goederen juist hierin zijn oorsprong vindt.

‘Waar onze regel van Germaanse oorsprong is, mag een zeer beknopte uiteenzetting van het Middeleeuwse stelsel betreffende roerend goed hier niet ontbreken.²⁹

Wat wij “bezit” noemen – de uiterlijke toestand van heerschappij over een zaak – heette in het Duitsland der middeleeuwen “Gewere” (Frans “saisine”,³⁰ Hollands “weer”), maar met een belangrijk verschil èn wat betreft wie dat bezit, die Gewere had èn in de gevolgen.³¹ Wat het laatste aangaat, kende het oud-Duitse recht geen afzonderlijke bescherming der Gewere, in de zin van de Romeinse bezitsactiën, maar werd de bescherming van de uiterlijke toestand, van de Gewere, in die van het recht zelf gevonden. Immers hij, die de Gewere had, werd in het proces – onverschillig of hij als eiser of gedaagde optrad – als de zakelijke gerechtigde beschouwd, tot dat de schijn van recht, die hij uit zijn Gewere kon afleiden, door het betere materiële recht van een ander gebroken werd.³² En dit breken der Gewere was alleen mogelijk als zij òf van de aanvaller zelf was verkregen en de materiële grond, waarop die verkrijging steunde niet meer bestond (leen of huur, enz.) òf haar een zodanig gebrek aankleefde, dat objectief bekend werd geacht en de voordelen der Gewere deed vervallen (gestolen goed). De feitelijke toestand van heerschappij werd dus beschermd, omdat hij in het algemeen de uitdrukking van een zakelijk recht was, omdat hij dus hem, die de Gewere toekwam *legitimeerde* (cursivering, *Paul Scholten*), hem als zakelijk gerechtigde deed beschouwen, voorzover niet een ander binnen de niet te ruim gestelde grenzen zijn beter recht bewees. Vgl. vooral HUBER, *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrechts*.

Het is dus onjuist te beweren, dat het oud-Duitse recht geen onderscheid tussen bezit en eigendom kende (cursivering, *HHR*), dat het zakelijk recht in de Gewere opging; immers de mogelijkheid bestond het schijnbare recht ter wille van het materieel beter gefundeerde zakelijke recht teniet te doen.³³ Maar de bescherming van het zakelijk recht geschiedde in bescherming van de vorm, waarin het zich uitte (Gewere) en – dat is het tweede punt waarop men letten moet – die vorm werd dan ook alleen beschermd, als hij zich als zodanig voordeed, als dus de feitelijke toestand gepaard ging met

29 Zie voor een uitgebreider overzicht Runia 2016, p. 92 e.v.

30 Ik wijs er op dat de begrippen Gewere (‘Saksisch’) en saisine (‘Frankisch’) voor wat betreft hun rechtsgevolgen uiteindelijk uiteen zouden lopen. Zie hieronder, p. 41.

31 Vgl. Eugen Huber, *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht : Festschrift im Namen und Auftrag der Universität Bern verfasst*, Bern: Schmid, Francke 1894, p. 5: ‘Wir dürfen es ohne Bedenken als die gegenwärtig vorherrschende Auffassung bezeichnen, dass die Gewere “Besitz bedeute und Gewere derjenige gehabt habe, der unmittelbar die Nutzung aus der Sache zog und die Sache in Nutz und in Gelde hatte.”’

32 Vgl. Huber 1894, p. 49: ‘Aus all diesen Wirkungen ragt aber stets eine Funktion der Gewere als die wichtigste hervor, und dies ist ihre Bedeutung als formale Legitimation: Wer die Gewere hatte, galt als legitimirt, das dingliche Recht, dem sie Ausdruck gab, sowohl aktiv als passiv, als Kläger wie als Beklagter, als Verkäufer und Käufer geltend zu machen.’

33 Vgl. Huber 1894, p. 48: ‘Die Gewere stellt also, unter Vorbehalt der Berichtigung, die Ordnung der dinglichen Rechte dar, und die Rektifikation erfolgt in der Gestalt der Wiederherstellung der ältern Gewere, sobald die jüngere als materiell-rechtlich unbegründet nachgewiesen ist.’

RUNIA

een bewering van recht.³⁴ (...) Voor roerend goed bestaat voor alle zakelijke rechten slechts één Gewere.

Die Gewere legitimeert dan de gerechtigde. De overdracht van een zakelijk recht geschiedde door de verschaffing van de Gewere. Had de verkrijger deze, dan was hij tevens als zakelijk gerechtigde tegen iedere aanval veilig. Slechts dan, wanneer hij, van wie de Gewere verkregen was, aantoonde, dat deze overdracht ten onrechte had plaats gehad, of dat de grond daarvoor niet meer bestond, dan kon hij krachtens zijn recht de Gewere van de houder breken. Zo bij pand, als de schuld voldaan was, bij leen, als de tijd waarvoor het in leen was gegeven, was verstreken. Maar tegen een derde kwam hem dit recht ten aanzien van roerend goed niet toe. Had iemand een zaak vrijwillig uit zijn Gewere laten gaan, b.v. door pand of leen en had dan de houder op zijn beurt – hoewel zonder recht – de zaak vervreemd en dus de Gewere overgedragen, dan was een actie van de uitlener of pandgever tegen de derde houder *niet* (cursivering, *Paul Scholten*) toegelaten. Vgl. Saksenspiegel II, 60 § 1. Zijn Gewere legitimeert hem volkomen. Slechts dan als aan de Gewere van de vervreemder een gebrek kleefde, dat geacht werd objectief bekend te zijn, kon dat gebrek tegen ieder worden ingeroepen. Dit was het geval bij diefstal of verlies, omdat deze in de betrekkelijk kleine kring van het toenmalig verkeer algemeen bekend werden, ook door de noodzakelijke spoedige vervolging. Wel had de houder dan Gewere, maar een, die krachtens het betere recht van de eigenaar moest wijken. (Räubliche Gewere). Bij verduistering van roerend goed, vervreemding door pandhouders b.v. was er niet een dergelijk algemeen bekend gebrek, omdat de pandgever zich vrijwillig van de Gewere ontdaan had en het voor de derde niet te bemerken was, of de Gewere van de pandhouder uiting van pandrecht of van eigendom was. Eerst later werd b.v. bij koop op publieke markt ook van gestolen goed de derde verkrijger beschermd. Hierover meer bij de behandeling van art. 2014, 2. Vgl. over dit alles behalve HUBER boven geciteerd, HEUSLER, II, bl. 3 vlg., blz. 209 vlg.

De regel: beperking der revindicatie bij toevertrouwde goederen tot de tweede hand, bleef hier en daar in Duitsland gelden. (...)’³⁵

Als bron voor zijn uiteenzetting noemt Scholten tweemaal Eugen Huber, de geestelijk vader van het latere Zwitserse *Zivil Gesetzbuch* (1907).³⁶ In 1894 publiceerde Huber het feestalbum *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht*.³⁷ Huber beschrijft hierin,

34 Vgl. Huber 1894, p. 22: ‘Thatsächliche Herrschaft ohne Behauptung eines dinglichen Rechtes gibt keine Gewere, (...)’

35 Scholten 1905, p. 61-62, 63.

36 Dat Scholten grote bewondering had voor Huber blijkt wel uit zijn bespreking ‘Het nieuwe Zwitserse Wetboek’ in: *WPNR* # 2023/2025/2026/2028/2031/2032/2033/2035/2043/2044 (1908-1909), p. 502: ‘Maar naast dat goede inzicht hebben de Zwitserse autoriteiten het geluk gehad de man te vinden die tegen *dat* werk opgewassen was. Een zeldzaam geluk inderdaad, want zo’n man moet niet alleen een kenner zijn van het geldend recht, ook van het buitenlandse, iemand met een open oog voor de behoeften van zijn volk, voor wat blijvend is in nieuwe rechtsgedachten, wat niet rijp, voor wat verouderd is en wat moet worden gehandhaafd, maar een man ook, wien de zeldzame stijl van een wetgever is geschonken en die de kracht en de energie heeft zijn werk tegen aanvallen te handhaven zonder de koppige eenzijdigheid die alles wat van anderen komt afwijst. |Als zo’n man wordt ons Huber en zeker niet door de eerste de beste, maar onder andere door iemand van de betekenis van de Straatsburger hoogleraar Paul Laband geprezen. Ook wij hebben alle bewondering voor zijn werk.’ Zie over Huber bijv. J.H.A. Lokin en W.J. Zwalm, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 400 e.v. Salomons 1997, p. 27, noot 84 lijkt bekend met Hubers feestalbum, maar brengt het niet in direct verband met Scholtens legitimatieleer. Scholten noemt verder een wat oudere bron: Andreas Heusler, *Die Gewere*, Weimar: Hermann Böhlau 1872.

37 Zie hierboven noot 32.

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

mede aan de hand van het werk van eerdere schrijvers, het belang van de *Gewere* in het Duitse zakenrecht. Scholtens oordeel dat het Germaanse recht wel degelijk onderscheid maakt tussen bezit en eigendom lijkt met name gebaseerd op Hubers verduidelijking van de *Gewere* wanneer die de *Gewere* afzet tegen het Romeinsrechtelijke ‘zakelijk recht’ (*ius in rem*):

‘Evenmin kan beweerd worden, dat de *Gewere* het zakelijke recht zelf weergaf of een iets, dat wij tegenwoordig zouden aanduiden als zakelijk recht. De kenmerkende eigenschap van het zakelijke recht is zijn werking als recht op de zaak tegen iedereen. Weliswaar is het mogelijk dat een zakelijk recht met een gewonnen rechtsstrijd vernietigd wordt. Maar wanneer de rechter uiteindelijk een gedaagde het recht van eigendom ontzegt of een beweerd servituut wegneemt, dan bekrachtigt hij toch, dat deze rechten tot dan bestonden en vanwege redenen die lagen buiten hun zakelijke aard, beëindigd dienden te worden. Geheel anders lag het bij de *Gewere*. Wat de houder bezit, is op grond van de beide elementen van de *Gewere* *slechts een gepretendeerd en uiterlijk zich ook legitimerend zakelijk recht* [cursivering, HHR]. *Daarachter staat volgens de mening van de rechtsorde het materiële recht* [cursivering, HHR] waarop de klager zich beroept. Weliswaar kan het zo zijn, dat de uiterlijke legitimatie voldoende kracht bezat, om elk beroep op het materiële recht onmogelijk te maken.³⁸ Waar dit echter niet het geval is, daar wint het materiële recht van de *Gewere*, en een dergelijk met succes doorgevoerde aanval vernietigt niet een zakelijk recht, dat bestond, maar maakt duidelijk, dat er in werkelijkheid slechts sprake was van een gepretendeerd zakelijk recht dat nooit bestaan heeft. (...)’³⁹

Wanneer Scholten in 1908 het onderscheid bespreekt dat Huber in het Zwitserse wetboek aanbrengt tussen bezit en eigendom wijst hij opnieuw op diens zienswijze dat bezit slechts een legitimerende schijn vormt van een achterliggend werkelijk recht. Scholten brengt deze zienswijze in verband met een beginsel dat, gebrekkig uitgedrukt, te vinden is in art. 2014 B.W.

38 Zie Runia 2016, p. VIII en noot 16 over de ‘rechte *Gewere*’ of ‘vraie saisine’ met betrekking tot rechtsverwerking.

39 Huber 1894, p. 47: ‘Ebensowenig kann behauptet werden, dass die *Gewere* das dingliche Recht selbst bedeute, oder etwas, was wir heute dingliches Recht nennen würden. Die charakteristische Eigenschaft des dinglichen Rechtes is seine Geltung als Recht an der Sache gegenüber jedermann. Zwar kann sehr wohl ein dingliches Recht durch einen siegreich durchgeführten Streit zerstört werden. Aber wenn der Richter schliesslich einem Beklagten das Eigentum aberkennt oder die Dienstbarkeit entzieht, so erkennt er doch an, dass diese Rechte bis dahin bestanden hätten und aus Gründen, die ausserhalb ihrer dinglichen Natur liegen, abgehoben werden müssten. Ganz anders dagegen bei der *Gewere*. Was der Inhaber besitzt, ist auf Grund der beiden Elemente der *Gewere* nichts als ein behauptetes und äusserlich auch sich legitimierendes dingliches Recht. Hinter demselben steht nach der Meinung der Rechtsordnung das materielle Recht, auf das der Kläger sich beruft. Zwar gibt es Fälle, wo die äusserliche Legitimation sich als kräftig genug erweist, um jede Berufung auf das materielle Recht unmöglich zu machen. Wo dies aber nicht der Fall ist, da siegt das materielle Recht über die *Gewere*, und der siegreich durchgeführte Angriff vernichtet nicht ein dingliches Recht, das vorhanden gewesen, sondern thut dar, dass in Wirklichkeit ein dingliches Recht nur behauptet worden sei und niemals bestanden habe.’

‘Ook het bezit beschouwt Huber als “sachenrechtliche Form”, namelijk ten aanzien van roerend goed. Wie daarvan bezitter is, *schijnt* de gerechtigde tot de zaak, *formeel* is hij dat, gedraagt hij zich als zodanig tegenover een derde, dan moet die derde daarop kunnen vertrouwen, en dan moet het hem niet kunnen worden tegengeworpen, als later blijkt dat de schijn (vorm) niet met het werkelijke recht overeenstemde – precies als het met de derde is die aan het grondboek geloof schenkt. Het is dit beginsel der betekenis van het bezit voor de eigendom, een beginsel dat ook de Duitse wet kent dat ook bij ons, zij het uiterst gebrekkig uitgedrukt, in art. 2014 B.W. is te vinden, dat voor samenvatting van bezit en grondboek in één titel de doorslag heeft gegeven.’⁴⁰

Ik concludeer dat Scholten zich bij het formuleren van zijn legitimatieleer heeft gebaseerd op Hubers feestalbum. In de literatuur worden nog vraagtekens geplaatst over de oorsprong van Scholtens leer. Van Oven was, voor zover mij bekend, de eerste schrijver die de oorsprong probeerde te achterhalen.⁴¹ Hij wees de Amsterdamse jurist Faber aan als bron voor de legitimatietheorie.⁴² Faber verzette zich tegen Coninck Liefsting en schreef in 1871 in *Themis*:

‘Mij daarentegen schijnt het stelsel der wet duidelijk en logisch, en de moeilijkheid alleen daaruit ontstaan, dat men in de rechtsregel *possession vaut titre*, in onze wet overgebracht: “met betrekking tot roerende zaken Geldt bezit als volkomen titel” iets anders zoekt, dan erin ligt en verre buiten zijn grenzen uitbreidt. (...)

De ware verklaring van de rechtsregel: *possession vaut titre* schijnt mij geen andere dan deze: dat hij die een roerende zaak als eigenaar verkrijgt, de titel van degene die hem in het bezit stelt, niet behoeft te onderzoeken zodat *diens bezit geldt als titel*.’⁴³

Wie Huber aanvaardt als inspiratiebron van Scholten neemt met deze uitleg geen genoegen. De titel van de tweede hand (de vervreemder) is volstrekt irrelevant, omdat *diens bezit* (lees: *Gewere*) immers nog steeds gebroken kan worden door de materieel gerechtigde. Relevant is louter de *Gewere* oftewel het ‘bezit’ van de *derde hand*. Die is immers ‘veilig’ wanneer hij de *Gewere* verkreeg van een tweede hand waarop de eerste hand vertrouwdde.⁴⁴ Van hem wordt rechtens niet gevergd dat hij op de hoogte is van de rechtsverhouding die de grondslag vormt van de overdracht van de *Gewere* van de eerste op de tweede hand (bijv. verkoop, pand of huur). Kortom: het enige bezit dat relevant is, is het bezit van de derde hand: de verkrijger van de *Gewere*. Alleen *hij* – de derde verkrijger – is ‘veilig’: alleen zijn *Gewere* (‘bezit’) is in rechte onaantastbaar, tenzij er sprake is van de uitzondering van onvrijwillig verlies.⁴⁵

40 Scholten 1908 (*WPNR* # 2035), p. 637.

41 Vgl. Runia 2016, p. 366, noot 1410.

42 J.C. van Oven, Artikel 2014 B.W. en de bezitsbescherming van roerend goed in: *WPNR* 2016-2019. Zie *WPNR* # 2016 (1908), p. 419.

43 J.G.A. Faber, Vier opmerkingen over Bezit. Naar aanleiding van Mr. Coninck Liefsting’s *Bezitrecht*, in: *Themis, Regtskundig tijdschrift* 1871, p. 5 en 6.

44 Zie het citaat hieronder bij mijn noot 47.

45 Zie hierboven art. 2014 lid 2 OBW.

Aan Scholtens leer, die hij overigens later nog zou verfijnen, ligt als uitgangspunt dus ten grondslag de opvatting dat men voor de toepassing van art. 2014 OBW bezit niet gelijk mag stellen aan eigendom. Hij verzette zich daarmee niet alleen tegen de opvattingen van zijn voorganger, want Asser baseerde zijn uiteenzetting op zijn beurt op de destijds vrijwel algemeen aanvaarde leer die valt terug te voeren op Diephuis.⁴⁶ In de volgende paragraaf ga ik nader in op de inhoud van Scholtens legitimatieleer.

2. De inhoud van Scholtens legitimatieleer: van beginsel naar functies

Scholten was een systeembouwer. Zijn studie naar de historische betekenis van de regel in het Germaanse recht stond dan ook niet op zichzelf: Scholten wilde de kennis gebruiken om een vertaalslag te maken waarmee hij het ‘bezit’ en de ‘eigendom’ uit het voorschrift van art. 2014 kon inpassen in het stelsel van het OBW. Zijn conclusie bevatte dan ook de term ‘bezit’ (in plaats van de Germaansrechtelijke *Gewere*) en luidde:

‘Historisch is de betekenis van de regel van art. 2014 dus deze: het bezit legitimeert de bezitter als eigenaar; wie door zijn bezit eigenaar schijnt te zijn, wordt voor eigenaar gehouden, en ieder die daarop voortbouwt is veilig.’⁴⁷

Maar Scholten verfoeide de wijze waarop de wetgever de rechtsregel in de wet had neergelegd. Als rechtstheoreticus merkt hij art. 2014 OBW dan ook niet aan als *rechtsregel*, maar als een *rechtsbeginsel*.⁴⁸ Dat lezen we in de zinnen die volgen op het vorige citaat.

‘De wet geeft echter aan *dit beginsel* [cursivering, *HHR*] een te ruime uitdrukking door te verklaren, *dat bezit volkomen titel is*. Daardoor wordt dus ook hij, die de zaak verkreeg van iemand, die hij wist dat geen eigenaar was, beschermd. M.a.w. er bestaat geen verschil tussen bezit te goeder trouw en te kwader trouw. (...)

Nog groter uitbreiding geeft men aan de regel van art. 2014, door aan te nemen dat de bezitter eenvoudig eigenaar *is*, door het bezit dus als een wijze van eigendomsverkrijging te erkennen.’⁴⁹

De kwalificatie ‘rechtsbeginsel’ is van belang omdat hiermee eigenlijk Scholtens programma en werkwijze ten aanzien van art. 2014 al gegeven is: beginselen vereisen nadere uitwerking. Rechtsfilosoof John Bruggink vermeldt in zijn portret over Scholten hierover het volgende.

‘Scholten liep op deze moderne opvatting (van Dworkin, *HHR*) vooruit doordat ook hij verschil maakte tussen rechtsregels en rechtsbeginselen. In de woorden van Scholten: ‘een rechtsbeginsel is

46 Zie hieronder in § 2.3.

47 Asser/Scholten 1905, p. 64-65.

48 Vgl. ook het citaat bij mijn noot 40.

49 Asser/Scholten 1905, p. 65.

niet een rechtsregel. Was het regel dan zou die zo algemeen zijn, dat hij óf niets óf veel te veel zeide. *Directe toepassing door subsumptie van een geval onder een beginsel is niet mogelijk, daartoe moet eerst door een meer concrete inhoud de regel worden gevormd* [cursivering, HHR]. Bij die vorming botst beginsel tegen beginsel: het ene zal in deze, het andere in die richting dwingen.’ (...)’⁵⁰

In zijn *Algemeen Deel* (1931) zou Scholten later schrijven:

‘Art. 2014 B.W. zelf kan als een beginsel-uitspraak worden aangemerkt. Indien de wetgever een zo algemene uitspraak geeft, dat directe toepassing door subsumptie niet mogelijk is, dan is het een beginsel. Hier staan we aan de grens tussen algemeen gehouden regels en beginsel. Wie meent, dat art. 2014 inhoudt, dat wie bezitter is van roerend goed ook eigenaar is, mag het een rechtsregel noemen, al staat hij naar mijn mening bij de toepassing in ons systeem hulpeloos; wie als ik meent, dat het voorschrift twee regels samenvat, n.l. “wie een roerende zaak te goeder trouw onder bezwarende titel verkrijgt van een niet-eigenaar wordt eigenaar” en “de bezitter van een roerende zaak wordt vermoed daarvan eigenaar te zijn” houdt de samenvatting in deze formule “bezit is volkomen titel” voor de aanduiding van een rechtsbeginsel, dat enerzijds samenhangt met het beginsel der bescherming van de goede trouw van derden, aan de andere kant met de gedachte van het zogenaamde conservatisme in het recht, “*beati possidentes*”.’⁵¹

Het beginsel van 2014 OBW moest volgens hem dus geconcretiseerd worden, omdat het een té ruim toepassingsgebied had. Die concretisering vond plaats aan de hand van twee door Scholten in het beginsel onderscheiden functies: de processuele en de materieelrechtelijke functie.

2.1 De processuele en de materieelrechtelijke functie

Scholten ondervond geen probleem met de *processuele* functie: wie door zijn bezit eigenaar schijnt te zijn, wordt in een proces voor eigenaar gehouden. Deze functie paste uitstekend in het systeem van het OBW dat immers reeds bepaalde dat bezit, zowel te goeder als te kwader trouw, aan de bezitter, ten opzichte van de zaak het recht geeft om bij voorraad als eigenaar te worden aangemerkt.⁵² De bezitter had dus een gunstiger positie in het proces. Scholten brengt die positie met name in verband met het Romeinse recht, getuige zijn citaat

50 Bruggink 1992, p. 106. In zijn paragraaf ‘Scholtens rechtswetenschappelijk werk’ (p. 108 e.v.) verschaft Bruggink een zeer leesbare uitwerking van hoe Scholten zijn rechtstheoretisch gedachtengoed toepaste op art. 2014 OBW.

51 Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1931, p. 85.

52 Art. 604 OBW: Het bezit te goeder trouw geeft, ten opzichte der zaak, aan den bezitter het recht:
1° Dat hij bij voorraad, en tot het tijdstip der geregtelijke terugvordering, als eigenaar wordt aangemerkt; (...)

Art. 605 OBW: Het bezit te kwader trouw geeft aan den bezitter, ten opzichte der zaak, het recht:

1° Om bij voorraad, en tot op het tijdstip der geregtelijke terugvordering, als eigenaar te worden aangemerkt; (...)

van de rechtsspreuk *beati possidentes*, met andere woorden ‘gelukkig zijn de bezitters.’⁵³ Maar het Germaanse recht verschilde op dit punt niet wezenlijk van het Romeinse: volgens Heusler bepaalde de *Gewere* eveneens de procespositie van partijen en verschafte zij degene ‘in’ de *Gewere* processueel voordeel.

‘Toch bestaat er een tegenstelling tussen het Romeinse en Duitse recht met betrekking tot de wijze waarop zich het processuele voordeel van de bezitter uit, doordat het bezit bij de Romeinen de bewijslast op de tegenstander wentelt, terwijl het Duitse aan de bezitter het bewijsrecht geeft, maar dat is nu niet een uit de *Gewere* voortvloeiende eigenaardigheid, maar het komt uit de uiteenlopende opvattingen van het principe van de rechtsstrijd in het Romeinse en Duitse recht, een onderscheid dat door het hele procesrecht loopt, ook wanneer het een geldsom betreft (dus: geen zakelijke vordering, *HHR*) en van *Gewere* geen sprake is, en die juist daarin bestaat, dat het Duitse recht niet zoals het Romeinse het bewijs van de aanspraak van de eiser op de eerste plaats stelt, maar de gedaagde tot rechtvaardiging van zijn verzet tegen de aanspraak van de eiser laat komen. De *Gewere* is daarom in principe voor het proces niet anders maatgevend dan bij de Romeinen het bezit, dat wil zeggen, ze bepaalt de positie van partijen en daarmee het voordeel met betrekking tot de bewijsvoering.’⁵⁴

Het was dan ook niet de processuele functie die Scholtens aandacht het meest opeiste. Hij ondervond grotere problemen met de *materieelrechtelijke* functie: ‘veilig’ is ieder die voortbouwt op de schijn van eigendom die het bezit geeft.⁵⁵ Hier stond hem behalve de wet ook de heersende leer in de weg.⁵⁶ In de volgende paragraaf behandel ik allereerst Scholtens kritiek op de wet.

53 Karl Barth, p. 185-186, noot 63: ‘Die Formulierung “Glücklich Besitzende” spielt auf den römischen Rechtsgrundsatz (“beati possidentes”), nach dem Besitz als solcher rechtlich geschützt ist. Eine ähnliche Formulierung – dort in der Gegenüberstellung zum “Elenden Armen” – findet sich schon bei Euripides in einem aus der “Danae” (Ausgabe A. Nauck, Leipzig 1912, Frg. 328, 8, d).’

54 Heusler, *Die Gewere*, Weimar: Herman Böhlau 1872, p. 73 e.v. ‘Allerdings besteht ein Gegensatz zwischen römischem und deutschem Recht hinsichtlich der Art und Weise, wie sich der processualische Vortheil des Besitzers äussert, indem der Besitz bei den Römern die Beweislast auf den Gegner wälzt, bei den Deutschen dem Besitzer das Beweisrecht giebt, aber das ist ja nicht eine aus der *Gewere* fließende Eigenthümlichkeit, sondern kommt von der verschiedenen Auffassung des Principes des Rechtsstreits im römischen und im deutschen Recht, einer Verschiedenheit, welche durch das ganze Klagensystem hindurchgeht, auch wo es sich um Geldschuld handelt und von *Gewere* keine Rede ist, und welche eben darin besteht, dass das deutsche Recht nicht wie das römische den Beweis des klägerischen Anspruchs in erste Linie stellt, sondern den Beklagten zur Rechtfertigung seines Widerstandes gegen den klägerischen Angriff gelangen lässt. Die *Gewere* ist daher prinzipiell für den Process nicht anders massgebend als bei den Römern der Besitz, d.h. sie bedingt die Parteistellung und damit den Vortheil hinsichtlich der Beweisführung.’ In dezelfde zin: Huber 1894, p. 9 e.v.

55 Pas in een later stadium van ontwikkeling (zie hieronder § 4) komt de materieelrechtelijke functie neer op de vraag: onder welke voorwaarden levert het voortbouwen op de schijn van recht het eigendomsrecht op?

56 Zie het citaat bij mijn noot 49.

2.2. Kritiek vanuit de materieelrechtelijke functie: de wet is te ruim

De *wet* kende volgens Scholten een te ruim opgestelde rechtsregel: die zou eigenlijk ingeperkt dienen te worden met de eis van de goede trouw.⁵⁷

2.2.1 De plaats van goede trouw in het voorschrift

Volgens Scholtens onderzoek verleende de materieelrechtelijke functie bescherming aan de verkrijger van de tweede hand (waaraan de rechthebbende het goed had toevertrouwd). Die verkrijger was ‘veilig’ tegen een opeising van de rechthebbende. Dit leverde echter een probleem op voor Scholten: vanuit een moreel/christelijk oogpunt zou een verkrijger die bekend is met de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder deze bescherming moeten ontberen. Op grond van een grammaticale interpretatie van het voorschrift meende Scholten echter dat het voorschrift die bescherming wel degelijk aan een verkrijger te kwader trouw verleende en dit bracht hem in gewetensnood: hij kon noch aan de geschiedenis van de *Gewere*, noch aan jurisprudentie argumenten ontleen om de eis van goede trouw te stellen.⁵⁸ Daarom achtte hij het nodig om op dit punt de wet te wijzigen.⁵⁹

57 Zie het citaat bij mijn noot 49.

58 Scholten lijkt in 1905, overigens om voor de hand liggende redenen, drie bronnen (wet, geschiedenis en jurisprudentie) aan zijn beoordeling ten grondslag te leggen. Zie v.w.b. *wet en historie*, Scholtens *Algemeen Deel* (1931), p. 56: “(...) Niet de wetgever, maar de wet bindt ons. Doch zo wordt de vraag verkeerd gesteld: Het gaat er niet om: of wil van de wetgever of woorden der wet; niet of subjectieve of objectieve zin. De wet is *tegelijk* historisch verschijnsel en een niet materiële, maar niettemin reële grootheid in het leven van het heden. De wettekst is tegelijk wilsuiting van bepaalde personen in het verleden en een los van de personen staand richtsnoer voor het heden, doch zij is het laatste alleen, omdat zij het eerste is.” [Zie ook: R.L. Drilmsa, *De woorden der wet of de wil van de wetgever, proeve ener bijdrage tot de leer der rechtsuitlegging* (diss. A’dam), Amsterdam: N.V. Noord-Hollandse Uitgevers Maatschappij, 1948, p. 175 e.v.]. Vgl. v.w.b. *jurisprudentie*: P. Scholten, *De structuur der rechtswetenschap, Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, afd. Letterkunde, Nieuwe Reeks, Deel 8, No 1*, Amsterdam: N.V. Noord-Hollandse Uitgevers Maatschappij 1945, p. 10-11: ‘Tot de “gegevens”, het materiaal waarvan we spreken, behoren de rechterlijke vonnissen. Deze brengen *nieuw* recht, de rechter gaat er echter van uit, dat het recht dat hij naar wetenschappelijk oordeel schept al bestond voor hij het in zijn vonnis neerlegde. Immers hij *doet* recht. Daarbij wordt hij voortdurend voortgeduwd door zijn rechtsbewustzijn, door zijn overtuiging dat dit of dat recht *moet* zijn onafhankelijk van wat wet of oudere jurisprudentie zeggen. De rechtswetenschap, die dit miskennen zou, gaat aan de werkelijkheid voorbij. Rechtspraak-recht is nieuw-gevormd en toch reeds bestaand recht. Ook het laatste *is* recht. Het bestaande recht is het wordende recht.’ Vgl. Van Oven 1926, *Nederlands Juristenblad*, 40, p. 596 over de zesde druk: ‘Overigens zijn juist in dit deel zulke lange uitweidingen uitzondering en is de regel: duidelijk weergeven van geldend Nederlands recht, zoals het in de historie gevormd, in de wet neergelegd en door de rechtspraak ontwikkeld is, met kort weergeven van afwijkende meningen en eigen standpunt.’

59 Scholten 1905, p. 65: ‘Door Franse auteurs in jurisprudentie wordt het tegendeel aangenomen (zie Laurent n°. 559-561, Hof van Cassatie 1 Febr. 1893, Dalloz 1894, I, 278). In onze wet kan deze opvatting echter geen steun vinden. In gelijke zin een constante jurisprudentie, vlg. Den Bosch 22 September 1822, W. 4833. Ook de geschiedenis schraagt haar o.i. niet, alleen *objectief* bekende gebreken

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

Scholten kwam in zijn volgende bewerking van *Zakenrecht* (1913) terug op dit punt: hij achtte een wetswijziging overbodig. Hij had inmiddels in de wet enige aanknopingspunten gevonden om de eis van goede trouw in het voorschrift in te lezen,⁶⁰ maar het is vooral Van Oven geweest die hem hiervan overtuigde. Van Oven publiceerde in 1908 een artikel waarin hij zich aansloot bij Scholtens leer.⁶¹ Van Oven propageerde nadrukkelijk het inlezen van de goede trouw in art. 2014 OBW, omdat het voorschrift anders haar doel voorbij zou streven:

‘Natuurlijk is het gedaan met de revindicatie, zodra de koper de zaak verder heeft gegeven: de derde die haar verkrijgt, dat laat zich horen, wordt eigenaar...

althans wanneer hij te goeder trouw is.

Ja, die goede trouw, daarover moeten wij nog eens een woordje spreken: dat is nog een moeilijk punt bij de nieuwe leer, voor ons geldend recht althans. SCHOLTEN durft het niet aan, voor onze wet goede trouw als vereiste voor eigendomsverkrijging krachtens 2014 te stellen. Hij wil er wel van weten dat ze er bij hoort maar acht het een te stoute interpretatie, haar daar te vereisen, waar de wet er niet met zoveel woorden over spreekt.

Ik zou echter menen dat degenen die de moderne leer voor onze wet aanvaardt, ook gerust de goede trouw mee in de koop kan nemen, ja, dat hij dat eigenlijk *moet* doen. Werd de regel van 2014 niet ingevoerd voor de zekerheid van het verkeer? Was het niet de bedoeling, de koper of andere verkrijger van roerend goed het onderzoek te besparen, of het goed soms eenmaal op verkeerde wijze van de ene hand in de andere was gekomen? Welnu wanneer men dan maar in het oog houdt dat een wetsbepaling niet zo geïnterpreteerd mag worden dat zij aan haar doel voorbijstreeft, dan zal men tot de slotsom moeten komen, dat art. 2014 hem géén eigenaar maakt *voor wie dat onderzoek niet nodig zou zijn, omdat hij wist dat er iets met de zaak niet plus was*, m.a.w. men zal goede trouw eisen.’⁶²

Scholten neemt Van Ovens suggestie over. Sterker nog, hij noemt Van Ovens opmerking het belangrijkste argument voor opname van de eis van de goede trouw:

deden de kracht der Gewere te niet, met subjectieve bekendheid met het recht werd niet gerekend. Jure constituendo is zeker anders te oordelen.’

60 Zie het citaat bij mijn noot 63.

61 J.C. Van Oven, Art. 2014 B.W. en de bezitsbescherming van roerend goed, in: *WPNR* 2016-2019. Zie *WPNR* 2016, p. 419: ‘In een leerboek, SCHOLTENS’S bewerking van het tweede deel van Asser’s Handleiding wordt zij verdedigd als geldend volgens ons jus constitutum. En nu nieuwe wetgevingen haar aanwijzen als de meest doelmatige regeling van het roerend-goederenrecht, zal de uitlegger gaarne hem volgen die haar ook voor ons geldend recht aanwijst als de meest aangewezen weg om uit het moeras te komen. Welnu, ik aarzel dan ook geen ogenblik om die moderne theorie aan te nemen als voor ons geldend recht de enig juiste.’

62 Van Oven 1908, *WPNR* 2017, p. 434. Hij vervolgt: Nu rijst echter de vraag wat men onder goede trouw moet verstaan. In vroeger tijden was dat duidelijk genoeg; toen betekende het: de mening dat de leveraar eigenaar was, m.a.w. de onwetendheid dat in de loop van de verjaringstermijn de zaak wel eens van de een op de ander was overgegaan door diefstal, verduistering, vitieuze traditie en zo voort. Dat kan men hier nu natuurlijk niet onder goede trouw verstaan, want er is geen verjaringstermijn meer. Te goeder trouw zal daarom hier alleen die verkrijger zijn, die niet wist dat de tradens bezat voor een ander of dat de tradens op zijn beurt de zaak krachtens vitieuze titel heeft verkregen. En vervolgens zal ook de wetenschap dat de leveraar op zijn beurt te kwader trouw, en dus geen eigenaar geworden was, voor de verkrijger de goede trouw wegnemen.

‘In de vorige druk dezer handleiding, waarin wij overigens dezelfde leer omtrent art. 2014 hebben voorgedragen, werd het vereiste van goede trouw niet gesteld. Wij meenden in tegenstelling der Franse jurisprudentie en doctrine (...) die algemeen goede trouw verlangt, deze eis niet te mogen stellen, omdat zij nergens in het Burgerlijk Wetboek steun vindt. Intussen, enig aanknopingspunt in de wet is wel te vinden, men zie art. 238 en 241 W.v.K. waar het verval van een opvordering van roerend goed afhankelijk wordt gemaakt van de vraag of het *te goeder trouw* door een derde is gekocht of in pand verkregen. En overigens is de opmerking van Van Oven (W.P.N.R. 2017) volkomen juist, dat bij een interpretatie waarbij ook de verkrijger te kwader trouw zou worden beschermd, het wetsvoorschrift zijn doel voorbij zou streven en *dat reeds daarom zulk een interpretatie uit den boze is* (cursivering, HHR).’⁶³

Ook Meijers stelde de eis van goede trouw. Hij wees daarbij op een arrest van ons hoogste rechtscollege dat Scholten kennelijk over het hoofd had gezien.⁶⁴ In 1922 noteert hij:

63 Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, bewerkt door Paul Scholten, Tweede Deel - Zakenrecht, Vijfde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1913, p. 77. Salomons 1997, p. 232, meldt dat Scholten al eerder ‘omging’: ‘In 1912 aanvaardde Scholten (impliciet) het betoog van Van Oven. In een noot onder het arrest van het Hof Den Haag van 19 januari (Incassobank-arrest), schreef hij: ‘Ik heb tegen het betoog van het Hof over de betekenis van art. 2014 geen bezwaar en ik erken gedwaald te hebben toen ik in mijn bewerking van ASSER betwistte, dat ‘bezit’ in dat art. moet worden opgevat als ‘bezit te goeder trouw.’ Het toegeven zal Scholten vermoedelijk weinig moeite hebben gekost: hij was immers zelf van mening dat de eis van de goede trouw gesteld moest worden en nu kon hij zich daarvoor beroepen op jurisprudentie (vgl. mijn noot 58). Van een ‘beking’ (Salomons 1997, p. 289) lijkt mij dan ook geen sprake.

64 E.M. Meijers, De rechtspraak van den Hoogen Raad omtrent “bezit geldt als volkomen titel”, in: WPNR 3026-3027. In WPNR 3026, p. 898; VPO deel II, p. 143; bespreekt hij het arrest van 29 juni 1855, waarvan hij als vindplaats geeft (V.D. H., B.R., DL 19, BL. 337). Dit is de Verzameling van arresten van den Hoogen Raad der Nederlanden, door wijlen Joan van den Honert THz, voortgezet door Mr. J.C.M. van den Honert en Mr. C.C.E. d’Engelbronner, Burgerlijk Regt, Regt van Koophandel en Burgerlijke Regtsvordering, negentiende deel, ’s Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1858, p. 337 e.v. (no. 606). Meijers vatte de casus kernachtig samen: ‘Iemand had bij onderhandse akte van 24 Mei 1851 een schuit gekocht, en had op diezelfde datum deze schuit voor 9 jaren aan de verkoper verhuurd. Deze verkocht echter ten tweede maal die schuit aan een ander; deze tweede koopakte werd in tegenstelling met de eerste ten hypotheek-kantore overgeschreven en de schuit werd ook feitelijk overgegeven. Hierop eiste de eerste koper de schuit als zijn eigendom van de tweede koper op. Deze verdedigde zich met de bewering, dat de schuit meer dan 10 last groot was, zodat zonder overschrijving van de akte de eigendom niet overging en bovendien dat hij bezitter van de schuit was en art. 2014 B.W. hem beschermde. Omtrent dit laatste punt liep ten slotte de procedure. De eiser hield daartegen vol, dat art. 2014, 1^o lid B.W. slechts een vermoeden uitsprak, dat voor het bewijs van het tegendeel moest wijken. De Hoge Raad verwierp deze opvatting met beslistheid. Hij bleef voor de toepassing van het eerste lid van art. 2014 B.W. verlangen: bezit animo domini, doch stelde daarnaast nog uitdrukkelijk een ander vereiste, dat dikwijls in ons land als een uitvinding der 20^{ste} eeuw beschouwd wordt: het bezit moet zijn *te goeder trouw*. (cursivering, HHR). “O. nu, dat bezit te goeder trouw animo domini als eigenaar, met betrekking tot roerende goederen, die noch in renten, noch in inschulden bestaan, welke niet aan toonder betaalbaar zijn, niet slechts geeft een vermoeden van eigendom, maar dat zodanig bezit, ingevolge de uitdrukkelijke bepaling van art. 2014, al. 1 B.W. geldt als volkomen titel, die elke terugvordering tegen de bezitter uitsluit, van den ogenblik, waarop deze het roerend goed, als eigenaar, te goeder trouw bezit, omdat door dit bezit een onmiddellijke verjaring plaats grijpt, waardoor de eigendom verkregen wordt;”. Overigens besliste de Hoge Raad in zijn arrest van 28 juni 1929, NJ 1929 (Ketjen-Köhler), p. 1619, m.n. P.S. dat onder het

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

‘De Hoge Raad heeft tot nu toe geleerd, dat art. 2014, 1^o lid B.W. deze betekenis heeft, dat het bezit van roerende zaken recht van eigendom geeft. (...) Het is te hopen dat de Hoge Raad bij zijn gevestigde leer mag blijven. Want stelt men voor het bezit van art. 2014 B.W., gelijk het arrest van 1855 doet, het vereiste dat het te goeder trouw zij, dan heeft men ook een eenvoudige en alleszins bevredigende regeling van de eigendomsverkrijging van roerend goed.’⁶⁵

Ten aanzien van het stellen van de eis van goede trouw verschillen Meijers ‘bezitsleer’ en Scholtens ‘materieelrechtelijke functie van de legitimatieleer’ dus niet van elkaar. In de volgende paragraaf behandel ik Scholtens kritiek op de heersende leer.

2.3 Kritiek vanuit de materieelrechtelijke functie: de heersende leer is onjuist

Met het in de vorige paragraaf opgenomen citaat van Meijers belanden we bij het tweede obstakel van Scholtens materieelrechtelijke functie: *de heersende leer*. Rond de eeuwwisseling gold als heersende leer de opvatting van Diephuis dat civiel bezit en eigendom bij roerende zaken identiek zijn.⁶⁶

Scholten wees iedere leer af die een bezitter aanmerkte als eigenaar, door bezit als een wijze van eigendomsverkrijging te erkennen.⁶⁷ Voor hem was dit een principekwestie: hij achtte elke leer die iedere feitelijke heerschappij als absolute rechtsheerschappij erkent te ver gaan en in strijd met het rechtsbewustzijn; bezit is géén eigendom.⁶⁸ De heersende leer gaf niet alleen een historisch-theoretisch onjuiste weergave van het Germaanse recht, maar was - belangrijker nog - in strijd met de hele regeling van de wijzen van eigendomsverkrijging in het tweede boek van het OBW.

‘Deze leer – uitvloeisel van de boven als onjuist verworpen opvatting, als zou ’t Germaanse recht geen onderscheid tussen eigendom en bezit gekend hebben – is in strijd met art. 2014, 2^o lid, dat de mogelijkheid van terugvordering van een bezitter erkent en vooral met de gehele regeling van de wijzen van eigendomsverkrijging in het tweede boek.’⁶⁹

eerste lid van art. 2014 B.W. ‘onder “het bezit” niet ook dat te kwader trouw mag worden begrepen.’ Vgl. Wiarda 1951, WPNR # 4208 (1951), p. 413-414.

65 E.M. Meijers in zijn annotatie van het arrest van de Hoge Raad van 3 februari 1922 (Veltman-Kooper) in de rubriek rechtspraak, WPNR 2739, p. 286. Hierin verwijst hij, voor zover mijn kennis reikt, voor het eerst naar het in mijn noot 64 genoemde arrest van de Hoge Raad van 29 juni 1855, v.d.H.B.R. 19, 337. Het is mij onbekend of Meijers met deze verwijzing naar jurisprudentie een plaagstootje wenste uit te delen aan Scholten, die zich immers baseerde op wet, geschiedenis en jurisprudentie (zie hierboven mijn noot 58). Mogelijk heeft Scholten dit wel als zodanig opgevat en nam hij in 1925 revanche in zijn opstel ‘Bezit en bewijs bij de revindicatie’ in: WPNR 2897-2899 (nr. 2897, p. 481): ‘Want wat MEIJERS aan de theorie als nieuw voorstelde, bleek de vaste leer der jurisprudentie te zijn; een bewijs van eigendom door vermoedens werd herhaaldelijk aan rechterlijke beslissingen ten grondslag gelegd.’

66 Salomons 1997, p. 225. Zie voor een nuancering: Wiarda 1951, WPNR # 4208 (1951), p. 414 e.v.

67 Zie de laatste zin in het citaat bij mijn noot 49.

68 Zie het citaat bij mijn noot 26.

69 Scholten 1905, p. 65.

Hieronder ga ik nader in op beide argumenten van Scholten.

2.3.1 Het Germaanse recht onderscheidde wel degelijk tussen bezit en eigendom

Het doel achter Scholtens studie van het Germaanse recht was het maken van de vertaalslag van *Gewere* naar ‘bezit’ en van *materieel zakelijk recht* naar ‘eigendom’. Uiteindelijk ging het hem om de inpassing van het voorschrift in het systeem van het OBW. Maar het was daarvoor nodig om een begripsmatige eenheid te scheppen tussen het Germaanse en Romeinse recht. Scholten nam als uitgangspunt het begrippenkader van het Romeinse recht, maar hij was niet in staat om de begrippen terminologisch *geheel* gelijk te schakelen (dit punt gaf hij overigens vanaf het begin zonder enige reserve uitdrukkelijk toe).⁷⁰

De kern van Scholtens betoog is dat men de opeisingsmogelijkheid van art. 2014 lid 2 OBW moet aanmerken als een zakelijke actie van de ‘eigenaar’.⁷¹ Het is duidelijk dat het tweede lid inbreuk maakt op het eerste lid krachtens welk ‘bezit geldt als volkomen titel’. Maar als dat het geval is, dan ontkracht dit logischerwijs de aanname van de heersende leer dat een bezitter tegelijkertijd met het bezit het eigendomsrecht verkrijgt: indien het tweede lid toepasselijk is, ontbeert de bezitter het *recht* op het goed. Hij heeft wel feitelijke heerschappij (bezit), maar geen rechtsheerschappij (eigendom).⁷²

De vraag laat zich nu stellen wat rechtens is indien het tweede lid *niet* toepasselijk is. Kan men dan, *a contrario*, aannemen dat de bezitter wèl eigenaar geworden is? Heeft, anders gezegd, de materieelrechtelijke functie *acquisitieve werking*? Salomons behandelt deze vraag in zijn proefschrift aan de hand van de verschillende door Scholten bewerkte drukken van *Zakenrecht*. Hij acht het opmerkelijk dat Scholten in de eerste door hem bewerkte drukken nog ontkende dat de verkrijger te goeder trouw eigenaar wordt.⁷³ Na een uitgebreide bespreking van de wijze waarop Scholten in de verschillende drukken de kwestie verwoordt, vermeldt Salomons:

70 Zie Scholten 1905, p. 66: ‘Want wel kwam in het oud-Duitse recht naast de eigenaar ook de lener of pandhouder de actie voor verloren goed toe. Maar dit is licht begrijpelijk als men bedenkt, dat ook zij een *Gewere* hadden, uiting van hun zakelijk recht. Waar nu echter naar ons recht huurder, lener, lasthebber, enz. slechts krachtens *persoonlijk* recht houders zijn, is er geen reden hen met de eigenaar gelijk te stellen.’ Vgl. Scholten 1913, p. 79.

71 Scholten 1905, p. 67: ‘Over het karakter van deze actie bestaat strijd. Wij menen dat zij als revindicatie alleen de eigenaar toekomt, maar ook die eigenaar kan tot bewijs van zijn eigendomstitel met bewijs van bezit volstaan. Over de pandhouder zie hierna.’ [Zie voor de pandhouder art. 1198 OBW, *HHR*.] Vgl. Scholten 1913, p. 80.

72 Vergelijk het citaat bij mijn noot 26.

73 Salomons 1997, p. 234 e.v. (§ 2.2 Heeft de materieelrechtelijke functie defensieve of acquisitieve werking?)

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

‘Eerst in de achtste druk van het Zakenrecht (uit 1945, ditmaal bewerkt met medewerking van zijn zoon G.J. Scholten), maakte Scholten aan alle onduidelijkheid een einde door de materieelrechtelijke functie van bezit als volgt te omschrijven:

“Wie op de legitimatie, die het bezit geeft afgaat, is veilig. Hij die te goeder trouw een zaak verkrijgt van iemand, die niet tot vervreemden bevoegd was, wordt tegen de opvordering van vroegere gerechtigden beschermd. (Materieelrechtelijke functie van art. 2014). Hij is eigenaar indien tenminste de levering overigens aan de gestelde eisen voldoet.”

Intussen is Salomons niet zuinig met het uiten van kritiek. Om maar twee voorbeelden te noemen: Scholten ‘wist met deze kwestie niet goed raad’ en ‘kwam eerst na veel aarzelen tot het standpunt dat de verkrijger a non domino inderdaad eigenaar wordt’.⁷⁴ Ik acht deze kritiek onterecht omdat Salomons geen rekening houdt met de *ontwikkeling* van de legitimatieleer: de in 1905 uitgedragen leer (waarin Scholten niet eens de eis van goede trouw durfde te stellen) kan men toch zeker niet gelijkstellen met die van 1945, waarin hij allerlei aanvullende eisen (goede trouw, verkrijging om baat, reëel bezit) stelt.⁷⁵ Juist die toevoegingen zouden kunnen dienen om tóch het recht van eigendom aan de derde-verkrijger toe te kennen.⁷⁶

Ik acht het daarentegen volstrekt logisch dat Scholten in zijn eerste bewerkingen de materieelrechtelijke functie louter defensief weergeeft. De verklaring ligt in de aanpassing die hij moest doorvoeren vanuit het Germaanse recht, met name naar het begrippenpaar bezit en eigendom. De vraag of een verkrijging waarbij het tweede lid niet toepasselijk is acquisitieve werking heeft laat zich dan herleiden tot de vraag of men met de overdracht van de *Gewere* een *recht* verkrijgt. We zagen hierboven dat Scholten zich op Huber baseerde toen hij *Gewere* vertaalde als ‘bezit’. En Huber ontkent nu juist ten stelligste dat men de *Gewere* gelijk mag stellen aan het *materiële recht*, waarvan zij de feitelijke uitdrukking is:

“De *Gewere* is zelf geen recht en wordt ook nergens in de bronnen als zodanig voorgesteld, maar altijd en overal slechts als de feitelijke machtsverhouding, alleen als de feitelijke uitdrukking van de heerschappij en van de aanspraak op het daarachter staande recht”, zegt Heusler treffend.⁷⁷

74 Salomons 1997, p. 236. Het was mogelijk geweest om meer voorbeelden op te nemen.

75 Salomons 1997, p. 229 lijkt overigens dezelfde mening toegedaan: ‘In 1905 verschijnt de vierde druk van Asser’s *Zakenrecht*, in de bewerking van Paul Scholten. Daarin komt hij met een interpretatie van art. 2014 die danig afwijkt van die van Asser en Diephuis, maar die nog niet geheel kan worden gelijkgesteld met zijn latere legitimatieleer, al is de kern daarvan reeds aanwezig.’

76 Salomons behandelt deze toevoegingen pas later (§ 2.3 Latere verfijningen in de legitimatieleer).

77 Huber 1894, p. 6: ‘Die *Gewere* ist nich selber ein Recht und nirgends in den Quellen als solches hingestellt, sondern immer und überall nur das faktische Gewaltsverhältnis, nur der thatsächliche Ausdruck der Herrschaft und des in Anspruch genommenen dahinter stehenden Rechts’, sagt treffend *Heusler*.’ Zie verder ook p. 10 e.v.

Scholten kón dus in eerste instantie geen acquisitieve werking toekennen aan de materiële functie! Dat werd pas mogelijk toen hij zijn theorie verder ontwikkelde, met name toen hij de Duitse doctrine met betrekking tot de historische ontwikkeling van de *Gewere* in 1927 verliet ten faveure van de rechtsverfijning (zie hieronder p. 38 e.v.).⁷⁸ Met name de ahistorische eis van de bezwarende titel maakt het dan mogelijk om een eigendomsverlies van de ‘oorspronkelijke eigenaar’ te rechtvaardigen.⁷⁹

Hieronder bespreek ik Scholtens belangrijkste argument tegen de heersende leer: het wettelijk systeem van eigendomsverkrijging is gegrond op het Romeinse recht en onderscheidt daarom wel degelijk tussen bezit en eigendom. Maar die onderscheiding is overbodig als bezit reeds eigendomsverkrijging bewerkstelligt. Daarom past de materieel-rechtelijke functie beter in het wettelijk systeem dan de heersende leer (‘bezit = eigendom’).

2.3.2 De plaats van het voorschrift in het systeem van het OBW

Scholten betoogde dat de heersende leer door bezit gelijk te stellen met eigendom niet alleen een historisch onjuiste weergave gaf van het Germaanse recht, maar vooral veel te ruim was, waardoor hij strijdig was met de in de wet vastgelegde regeling van eigendomsverkrijging. Hij zag de oplossing gelegen in een inperking van de reikwijdte van artikel 2014. In het volgende fragment zet Scholten zijn bezwaren tegen het voorschrift uiteen:

‘Dit blijkt vooral daaruit, dat het voorschrift van ons artikel eenvoudig niet te rijmen is, met wat het tweede boek B.W. omtrent de wijzen van eigendomsverkrijging regelt. Dit deel der wet steunt geheel op het Romeinse recht: het noemt als wijzen van eigendomsverkrijging: toeëigening, zaaksvorming, vereniging, levering krachtens titel afkomstig van hem, die gerechtigd was te vervreemden, erfopvolging, enz., maar houdt met art. 2014 geen rekening. Volgt men de heersende leer, dan zijn al deze bepalingen, voor zover zij roerend goed betreffen, eenvoudig als niet geschreven te beschouwen. Neemt men echter met ons aan, dat een zo ver gaande uitlegging historisch niet te rechtvaardigen en praktisch onjuist is, dan blijft aan de voorschriften van het tweede boek althans enige betekenis.’⁸⁰

Scholten wenst eenheid van stelsel in de regeling voor eigendomsverkrijging: zij dient te gelden voor zowel roerend als onroerend goed. Daarmee verdraagt zich niet een eigendomsverkrijging van roerende zaken die louter gegrond is op het verwerven van bezit. Hij meent deze wens te kunnen bereiken door een beperktere uitleg aan het voorschrift te geven: men moet het voorschrift slechts - en alleen bij wijze van uitzondering - toepassen op één wijze van eigendomsverkrijging, namelijk *levering krachtens titel afkomstig van*

78 Scholten 1927, p. 93: ‘De onderscheiding tussen de beide functies van art. 2014, de samenvatting van twee regels, een processuele bewijsregel en een materieelrechtelijke in één spreuk is voor het eerst scherp aangewezen door Saleilles, “Possession des meubles” (1907).’ Zie over de verschillen tussen de stelsels bijvoorbeeld: Runia 2016, p. 106 e.v.

79 Zie hieronder § 4.

80 Scholten 1905, p. 66.

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

hem, die gerechtigd was te vervreemden. De uitzondering bestaat dan daaruit dat bij roerende zaken óók een levering verricht door een beschikkingsonbevoegde een derde te goeder trouw beschermt tegen een revindicatie van de rechthebbende. Dit is de kern van wat Scholten zal aanduiden als de ‘materieelrechtelijke functie’.

Volgens Scholten ziet de functie slechts op eigendomsverkrijging door middel van levering. Bovendien kan zij slechts inbreuk maken op het wettelijk systeem indien voldaan is aan nadere eisen. Zo is de derde-verkrijger alleen ‘veilig’ voor revindicatie indien hij het goed verkreeg op grond van een titel van eigendomsoverdracht.⁸¹ Hij moest dus hebben voortgebouwd op de schijn van eigendom (die de eigenaar zelf in het leven riep door het goed aan de tweede hand over te geven). Zo probeert Scholten het wettelijk systeem zoveel mogelijk overeind te houden.

‘Dan is wel elke revindicatie uitgesloten tegen ieder, die het goed krachtens levering verkregen heeft hetzij van de eigenaar, hetzij van de niet-eigenaar, tegen ieder dus die de schijn van het recht voor het recht aanzag, maar dan blijft toch de mogelijkheid van een revindicatie van de eigenaar van een stuk land tegen de vinder ten aanzien van de halve schat (art. 642) van de vervreemder bij een nietige eigendomsoverdracht zolang het goed nog onder de verkrijger berust, van de legataris tegen hem wie het legaat ten onrechte is uitgekeerd (als men ten minste aanneemt dat legaat zakelijk recht geeft). Vooral in het faillissement van de houder is het voor hem, die enig goed opeist, van belang dat hem een *zakelijke* actie ten dienste staat. Hier ligt het praktisch verschil tussen onze en de heersende opvatting.’⁸²

Het is het opmerken waard dat Scholten probeert het Germaansrechtelijke bezitsbegrip in te passen in het Romeinsrechtelijk systeem van ons OBW. Zo blijft overeind de hoofdregel dat niemand meer rechten kan overdragen dan hij zelf heeft, *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Weliswaar kan de eigenaar die zijn tweede hand ten

81 Salomons 1997, p. 266 noot 2, wijst overigens terecht op de gewijzigde definitie van het begrip ‘titel’: ‘Voorafgaand aan de bespreking van de discussie omtrent het titelvereiste van art. 639 BW, is het raadzaam de lezer eraan te herinneren dat de thans gangbare omschrijving van begrip leveringstitel slechts twee decennia oud is. Tegenwoordig wordt de mening van A.S. HARTKAMP algemeen gevolgd dat als titel moet gelden: ‘de rechtsverhouding die aan de overdracht ten grondslag ligt en deze rechtvaardigt.’ (A.S. HARTKAMP, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (4de druk; Deventer 1990), p. 83) Deze definitie, door hem in iets andere bewoordingen gelanceerd in 1974 in zijn opstel: “Het begrip leveringstitel” (*WPNR* 5267-5268), verving de voordien gehanteerde definitie ‘feit dat tot levering verplicht’ dan wel ‘feit dat tot overdracht verplicht.’ Men bedenke derhalve (...) dat de auteurs uit de eerste helft van deze eeuw steeds van het laatstgenoemde titelbegrip uitgingen, met andere woorden: in de titel de rechtsgrond zagen die tot levering verplichtte. Op grond van deze definitie kwamen (...) onder meer SUIJLING en HAZEWINKEL-SURINGA in verzet tegen de causale leer, vanwege het probleem dat nakoming van een reëel contract of een natuurlijke verbintenis niet op een titel in deze zin berust. Naar huidig BW dient men overigens te spreken van ‘overdrachtstitel’ in plaats van ‘leveringstitel’, daar het begrip levering niet langer synoniem is met overdracht, doch enkel nog betrekking heeft op de handeling die de overdracht bewerkstelligt (art. 3:84).’

82 Scholten 1905, p. 66-67.

onrechte vertrouwd niet onder de derde-verkrijger revindiceren, maar hij behoudt zijn recht: de derde-verkrijger is slechts ‘veilig’, Scholten kent hem nog géén materieel recht toe. Hij verbindt pas acquisitieve werking aan de materiële functie na het stellen van bijkomende eisen. Die zal ik hieronder nog nader uiteen zetten (§ 4).

3. Van rechtshistorie (Huber) naar functies (Saleilles) en rechtsverfijning (Thiel)

3.1 De ontwikkeling van Scholtens leer: van Huber naar Saleilles

Terwijl de processuele functie vanaf haar aanvang min of meer vastlag, vulde Scholten in de loop van de tijd de eisen aan die hij stelde aan de materiële functie in zijn bewerkingen van *Zakenrecht*: goede trouw (1913); bezwarende titel (1927); reëel bezit (1933).

De opname van de eis van de goede trouw kwam in de vorige paragraaf al aan de orde. Hiermee week Scholten af van zijn uitleg in de eerste bewerking (1905), waarin hij zijn eisen baseerde op grond van wet, jurisprudentie en de geschiedenis van de *Gewere*.⁸³ Zelf ontkende hij expliciet dat zijn leer daardoor veranderde.⁸⁴ Maar Meijers wijst in zijn herdenkingsbijdrage terecht op de ontwikkeling die Scholtens bewerking doormaakte:⁸⁵

‘In latere drukken heeft *Scholten* zich steeds meer en meer van de historische uitlegging los gemaakt. Hij gevoelde de noodzakelijkheid om de uitlegging van een wet bij de behoeften van eigen tijd te doen aansluiten. Hij erkende het nut van de rechtsgeschiedenis, omdat men volgens hem de groei in de toekomst niet kan leiden, wanneer men de ontwikkeling in het verleden niet voldoende kent, “omdat het historisch geworden deel vormt van de stof die we in het recht hebben te verwerken”, doch op zichzelf kende hij de rechtshistorie geen waarde voor de rechtsidee toe. Duidelijk komt deze veranderde geestesinstelling b.v. uit bij zijn verklaring van art. 2014 B.W. In zijn eerste bewerking van het *Zakenrecht* leert hij nog in aansluiting met de Duitse *Gewere*-theorie, dat het artikel zowel de bezitter te goeder trouw als die te kwader trouw beschermt, in latere drukken volgt hij bij zijn uitlegging Franse auteurs als *Saleilles* en *Planiol* en tracht hij bij zijn uitlegging het artikel zoveel mogelijk aan de moderne verkeersbehoeften te doen beantwoorden.’⁸⁶

83 Zie mijn noot 59.

84 Zie Scholtens eerste zin in het citaat bij mijn noot 63. J. Wiarda, “Scholten vóór Scholten”, in: *WPNR* 5314 (het Scholten Herdenkingsnummer), p. 600 en 602 is ervan overtuigd dat eerst met de eis van de goede trouw Scholten de legitimatieleer zou hebben aanvaard. Hij ontkent m.i. echter ten onrechte dat Scholten deze leer zelf ontwikkeld heeft en dat zij verschillende fasen kent. Ik sluit mij aan bij Salomons 1997, p. 241, die meent dat de legitimatieleer reeds in de vierde druk van het *Zakenrecht* uit 1905 een plaats gevonden had.

85 Overigens zou hij hierop terugkomen voor wat betreft de beïnvloeding van Scholten door de Franse auteur Saleilles, zie: Salomons 1997, p. 243 (noot 60).

86 E.M. Meijers, Herdenking van Paul Scholten (26 augustus 1875 – 1 mei 1946) in: *Jaarboek der Koninklijke Nederlandsche Akademie van Wetenschappen, 1947-1948*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1948, blz 203.

Hieronder (§ 3.2) zal ik ingaan op wat Scholten ‘rechtsverfijning’ zou gaan noemen en bespreek ik de aanvullende eisen van de bezwarende titel en reëel bezit. Maar eerst moet ik stilstaan bij een opmerkelijke ontwikkeling in Scholtens leer: zijn overstap van de Duitse rechtsgeschiedenis naar de Franse doctrine, waar ook Meijers op wees. Eerder identificeerde ik Eugen Huber als Scholtens inspiratiebron.⁸⁷ Verder wees ik erop dat reeds zijn eerste bewerking van *Zakenrecht* (1905) de contouren van de processuele en materieelrechtelijke functie bevatte.⁸⁸ Maar in *Zakenrecht* (1933) sticht Scholten opeens verwarring door de onderscheiding van beide functies toe te schrijven aan de Franse schrijver Raymond Saleilles.⁸⁹

Salomons heeft reeds overtuigend aangetoond dat Scholten zijn legitimatieleer niet ontleend *kan* hebben aan Saleilles: Scholtens bewerking stamt uit 1905, Saleilles publiceerde zijn werk in 1907.⁹⁰ Dat laat onverlet dat Scholten zijn aanvullende eisen wél aan Saleilles zou hebben kunnen ontleend, zoals Meijers meent. Maar dat stuit af op het gegeven dat Saleilles geen andere eis stelt dan bezit te goeder trouw,⁹¹ een eis die Scholten in 1933 allang had geaccepteerd. Bovendien is bekend dat hoewel Scholten groot respect had voor Eugen Huber,⁹² hij de verdiensten van Saleilles op wetenschappelijk gebied aanzienlijk minder hoog aansloeg.⁹³ Sterker nog, het lijkt erop dat hij althans in 1925 Saleilles’ *Possession des*

87 Zie hierboven uitgebreid in § 1.

88 Zie hierboven in § 1. In dezelfde zin: Salomons 1997, p. 241; eerder reeds Van Oven 1908, p. 419.

89 Scholten 1933, p. 97: ‘(...) door de onderscheiding in de beide functies, die ik aan SALEILLES ontleende (...)’ In de vorige druk (1927) maakte Scholten nog geen gewag van een ‘ontlening aan Saleilles’, maar sprak hij van een ‘aanwijzing door Saleilles’, zie mijn noot 78. In 1925 vermeldde Scholten hem evenmin als *auctor intellectualis* in zijn opstel *Bezit en bewijs bij de revindicatie*: ‘Saleilles heeft in zijn “Possession des Meubles” er op gewezen, dat art. 2279 C (d.i. art. 2014 B.W.) een dubbele functie heeft. Het is in de eerste plaats een voorschrift van materieel recht, waardoor hij, die een roerend goed te goeder trouw van een niet-gerechtigde verkrijgt, tegen iedere opvordering veilig is, maar het is ook een voorschrift van bewijsrecht.’ Ook in dit citaat ontbreekt nog elke indicatie dat Saleilles diende als inspiratiebron. Sterker nog, het valt op dat Scholten in het vervolg van zijn betoog diens naam niet meer noemt: ‘Het komt mij nog altijd voor, dat de beide werkingen van art. 2014, *die de Fransen onderscheidde*” (cursivering, HHR), het best worden samengevat door de uitdrukking die ik in ASSER’S tweede deel bezigde: “Het bezit legitimeert.’ Paul Scholten, *Bezit en bewijs bij de revindicatie* (II) in: *WPNR* 2898 (1925), p. 497-498; G.J. Scholten, Y. Scholten en M.H. Bregstein, *Verzamelde Geschriften van Prof. mr. Paul Scholten*, Deel III, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1951, p. 462-481.

90 Salomons 1997, p. 242.

91 Zie hieronder de slotzin van het citaat bij mijn noot 98.

92 Zie over zijn waardering voor Huber hierboven mijn noot 36.

93 Nog in 1917 velde Scholten over Saleilles’ wetenschappelijke verdiensten het volgende toch ietwat zure oordeel: ‘Vraagt men na dit alles wat nu het blijvende belang van zijn (Saleilles’, HHR) werken is, dan wordt men wat teleurgesteld. Zijn vereerders zelve spreken herhaaldelijk van zijn “manière de voir un peu flottante”, denkbeelden, voorstellingen die blijvend als de zijne zullen worden aangeduid en de rechtswetenschap, zij zijn – zo ze er al zijn – niet talrijk. Ook bij die onderwerpen, waarheen zijn voorliefde ging: de vraag der rechtspersoon, *die van het bezit* (cursivering, HHR) heeft hij ten slotte meer de bestaande denkbeelden op fraaie wijze gegroepeerd, en zijn wel gemotiveerde keus gedaan van wat anderen produceerden, dan zelf iets nieuws gebracht. Wat Gény zegt van Saleilles’ arbeid ten opzichte

meubles nog niet eens had doorgenomen. Dat blijkt uit de wijze waarop hij Saleilles aanhaalt:

“L’art. 2279, zegt hij, a ramassé en une seule règle la question de fond et la question de forme. L’une a pour objet le fait de l’acquisition de droit sur le fondement et du chef de la bonne foi: c’est la question même du transfert. L’autre a trait aux questions de preuve, c’est à dire à la présomption du titre. *Le possesseur actuel sera protégé par une présomption d’acquisition postérieure et régulière sans avoir rien à prouver; il faudra prouver contre lui l’absence de titre valable.*[cursivering, HHR]”⁹⁴

Men zoekt in Saleilles’ werk echter tevergeefs naar het deel van het citaat dat ik cursief weergaf. Dit roept de vraag op waaruit Scholten nu citeerde. Het antwoord luidt: uit het uittreksel dat de Parijse hoogleraar Albert Tissier maakte van de werken van Saleilles over bezit en waarin Tissier Saleilles citeerde.⁹⁵ Scholten beging de fout om bij het citaat ook het gedeelte met Tissiers verklaring op te nemen en die verklaring toe te schrijven aan Saleilles.⁹⁶

van de algemene opvattingen van recht geldt voor zijn gehele werk, dunkt mij, hij was de man die deed denken en doorzoeken juist omdat hij “faisant entre voir plus de choses qu’il n’en découvrirait”, de man van de “exubérance et la fougue”, niet de man van de geduldige denkarbeid en de precisie, niet – zou ik er willen bijvoegen – van die grootte, die op enig gebied jaarlijk nieuwe banen opent of gevonden resultaten voor tijden lang vastlegt.’ Paul Scholten, *L’oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914 in: *WPNR* 2462 (1917), p. 100.

94 Scholten, *Bezit en bewijs bij de revindicatie* (II) in: *WPNR* 2898, p. 498; *Verzamelde Geschriften*, p. 468.

95 Vgl. Albert Tissaud, *les travaux de Saleilles sur la possession* in: Robert Beudant; Henri Capitant; Ambroise Colin; Edmond-Eugène Thaller; et al, *L’oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau: 1914, p. 389-390: En comparant la disposition de l’art. 2279 aux art. 932 et 1006 du Code civil allemand, Saleilles a démontré, d’une façon décisive et définitive, qu l’art. 2279 confond et tranche en même temps, dans sa formule trop brève, deux questions très différentes, la question de revendication mobilière et la question de preuve en cas de revendication. “La formule de l’art. 2279, sous la forme par trop concise et vague qu’il prise, s’est trouvée couvrir et confondre deux questions très distinctes, et c’est même cette confusion qui a faussé et qui fausse encore toute l’interprétation pratique et scientifique du texte. Il a ramassé en une seule règle la question de fond et la question de forme. L’une a pour objet le fait de l’acquisition du droit sur le fondement et du chef de la bonne foi: c’est la question même du transfert. L’autre a trait aux question de preuve, c’est-à-dire à la présomption de titre. Il s’agit, une fois posées les conditions de l’acquisition de bonne foi, de préciser comment la preuve en sera fournie, si même quelques-unes d’entre elles ne seront pas présumées, et, dans ce cas, quelle sera la valeur de cette présomption.” (hier eindigt het citaat, HHR). Au cas de revendication par un précédent possesseur, même au cas de conflit entre deux possesseurs succesifs, il ne suffira pas au possesseur ancien de prouver sa propriété, *le possesseur actuel sera protégé par une présomption d’acquisition postérieure et régulière sans avoir rien à prouver*; cursivering, HHR) il faudra prouver contre lui l’absence de titre valable.’

96 Overigens geeft Paul Scholten, *Bezit en bewijs bij de revindicatie* (II) in: *WPNR* 2898, p. 498, *Verzamelde Geschriften*, p. 468, een onjuiste vindplaats op. Hij vermeldt in zijn noot 3 blz. 73 i.p.v. 75 (drukfout?).

Ik kom tot de slotsom dat Saleilles voor wat betreft de rechtsgeschiedenis op geen enkele wijze te maken heeft met de leer die Scholten in 1905 ontwikkelde. Waarom verwijst Scholten dan nu naar deze auteur? Kennelijk wil hij een overstap maken: hij neemt afstand van de *Gewere*, om zich in plaats daarvan te richten op de *saisine*, waarvan de uitwerking in het Franse recht kennelijk meerwaarde biedt.

Zowel de notie van de *Gewere* als die van de *saisine* stamt uit het inheemse recht van Germaanse oorsprong: ruwweg kan men stellen dat de *Gewere* meer overeenkomsten zou hebben met het recht van Saksische origine, terwijl de *saisine* meer verbanden zou vertonen met het Frankische recht.⁹⁷ Het is hier niet de plaats om de verschillen op het punt van ‘bezit’ in het Germaanse recht te bespreken. Ik bepaal me er daarom toe dat Saleilles uitging van het inmiddels in de wetboeken vastgelegde recht, en de verschillende uitgangspunten van het Duitse en Franse recht als volgt verwoordde:

‘We zagen al dat het Duitse recht zich op exact hetzelfde standpunt stelt voor wat betreft het bezit van roerende zaken. Het verbindt daar, bij hem die een roerende zaak overdraagt, ten gunste van hem die het wil verkrijgen hetzelfde bewijskrachtelijk gevolg als bij de inschrijving, maar het geeft verder niets. Het bezit geeft bewijs van het recht dat men wil overdragen, maar het vervangt niet de formele middelen van overdracht.

Het Franse recht heeft een geheel andere opvatting van de rol van het bezit van roerende zaken. Het ziet het veel minder als een bewijs van het bestaan van het recht van hem die de roerende zaak heeft overgedragen, dan bij hem die de zaak heeft verkregen, teneinde, althans jegens derden, een werkelijke titel van overdracht te scheppen. Het kent die titel tegenover derden eenzelfde rol toe als het recht van Hamburg vroeger toekende aan de inschrijving. De inschrijving was daar niet alleen absoluut bewijs van het overgedragen recht, zij vormde ook de kern van de overdrachtstitel; het contract diende slechts als de juridische aanleiding voor de titel, het werd niet als voorwaarde gesteld voor de overdracht. Op dezelfde wijze bewerkstelligt bezit in het Franse recht de overdracht tegen de eigenaar, tenminste wanneer de bezitter heeft verkregen van een niet-eigenaar.

En men moet niet stellen dat, wanneer er een revindicatie tegen hem ingesteld zal worden, de bezitter zal hebben verkregen, nu eens door het gegeven dat hij het bezit heeft, dan weer ten gevolge van de titel, zodat hij eigenaar zal zijn geworden ten opzichte van sommigen, maar niet ten opzichte van anderen. Dat zou een bijzonder foute voorstelling zijn van het systeem van het Franse recht. Dezelfde verkrijging kan iemand niet op twee wijzen eigenaar maken, alleen kunnen er, afhankelijk van de omstandigheden, twee verschillende wijzen van verkrijging bestaan die met het recht overeenstemmen. Er bestaat een wijze van verkrijging voor hen die verkrijgen van de werkelijke eigenaar, en die wijze is de geldige titel; daarnaast bestaat er een wijze van verkrijging voor hen die verkrijgen van een niet-rechthebbende, en die wijze is het bezit te goeder trouw.’⁹⁸

97 Zie hierover bijv. Runia 2016, p. 92 e.v. en in het bijzonder p. 106 e.v.

98 R. Saleilles, *De la possession des meubles: études de droit allemand et de droit français*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence 1907, p. 265-266: ‘On a déjà vu que le droit allemand, en matière de meubles, se place exactement au même point de vue, pour ce qui est de la possession. Il lui attache, chez celui qui aliène un meuble, et au profit de celui qui veut l’acquérir le même effet de force probante qu’à l’inscription, mais il ne lui en donne pas d’autre. Elle fait preuve du droit que l’on veut transmettre, elle ne remplace pas les moyens formels de transmission.’

Het grote verschil tussen het Franse en Duitse recht bestaat dus volgens Saleilles daaruit dat in Frankrijk degene die te goeder trouw een roerende zaak verkrijgt van een beschikkingsonbevoegde tóch het recht van eigendom verwerft.

Zoeken we nu naar de meerwaarde van Scholtens overschakeling op de Franse doctrine in 1933, dan is die niet gelegen in het historische fundament voor zijn legitimatieleer: daarin had Huber al voorzien. Hetzelfde geldt voor de onderscheiding van de twee functies. De eis van goede trouw biedt evenmin een verklaring: die had Scholten al twintig jaar eerder toegevoegd aan de materieelrechtelijke functie. Evenmin kan de overschakeling verklaard worden uit een grote waardering van Scholten van Salleilles wetenschappelijke prestaties. De meest waarschijnlijke verklaring is volgens mij dat Scholten in 1933 aansluiting zocht bij de Franse *saisine*-leer omdat die, anders dan de Duitse *Gewere*-leer, acquisitieve werking toekende aan de overdracht door een beschikkingsonbevoegde aan een verkrijger te goeder trouw van roerende goederen. Hierop kom ik terug in § 4.

3.2 Scholtens eis van bezwarende titel als “rechtsverfijning”

In *Zakenrecht* (1927) stelde Scholten de aanvullende eis van de bezwarende titel. Deze eis valt te herleiden op het proefschrift waarop Jan Hendrik Thiel in 1903 *cum laude* promoveerde aan de Universiteit van Amsterdam.⁹⁹

Hierboven zette ik uiteen dat Scholten art. 2014 als een rechtsbeginsel kwalificeerde om zo de regel van een meer concrete inhoud te kunnen voorzien.¹⁰⁰ Maar het instrumentarium dat

Le droit français se fait une toute autre idée du rôle de la possession, en matière mobilière. Il l'envisage, beaucoup moins chez celui qui a transmis le meuble, pour y voir une preuve de l'existence de son droit, que chez celui qui a acquis la chose, pour en faire, au moins à l'égard des tiers, un véritable titre de transmission. Il lui attribue, vis-à-vis des tiers, un rôle analogue à celui que le droit de Hambourg attribuait jadis à l'inscription. L'inscription n'était pas seulement une preuve absolue du droit transmis, elle constituait le titre même de transmission; le contrat lui servait de cause juridique, il ne rentrait plus parmi les éléments du transfert. De même, en droit français, la possession opère elle-même le transfert à l'encontre du propriétaire, au moins lorsque le possesseur avait acquis d'un non-propriétaire.

Et qu'on ne dise pas que, suivant celui qui revendiquera contre lui, le possesseur aura acquis, tantôt par le fait seul de sa possession, et tantôt par l'effet du titre, de sorte qu'il serait devenu propriétaire à l'égard des uns, et pas à l'égard des autres. Ce serait une façon très fautive de présenter le système du droit français. Il n'y a pas, pour une même acquisition, deux façons d'être propriétaire; seulement il y a, suivant les circonstances, deux procédés différents d'acquisition, et rien n'est plus régulier. Il y a un procédé d'acquisition pour ceux qui acquièrent du vrai propriétaire, et ce procédé c'est le juste titre; puis il y a un procédé d'acquisition pour ceux qui acquièrent d'un non-propriétaire, et c'est la possession de bonne foi.'

99 J.H. Thiel, *De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen*, (diss. A'dam UvA), Amsterdam: Scheltema en Holkema's boekhandel 1903.

100 Zie hierboven het citaat bij mijn noot 50.

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

hij daarvoor eerder gebruikte schoot nu tekort: voor het stellen van de eis van de bezwarende titel kon hij zich niet op een wettelijke, jurisprudentiële of historische grondslag beroepen.¹⁰¹

‘(...) In de tweede plaats moet de bezitter de zaak hebben verkregen onder bezwarende titel. Er is geen reden de begiftigde te stellen boven de oude eigenaar. Vgl. Melin “Questions de droit” bij Revindication. *In onze jurisprudentie vond ik geen voorbeeld* [cursivering, *HHR*; de eis wordt evenmin gesteld door de wet en valt tenslotte ook niet te gronden in de geschiedenis van de *Gewere, HHR*]. (...)’¹⁰²

Maar Scholten had in de jaren tussen het verschijnen van de vijfde druk (1913) en die van de zesde (1927) een andere grondslag gevonden voor het om-baat vereiste, die hij publiceerde in zijn in 1924 verschenen opstel *Recht en Billijkheid*.¹⁰³ Het gaat om op billijkheid gegronde *rechtsverfijning*, waarover hij het volgende opmerkt:

‘De nieuwe regels brengen wat men met een gelukkig woord “rechtsverfijning” heeft genoemd. De oude regels worden niet afgebroken, maar haar gebied bleek niet zo ver strekkend als uit de woorden, waarin zij waren geformuleerd, scheen te volgen. Men maakte nieuwe, fijnere onderscheidingen, bouwde daarop uitzonderingen op. Gelijk de analogie de regel uitbreidt, beperkt de rechtsverfijning hem. In beide werkt de billijkheid, ik heb ditmaal de eerste laten rusten, om bij de tweede even stil te staan. Het waren rechtspraak en wetenschap, die hier het recht verder ontwikkelden. Binnen de codificatie viel haar de taak te beurt die in andere landen en tijden door bijzondere rechtsvorming *naast* het bestaande recht, praetuur en kanselarij hadden verricht. Of zullen we moeten zeggen: een deel van de taak. Schieten deze factoren tekort om aan de behoefte van het snel wisselende leven te voldoen, en heeft ook te onzent niet binnen, maar naast de wet en hare handhaving door de gewone rechter nog een vorming van nieuw recht plaats?’¹⁰⁴

Rechtsverfijning biedt dus de mogelijkheid om een bestaande regel van een nieuwe inhoud te voorzien en op deze wijze zijn werking te beperken. Mogelijk bevat Scholtens opstel uit 1925 zelfs al een hint naar zijn latere eis van bezwarende titel. Hij betoogt namelijk dat men art. 2014 vaak misbruikt onder voorwendsel van schenking en hij merkt het bestrijden van

¹⁰¹ Vgl. hierboven mijn noot 58.

¹⁰² Scholten 1927, p. 94-95. Ik kan mij dan ook niet verenigen met de conclusie van Salomons 1997, p. 233: ‘Na het overnemen van de goede-trouweis waren de contouren van Scholtens legitimatieleer wel bepaald, al bracht hij later nog verfijningen aan.’ Voor wat betreft de materiële functie acht ik juist het stellen van deze eis van verkrijging om baat in 1927, essentieel voor Scholtens uiteindelijke keuze om, na het afwegen van de betrokken belangen, aan een degelijke gekwalificeerde derde-verkrijger dan ook maar het recht van eigendom toe te kennen (zie nader mijn § 4).

¹⁰³ Paul Scholten, *Recht en Billijkheid* in: *Beschouwingen over recht*, Haarlem: De erven F. Bohn 1924. In zijn voorwoord vermeldt hij: ‘Over Recht en billijkheid hield ik gedurende de cursus 1922-1923 drie voordrachten in de Aula van de Universiteit van Amsterdam. Hetgeen ik toen betoogde, heb ik thans op schrift gesteld, het is de laatste studie van deze bundel.’ Het opstel is ook verschenen in Scholtens *Verzamelde Geschriften* (I), p. 225 e.v.

¹⁰⁴ Scholten 1924, p. 184; *Verzamelde Geschriften* (I), p. 256.

die praktijk aan, zelfs wanneer het ontbreekt aan een ‘heel sterke wettelijke ondergrond’, als ‘verfijning van de rechtsleer’.¹⁰⁵

Uiteindelijk verschaft Scholten in 1931 in zijn *Algemeen Deel* duidelijkheid over zijn werkwijze. Hierin wijst hij Thiel aan als inspiratiebron voor het vinden van een meer bevredigende verklaring voor de regeling van art. 2014.

‘Het is een der voornaamste functies der rechtswetenschap het rechtsbeginsel in het positieve recht op te sporen. Het is waarlijk niet alleen van belang als we voor de vraag staan, of wij een of andere wetsbepaling bij analogie zullen toepassen, of wel een beperking van een algemene regel door verfijning geoorloofd is; ook in de systematiek, als we bepaalde voorschriften combineren, stellen wij de vraag of zij uitvloeisel zijn van hetzelfde beginsel en dus zulk een combinatie verdragen. Telkens grijpen we naar het rechtsbeginsel terug.

Het kan zijn, dat we het rechtsbeginsel vinden door het gemeenschappelijke in schijnbaar uit elkaar liggende regelingen aan te wijzen. *Zo deed J.H. THIEL indertijd een goede greep door in de regeling van de wissel-verbintenis, in die van de eigendomsverkrijging van roerend goed en in art. 1910 het beginsel van de bescherming van de goede trouw van derden tegenover de handelingen van partijen bloot te leggen, d.w.z. de gedachte, dat wie op grond van de naar buiten blijkende regeling van een rechtsverhouding tussen bepaalde personen aanneemt, dat deze is, zoals zij schijnt te zijn, op die schijn mag vertrouwen en tegen de partijen wordt beschermd, als hij op grond van dat vertrouwen verder handelt. Het beginsel kan in talrijke andere verhoudingen worden aangewezen; eenmaal ontdekt werpt het licht op regelingen, die nog niet een bevredigende verklaring vonden, op art. 2014 B.W. b.v. en kan het bij verder onderzoek met vrucht worden gebruikt.* (cursivering, HHR) Zo meende ik het te mogen aanwenden bij bespreking van de vraag van de terugwerking van de ontbinding volgens art. 1302 B.W. van een verkoop van onroerend goed en haar invloed op de na de verkoper verkregen rechten van derden op dat goed.¹⁰⁶ (Volgt noot met verwijzing naar p. 170 e.v. van *Zakenrecht 1927, HHR*).

105 Scholten in *WPNR* # 2898 (1925), p. 498-499: ‘Het gebeurt herhaaldelijk, dat art. 2014 wordt ingeroepen in een geding, waar de erfgenamen van de gever (of liever van hem, van wie beweerd wordt, dat hij geschonken heeft) staan tegenover de begiftigde, dikwijls in omstandigheden, die aan de waarheid der bewering van schenking doen twifelen, b.v. een niet zeer vermogend man zou kort voor zijn dood een deel van zijn goed geschonken hebben aan zijn huishoudster. In dat geval stelt de Franse rechter de eis, dat voor toepassing van de regel het bezit moet zijn “ondubbelzinnig” (non équivocque). Indien uit de feiten zeker niet ondubbelzinnig blijkt, dat de gedaagde, die schenking beweert, bezitter is, en reeds was op het ogenblik van overlijden, dan wordt art. 2279 ter zijde gelegd. Het is een merkwaardige verfijning der rechtsleer, waartoe het beroep op art. 2229 C. (art. 1992 B.W.) de niet heel sterke wettelijke ondergrond verschaft.’ Na een vergelijk tussen Franse en Zwitserse jurisprudentie concludeert Scholten (p. 499): ‘Geheel analoge gedachtengang dus aan de rechtspraak bij geheel andere teksten. *Bij ons vond ik geen beslissing, die hiernaast te plaatsen was – maar het is een beschouwing die we in het oog moeten houden* (cursivering, HHR).’

106 Scholten 1931, *Algemeen Deel*, p. 84.

3.3 Thiels ‘goede greep’: een vruchtbare, doch late kennismaking

Ik ben niet de eerste die Scholtens uitwerking van de materiële functie in verband brengt met Thiel: meerdere schrijvers gingen mij voor.¹⁰⁷ Maar toch liggen er nog vragen open. De grootste vraag is *wanneer* Scholten Thiel als inspiratiebron begon te gebruiken. Salomons lijkt te betogen dat Thiel, hoewel die in zijn proefschrift de eis van de goede trouw nadrukkelijk ontkende,¹⁰⁸ tóch al een rol speelde bij het stellen van deze eis in Scholtens *Zakenrecht* (1913).

‘Het grote keerpunt in het denken over artikel 2014 vormt het verschijnen van het proefschrift van J.H. Thiel in 1903. Sedert de codificatie werd de bepaling benaderd als een concrete regel, waarvan de reikwijdte als vaststaand gezien werd. Het werd de wetgever verweten dat noch de plaats van het artikel noch de bewoordingen ervan daaromtrent duidelijkheid verschafte. Thiel betoogde daarentegen dat in het Nederlandse vermogensrecht een algemeen vertrouwensbeginsel gehuldigd wordt dat schuilgaat in artikelen als 1198 lid 5, 1910 en 2014 lid 1 BW.¹⁰⁹ De exacte bewoordingen van deze artikelen zijn van ondergeschikt belang; het komt erop aan het beginsel op te diepen en tot gelding te laten komen. *Van Oven en Scholten werkten deze gedachte uit voor 2014; dat de wet geen onderscheid maakt tussen bezitters te goeder en te kwader trouw kan niet meebrengen dat ook degenen die een zaak koopt in de wetenschap dat zijn voorman beschikkingsonbevoegd is, zich succesvol beroept op artikel 2014.* (cursivering, HHR)¹¹⁰

Dit zou inhouden dat Scholten al vóór 1913 (vijfde druk) notie zou hebben genomen van Thiels werk en daarop – *rechtsverfijnd* – zou hebben voortgebouwd.¹¹¹ Dit lijkt mij onjuist, de juiste chronologie lijkt mij die ik hierboven heb uiteengezet: dat Scholten vanuit het beroep op de billijkheid in 1913 deze bron verder is gaan uitwerken en uitkwam op rechtsverfijning, ergens in het begin van de twintiger jaren van de vorige eeuw. Daarom neem ik aan dat hij pas later de bruikbaarheid van Thiels werk heeft ingezien. Een

107 Van hen noem ik slechts: C.J. Wiarda, Scholten voor Scholten in: *WPNR* # 5314, (1975) p. 602-603, 606; A.F. Salomons, De pijlers onder de vertrouwensbescherming van artikel 3:86 Nieuw BW, in het themanummer ‘Rechtsbeginselen’, *Ars Aequi* 40 (1991), p. 831-832 en zijn proefschrift, p. 287-288, 293.

108 Vgl. Thiel 1903, p. 244: ‘In scherpe tegenstelling met de belangrijke betekenis, welke goede trouw aldus heeft voor de veiligheid van eigendom en zakelijk recht op *onroerend* goed, staat het volkomen gemis aan betekenis van goede trouw van eigendom van *roerend* goed. De Nederlandse wet heeft *deze* eigendom geregeld, zonder daarbij aan de goede trouw van de vermeende eigenaar ook maar het geringste gevolg te verbinden.’

109 Hoe Salomons op het voorbeeld van art. 2014 lid 1 komt is mij niet duidelijk. Ik tref deze bepaling niet aan bij Thiel 1903, p. 23 e.v. (*sub 6. Vertrouwen opgewekt bij derden*) Zie over het artikel 2014 m.n. p. 244 e.v.

110 Salomons 1991, p. 831-832.

111 Het is jammer dat Salomons niet preciezer aanduidt op welk moment Van Oven en Scholten deze gedachte verder uitwerkten. Van Oven vermeldt Thiel in ieder geval niet in zijn artikel uit 1908, dat zo’n grote invloed op Scholten heeft uitgeoefend.

aanknopingspunt voor mijn zienswijze biedt de vermelding en behandeling van Thiels proefschrift in Scholtens *Zakenrecht*: die begint pas in 1927.¹¹²

Dat Scholten in 1927 de eis van de bezwarende titel aan Thiel ontleende lijkt aannemelijk. Maar daarmee stuiten we op een andere vraag: elke eis die Scholten stelde aan de materiële functie staat niet op zichzelf, maar zij berust op een bepaalde grondslag. Scholten baseerde zich aanvankelijk steeds op wet, jurisprudentie, geschiedenis. Hij verliet deze praktijk toen hij de rechtsverfijning beschreef: toen achtte hij het nodig om extra eisen te stellen. Maar wat was nu de *aanleiding* voor het stellen van de eis van de bezwarende titel? Ik meen dat die aanleiding lag in het vermeende misbruik van het voorschrift. Scholten wees in zijn opstel van 1925 op het misbruik van art. 2014 onder het voorwendsel van schenking.¹¹³ Vervolgens noemde hij in 1931 in zijn *Algemeen Deel* Thiel als inspiratiebron voor zijn rechtsverfijning van art. 2014. Dat proces was toen reeds aan de gang: Scholten verwees terug naar de editie van *Zakenrecht* uit 1927, niet naar uiteenzettingen in toekomstige edities.¹¹⁴ En Thiels proefschrift bevat een uitgebreide en expliciete behandeling en onderbouwing van de eis van de *bezwarende titel*. Volgens Thiel verdient schenking géén bescherming:

‘De handeling van de derde eindelijk zal er een moeten zijn onder bezwarende titel. Ook bij contractsverhoudingen pleegt men bescherming van goede trouw uit te sluiten, als de aanspraak berust op een zuiver lucratieve rechtsgrond. Men voert daarvoor aan enerzijds, dat die bescherming niet strekt om louter teleurstelling, maar om schade te voorkomen van de dwalende, anderzijds, dat billijkheids-overwegingen bij handelingen onder lucratieve titel sterker spreken voor de verbondene. Voor derden, die bij hun handelingen op rechtsverhoudingen van anderen hebben gerekend, hebben deze overwegingen dezelfde betekenis als voor contracterende partijen. Ook hun zal de goede trouw slechts dan kunnen baten, als zij tegen opoffering verkregen.’¹¹⁵

‘Titels van bijzondere overgang, die geen bezwarende overeenkomsten zijn, als vonnis, schenking enz. vallen in hun geheel buiten het gebied van de goede trouw.’¹¹⁶

Scholten motiveerde zijn eis van de bezwarende titel in 1927 nog louter met het argument: ‘Er is geen reden de begiftigde te stellen boven de oude eigenaar’.¹¹⁷ Salomons vermeldt

112 Vgl. de laatste zin bij het citaat bij mijn noot 106 en zie: *Zakenrecht* 1927, p. 172, *Zakenrecht* 1933, p. 180, *Zakenrecht* 1945, p. 202.

113 Zie hierboven noot 105.

114 Zie hierboven de slotzin in het citaat bij noot 106.

115 Thiel 1903, p. 92-93. In een noot citeert hij Harmann, Wort und Wille, *Jahrb.* 1882, blz. 42: ‘Ingleichen wird der Umstand, dass der in Frage stehende Anspruch auf einen rein lucrativen Rechtsgrund sich stützt und die Aufrechterhaltung einer positiven Bereicherung bezweckt, schon an sich die Geltendmachung der voluntatis quaestio motiviren können. Steht es doch mit aller Aequität im directesten Widerspruch, dasz der Empfänger der Wolthat den Wolthäter rigoristisch beim Wort halte, auch wo das Wort erweislich von der inneren Absicht verlassen ist.’

116 Thiel 1903, p. 250.

117 Zie hierboven noot 102.

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

dat dit argument op tamelijk veel verzet stuitte, onder andere bij Van Oven.¹¹⁸ Wellicht was dit reden voor Scholten om in zijn bewerking van *Zakenrecht* in 1933 nog een extra regel op te nemen:

‘3. Het bezit moet zijn verkregen onder bezwarende titel.

Deze eis sluit direct aan bij de vorige. Er is geen grond om, als de eigenaar staat tegenover een verkrijger, die van de huurder b.v. de zaak ten geschenke kreeg, deze te doen voorgaan. *De bescherming van het verkeersvertrouwen geldt alleen voor verkeershandelingen: daartoe behoort de schenking niet.*¹¹⁹ (cursivering, HHR) Op deze grond meende ik deze eis – in onze jurisprudentie en doctrine onbekend – in de vorige druk te mogen stellen. Het hiertoe aangevoerde argument, dat de wet de eis niet kent, gaat niet op, dat zou eveneens gelden voor de goede trouw. (...)’¹²⁰

Ongetwijfeld bedoelde Scholten de door mij gecursiveerde zin als verduidelijking, maar bij mij riep hij vraagtekens op. Heeft Scholten het hier over vermogensverkeer? Zo ja, is daarin een schenkingshandeling geen verkeershandeling? Mijn rechtsgeleerd handwoordenboek bood geen soelaas. Maar uit Thiels afrondende passage begreep ik dat het bij verkeershandelingen gaat om *wederkerigheid*:

‘Zijn deze opvattingen juist, dan kan men het gehele gebied der subjectieve rechten door een scheidingslijn van principiële betekenis verdelen in tweeën. Aan de ene zijde staan alle rechten, welke door correlatieve handelingen tot stand komen, d.w.z. door handelingen op de grondslag van handelingen van anderen, hetzij de betrokken personen daarbij als partij tegenover elkander staan, hetzij een derde bouwt op hetgeen bereids door anderen is verricht. Aan de andere zijde staan alle subjectieve rechten, die op andere wijze tot stand komen.

De eerste groep van rechten, als berustende op verkeershandelingen, wordt beveiligd door de belangrijke wettelijke voorzorgsmaatregelen, die bestemd zijn aan de eisen van het verkeer tegemoet te komen, die nl. ter bescherming van goede trouw van de handelende.

De tweede groep, als staande buiten het verkeer, is uit haar aard aan iedere invloed der goede trouw onttrokken.’¹²¹

Thiel vat hier zijn leer kort samen: volgens hem worden verkeershandelingen door het recht beschermd. Een schenking kent echter geen bezwarende titel, er is geen wisselwerking van handelingen. Daarom kent Thiel haar geen bescherming toe, hij brengt haar onder in de tweede categorie: ‘staande buiten het verkeer’. Ik acht het zeer wel mogelijk dat Scholtens standpunt dat een schenking geen verkeershandeling is op dit citaat valt terug te leiden.

118 Salomons 1997, p. 293 e.v.

119 Vergelijk de derde stelling bij het proefschrift van Thiel: ‘Het Nederlands privaatrecht kent bescherming van passieve goede trouw alleen voor hem, die handelt op de grondslag van een verkeershandeling van een ander.’

120 Scholten 1933, p. 98.

121 Thiel 1903, p. 95-96.

In de volgende paragraaf bespreek ik de laatste eis die Scholten toevoegde voor een beroep op de materieelrechtelijke functie: het reëel bezit. Scholten achtte het ook nodig dat er een ‘feitelijke machtsverschuiving’ had plaatsgevonden.

3.4 Reëel bezit: geen ‘autonome billijkheidscorrectie’, maar systeemeis...

De zevende druk van *Zakenrecht* (1933) breidt de eisen voor een beroep op de materieelrechtelijke functie uit met de eis van het zogeheten reëel bezit. Maar eigenlijk is dit geen nieuw vereiste: Salomons voert haar terug op een publicatie uit 1906,¹²² één jaar na Scholtens eerste bewerking van *Zakenrecht*, waarin hij voor het eerst de legitimatieleer uiteenzette.¹²³ Naar aanleiding van een zaak, waarin de levering geschiedde door het zogeheten *constitutum possessorium*, onderscheidde Scholten tussen het gebruik van deze leveringsvorm voor eigendomsoverdracht en voor bescherming door art. 2014 OBW.

Kort en goed draaide de zaak om het volgende: gedaagde had schulden bij eiser die hij in maandtermijnen afloste. Ter zekerheidsstelling had hij een akte getekend waarin hij meubilair overdroeg aan eiser, maar dat uit hoofde van bruikleen onder zich mocht houden. Een levering *constitutum possessorium* dus. Vervolgens ging gedaagde failliet en verkocht zijn curator de bewuste meubels aan een derde, maar omdat ook deze levering *constitutum possessorium* geschiedde, bleef gedaagde de beschikking over de meubels houden. Eiser vorderde op zeker moment de meubels onder gedaagde op, maar die weigerde afgifte. De vraag was of het door de eiser gelegde beslag terecht was en eiser afgifte kon vorderen. Daarvoor was het noodzakelijk om na te gaan of gedaagde (of zijn curator) na de eerste levering nog in staat was tot een andere levering aan de derde.

Scholten gaf in zijn noot aan voor de toepassing van art. 2014 OBW de leveringsvorm *constitutum possessorium* niet gelijk te willen stellen met andere leveringsvormen: hij eiste voor haar toepassing een feitelijke machtsverschuiving: een wijziging van de bezitstoestand door werkelijk waarneembare handelingen.

‘Maar nu zit in deze zaak een eigenaardige moeilijkheid: hier heeft de levering van de curator aan (de derde, *HHR*) plaats gehad door middel van het z.g. *constitutum possessorium*. (...) De vraag is nu: kan die levering, die eigendomsovergang dus aan (eiser, *HHR*) worden tegengeworpen? Stelt men de levering door enkele wilsovereenstemming met voortdurend van de bezitstoestand bij de overdrager (*constitutum possessorium*) geheel op één lijn met elke andere levering, dan moet die vraag zeker bevestigend worden beantwoord. Toch geloof ik niet, dat een dergelijk antwoord juist zou zijn. (Eiser, *HHR*) had de goederen aan (gedaagde, *HHR*) in bruikleen gegeven, tegenover haar was deze dus houder en door eigen wil kon hij dit houderschap niet veranderen in een bezit als eigenaar (art. 592),

122 P. Scholten, annotatie bij het Vonnis van de Arrondissements-Rechtbank te Utrecht van 21 Februari 1906, in: *WPNR* # 1924 (1906), p. 509.

123 Salomons 1997, p. 238-239; p. 297 e.v.

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

maar naar mijn mening evenmin in een houderschap voor een ander. Zolang de goederen onder (gedaagde, *HHR*) bleven, bleef hij tegenover (eiser) houder voor haar, de betrekking tussen hem en (eiser, *HHR*) bleef de “titel” van zijn bezit, zoals art. 592 B.W. het uitdrukt. *Zolang de bezitstoestand niet door werkelijk waarneembare handelingen is gewijzigd, blijft hij ten aanzien van (eiser) dezelfde. Is dit waar, dan komen we, zij 't langs anderen weg, tot hetzelfde resultaat als de rechtbank, maar dan blijkt tevens dat een volkomen gelijkstelling van levering “constituto possessorio” met de andere wijzen niet is door te voeren. (cursivering, HHR)*¹²⁴

Scholtens standpunt leidde een min of meer verborgen bestaan, totdat Van Oven in 1926 in het *Nederlands Juristenblad* het vraagstuk van de dubbele levering *constitutum possessorium* opnieuw aan de orde stelde.¹²⁵

‘Kan men een zaak tweemaal, eerst aan de een en dan aan de ander leveren? Zonder dat zij eerst is terug-geleverd? Dat men een zaak meer dan eenmaal verkopen kan, weten wij sinds onze studententijd, maar leveren, tradere, délivrer...?’

Het lijkt onmogelijk, want wie eenmaal aan de een geleverd heeft, is de zaak, het bezit, de eigendom kwijt en kan dus niet weer aan een ander leveren. Toch kan het, en wel “constituto possessorio” want dat leveren door middel van deze handeling mogelijk is naar ons recht, werd nog onlangs tot tweemaal toe uitgemaakt en wat is er tegen, dat ik het voorwerp 't welk ik u op deze wijze geleverd heb, maar dat ik als detentor onder mij gehouden, nog eenmaal, al of niet weer door Constitutum Possessorium aan een ander lever. Dan rijst echter de vraag: wie is nu eigenaar geworden, gij of die ander? Bezaten wij de regel van art. 2014 B.W. niet, dan zou dit geen vraag zijn, want gij waart eigenaar en dus kon ik de ander niet tot eigenaar maken, maar daar deze regel het mogelijk maakt dat ook een niet-eigenaar door overdracht een ander tot eigenaar maakt, kan de vraag wel gesteld worden en is zij zeer moeilijk te beantwoorden.¹²⁶

Dit was vanzelfsprekend een kwestie die Scholten in *Zakenrecht* diende te bespreken. Helaas lukte dat niet meer in de zesde druk (1927).¹²⁷ In de zevende druk (1933) neemt hij

124 Zie hierboven noot 122.

125 Salomons 1997, p. 300. Zie ook zijn noot 121: ‘Aanleiding tot deze discussie was het vonnis Rb. Alkmaar 28 mei 1925, NJ 1925, 1013, waarin een debiteur een hem toebehorende autobus eerst cp aan zijn bank leverde, haar in bruikleen behield en vervolgens aan Acetijlena verkocht en wederom cp leverde. Men lette erop dat zowel de lagere jurisprudentie als literatuur in deze jaren doorgaans reeds uitging van de rechtsgeldigheid van de fiduciaire overdracht cp.’ Overigens valt Scholten ook zelf wel een verwijt te maken over het kenbaar maken van zijn eis van reëel bezit: in de eerste druk van zijn *Algemeen Deel* (1931, p. 85) stelde hij deze eis vanzelfsprekend nog niet (zie mijn noot 51), maar hij had haar wel kunnen opnemen in de tweede, verbeterde druk, die in juni 1934 verscheen (p. 85), omdat hij die eis wél een jaar daarvoor had gesteld in zijn *Zakenrecht* (1933).

126 J.C. Van Oven, “Dubbele levering” in: *Nederlands Juristenblad* 1926, aflevering 13, p. 37. Zie ook (in dezelfde aflevering): “Nog eens: dubbele levering”, p. 181 e.v.

127 Zie Scholten 1927, p. VIII (onder ‘Aanvullingen en Verbeteringen’): ‘Een boek als dit kost tijd om het te schrijven, ook om het te drukken; vandaar dat het nooit geheel “bij” is, zo kon van de beschouwingen die dit jaar in verscheidene periodieken over art. 2014, in verband met de z.g. dubbele leveringen, verschenen, geen notitie meer worden genomen.’ Overigens vermeldt Scholten de eis ook nog niet in de eerste druk (1931) van zijn *Algemeen Deel*: zie het citaat bij mijn noot 51. Ook in de tweede druk (1934, p. 85) is de eis van reëel bezit niet in dit citaat opgenomen.

de eis van het reële bezit op voor een geslaagd beroep op de materiële functie van art. 2014 OBW:

‘4. Het bezit moet reëel zijn.

Men kan bezit verkrijgen door werkelijke overgave van de zaak, ook door constitutum en wilsverklaring. Mag ook hij, die aldus de zaak verwierf, zich op art. 2014 beroepen? Neemt men met ons aan (...) dat om door constitutum bezit te verwerven, degeen van wie verworven werd tot beschikking bevoegd moet zijn, dan is het antwoord eenvoudig: de verkrijger is geen bezitter en kan dus art. 2014 niet invoeren. *Doch ook indien men hierover anders zou denken, kan de verkrijger toch de regel van ons artikel niet invoeren. Dit is niet het vertrouwen alleen, maar het vertrouwen dat tot een feitelijke machtsverschuiving aanleiding heeft gegeven, dat wordt beschermd. Een uiterlijk blijk der bezitsverandering is nodig om haar zulk een betekenis te verschaffen.*¹²⁸ (cursivering, HHR). (...) Wie vertrouwt op de schijn, wordt beschermd, doch deze bescherming gaat ten koste van de eigenaar. Is er dan niet alle reden de verkrijger achter te stellen als hij zelf die schijn doet voortduren? alleen hem het beroep op art. 2014 toe te kennen, die die schijn verbreekt en hem voor zich zelf verwerft? Aldus de Duitse wet (§ 933)¹²⁹, te onzent KISCH in zijn op blz. 33 aangehaald proefschrift n. 291.’¹³⁰

Deze eis leverde de nodige kritiek op.¹³¹ Zelfs Kisch (in 1932 *cum laude* bij Scholten gepromoveerd), op wiens dissertatie Scholten zich in het citaat hierboven beroept, keerde zich tegen hem. In 1952 zou hij Scholtens eis van reëel bezit aanmerken als een van de wet losstaande (‘autonome’), dus op Scholtens persoonlijke inzichten, gebaseerde billijkheidscorrectie.

‘Nu geloof ik wèl dat de morele beslissing altijd een autonome beslissing mag heten, maar nièt het omgekeerde - een beslissing kan autonoom zijn, afhankelijk van eigen mentaliteit van de beoordelaar, zonder dat de innerlijke stem, het geweten heeft gesproken.

Als illustratie diene een tweetal vragen waartoe art. 2014 BW aanleiding geeft: verdient de derde-verkrijger bescherming ook wanneer hij te kwader trouw is? en: verdient hij die bescherming ook wanneer hij – te goeder trouw – het goed verkregen niet realiter, maar constituto possessorio?

Het antwoord op beide vragen is zeker autonoom, het laat zich uit de wet niet aflezen of afleiden, maar, en hier ligt het verschil, bij de eerste vraag getuigt onze innerlijke stem, onmiddellijk en duidelijk, bij de tweede niet. Dat de mala fide verkrijger niet mag worden beschermd, dat - ik citeer Scholten's Zakenrecht - 'spreekt voor zichzelf, zoals, naar een bekend woord, het zedelijke altijd voor zichzelf spreekt. Maar dat het bezit reëel moet zijn, dat is een stelling van gans andere aard, een stelling die - ook door Scholten - op gans andere wijze wordt geadstrueerd. Toegegeven: ook deze

128 Ik merk op dat Scholtens materieelrechtelijke bescherming draait om het bezit van de *verkrijger*: bescherming wordt alleen verleend wanneer de verkrijger dat door feitelijke machtsverschuiving verkreeg. Anders: Verheul 2016, p. 592 e.v.

129 Zie voor een overzicht van de functie en totstandkoming van deze paragraaf: E.F. Verheul, ‘De rechtvaardiging voor de relativering van de levering c.p. door een bezitter: een kwestie van perspectief’ in *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* (33), Groningen: Chimaira 2016, p. 55 e.v.

130 Scholten 1933, p. 99-100.

131 Zie Salomons 1997, p. 297 e.v.; A.G. Pos, *Hypotheek op roerend goed (bezitloos pandrecht)*, Deventer: Kluwer 1970, p. 220 e.v.

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

stelling berust op eigen inzicht van de beoordelaar, maar het is geen moréél inzicht; er is niet, als bij het zedelijk oordeel, de snaar die gaat trillen, de vonk die overspringt. [cursivering, HHR].

Dat blijkt ook aanstonds zodra men zich enige discussie over de beide vragen voorstelt. Als iemand – op andere dan positiefrechtelijke gronden – bescherming van de mala fide verkrijger bepleit zeg ik: dat voël ik anders, als iemand bescherming van de verkrijger constituto possessorio verdedigt zeg ik: dat ziè ik anders (...).¹³²

Ik acht Kisch's kritiek onterecht. Volgens mij is er geen sprake van een billijkheidsoordeel. Dat ligt ook niet in de lijn der verwachting, aangezien Scholten de eis al stelde in 1906, dus al ver voordat hij op billijkheid gegronde rechtsverfijning begon toe te passen.¹³³ Sterker nog: het was nog maar één jaar geleden dat Scholten de eis van de goede trouw niet durfde te stellen en twee jaar vóórdat Van Oven hem hiertoe zou overhalen. Anders gezegd: Scholten stelde de eis van reël bezit al in de tijd dat hij zich nog strikt gebonden achtte aan wet, rechtspraak en de geschiedenis van de *Gewere*. Nu duidelijk is dat noch de wet, noch de jurisprudentie aan de eis ten grondslag liggen, ligt het voor de hand om haar oorsprong te zoeken in de geschiedenis.

Ik meen dat de eis van het reële bezit aangemerkt dient te worden als *systeemeis* en dat men dit pas kan begrijpen als men teruggaat naar het stelsel van het inheemse recht dat Scholten trachtte te verenigen met dat van het Romeinse recht. Hij baseerde zijn uitleg op het *Gewere*-recht, zoals hem dat door Huber was overgeleverd. Van fundamentele betekenis is zijn conclusie dat dit recht ten aanzien van roerende zaken wel degelijk onderscheid maakte tussen bezit en recht.¹³⁴ *Gewere* bestond uit de feitelijke macht over de zaak ('bezit'), in combinatie met een rechtsbewering. Maar de *Gewere* hóefde niet steeds samen te vallen met het materiële recht ('eigendom').¹³⁵ En zodra de materieel rechthebbende zelf vrijwillig de *Gewere* uit handen had gegeven aan een tweede hand die vervolgens het goed vervreemde, dan kon hij de zaak niet meer opeisen van de derde. De grondslag voor diens bescherming is dus de vrijwillige machtsverschuiving van de eerste naar de tweede hand. Het was immers déze machtsverschuiving die bij hem (de derde) de schijn kon opwekken dat de tweede hand tot vervreemding gerechtigd was. Er kon immers bij roerende goederen slechts één persoon de *Gewere* hebben: degene die de zaak onder zich had.¹³⁶ In dit systeem is een levering waarbij iemand, het zij de gerechtigde, het zij de tweede hand 'bezit' verschaft zonder

132 I. Kisch, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952, p. 538. Ook gepubliceerd in: I. Kisch, *Uitgelezen opstellen, Een bloemlezing uit het werk van Prof. mr. I. Kisch*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 395.

133 Zie hierboven in § 3.2.

134 Zie hierboven in § 1.

135 Salomons 1997, p. 237 merkt op dat Scholten in zijn annotatie een slordigheid begaat door te spreken van 'levering door een niet-rechthebbende' in plaats van door een 'niet-beschikkingsbevoegde' (en dat terwijl we hier te maken hebben met levering door een curator.) Wellicht kan deze slordigheid verklaard worden uit de tegenstelling 'Gewere-houder' en 'materieel gerechtigde', die aan zijn systeem ten grondslag lag.

136 Vgl. Scholten 1933, p. 85.

feitelijke macht ondenkbaar. De *Gewere* blijft dan immers waar hij is en kan geen aanleiding geven tot misverstanden. Kort en goed: een levering *constitutum possessorium* kan in dit systeem geen rechtsgevolgen teweegbrengen.¹³⁷ Dit heeft echter niets te maken met Scholtens opvattingen over wat billijk is, maar alles met het juridisch onvolmaakte inheemse stelsel dat hij trachtte een plaats te geven in het op het Romeinse recht gebaseerde rechtsstelsel van het OBW. Daarom laat ik hier achterwege een bespreking van Scholtens eerste argument, waarin hij zich baseerde op het uit het Romeinse recht stammende, in art. 592 OBW vervatte uitgangspunt dat niemand de grondslag van zijn bezit voor zichzelf kan wijzigen, *nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest*.¹³⁸

Ter voorkoming van misverstanden merk ik op dat Scholten het *constitutum possessorium* wél accepteerde voor het bewerkstelligen van een *eigendomsoverdracht*.¹³⁹ Hij wenste er echter alléén rechtsgevolgen aan te verbinden indien die overdracht plaatsvond door een beschikkingsbevoegde op grond van een geldige titel: hij zag géén plaats voor deze leveringsvorm bij toepassing van art. 2014 OBW, dat de lagere lat hanteert van wat men tegenwoordig aanduidt als *bezitsverschaffing* (vroeger ook wel: *bezitsoverdracht*). Scholtens afwijzing is logisch wanneer men zich bedenkt dat de materieel gerechtigde, wanneer het ging om roerend goed, zijn tweede hand de *Gewere* niet kon verschaffen zonder een feitelijke overdracht van het goed en dat de tweede hand op zijn beurt zelfs niet eens ‘de schijn van het materiële recht’ (de grondslag voor de processuele functie) verschafte zonder feitelijke overhandiging van de zaak in kwestie.

Ter verduidelijking bespreek ik de volgende casus met een tweetal verwickelingen:

Caféhouder A (eigenaar) verkoopt zijn meubilair aan schuldeiser B, zijn bierleverancier. A levert *constitutum possessorium* aan B en heeft het meubilair voortaan feitelijk onder zich als houder krachtens een bruikleenovereenkomst met B.

Scholten zou deze transactie goedkeuren (een rechthebbende is in staat om c.p. te leveren) en B als de nieuwe eigenaar aanmerken.

137 Vgl. voor de doorwerking van deze gedachte in ons huidig recht ook art. 3:90 lid 2 BW (waarover hieronder meer): Blijft de zaak na levering in handen van de vervreemder, dan werkt de levering tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft, eerst vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen, tenzij de oudere gerechtigde met de vervreemding heeft ingestemd. Vgl. in dit verband ook Verheuls onderzoek (aangehaald in mijn noot 129) naar de rechtvaardiging van art. 3:90 lid 2 BW, p. 60 e.v.

138 Zie hierover bijv. Lokin/Brandsma, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeins-rechtelijke teksten*, Den Haag: Boom juridisch, 2016, p. 133 e.v.

139 Vgl. Salomons 1997, p. 298 e.v.

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

Vervolg I: A is echter opnieuw in geldnood en hij weet zijn crediteur C (een concurrerende bierbrouwer) over te halen ‘zijn’ meubilair te kopen. Hij levert opnieuw *constitutum possessorium* en houdt daarna als bruiklener voor C. Wat is nú rechtens?

In de onderlinge verhouding tussen B en C zou Scholten B aanmerken als rechthebbende, omdat hij eigendom verkreeg door overdracht *constitutum possessorium* door een beschikkingsbevoegde A, krachtens geldige titel. C telt niet mee.

Vervolg II: A verkeert wederom in geldnood en verkoopt het meubilair andermaal. Ditmaal levert hij het feitelijk aan schuldeiser D, die te goeder trouw is. Wat is nú rechtens?

D heeft, anders dan C, *reëel bezit* verworven. In een confrontatie met B kan D zich beroepen op art. 2014 OBW: hij heeft te goeder trouw krachtens geldige en bezwarende titel reëel bezit verworven. Weliswaar is B eigenaar, maar hij stond de feitelijke macht (‘de *Gewere*’) vrijwillig af aan A, die daardoor de schijn van rechthebbendheid kon opwekken, waarop D voortbouwde. Hierdoor kan B de revindicatie niet inzetten tegen D: D is ‘veilig’. De materieelrechtelijke functie heeft hier dus een ‘zwakke werking’.

De volgende paragraaf bespreekt de vraag wanneer Scholten acquisitieve werking aan de materieelrechtelijke functie toekende, met andere woorden: wanneer hij D ook zou aanmerken als *eigenaar*. Op dat moment heeft de materieelrechtelijke functie een ‘sterke werking’.

4. De toekenning van acquisitieve werking aan de materieelrechtelijke functie

Pas in zijn laatste bewerking van *Zakenrecht* (1945) merkte Scholten de verkrijger van een zaak die voldeed aan alle eisen van de materieelrechtelijke functie aan als eigenaar, mits het geen verloren of gestolen zaak betrof. Dit was een novum, want in eerdere edities verklaarde hij een dergelijke verkrijger slechts ‘veilig’ voor revindicatie.¹⁴⁰

Scholtens terughoudendheid om de verkrijger aan te merken als eigenaar vloeit voort uit zijn uitgangspunt dat het voorschrift zou onderscheiden tussen bezit en eigendom. Hij wees met name op het tweede lid, dat een actie gaf om de gestolen of verloren zaken op te

¹⁴⁰ Vergelijk bijv. het citaat hierboven bij mijn noot 47.

vorderen. Hij duidde deze actie als de revindicatie van de eigenaar.¹⁴¹ Het bestaan van deze bevoegdheid bracht volgens hem mee dat het bezit uit het eerste lid dan *niet* als eigendom kon gelden: het recht diende te onderscheiden tussen feitelijke heerschappij en rechtsheerschappij.¹⁴²

Daarentegen merkte Scholtens medestander Van Oven al in 1908 een derde-verkrijger te goeder trouw van een niet gestolen of verloren zaak aan als eigenaar.¹⁴³ Terwijl Scholten Van Oven snel volgde met het stellen van het vereiste van goede trouw voor een beroep op

141 Zie hierboven mijn noot 71. Ik merk op dat ook over het karakter van de opvolger van het voorschrift (art. 3:86 lid 3 BW) nog steeds onenigheid bestaat: is het een revindicatie of een reclamerecht? Zie W.J. Zwolve, *Bezit geldt als volkomen titel. Enige opmerkingen over gestolen zaken en de rechtsvordering van art. 3:86 lid 3 BW*, in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2014-3, p. 95 e.v.; Verheul, E.F. De puzzel van art. 3:86 lid 3 BW in: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2020(6), 139-142; W.H.M. Reehuis & E.F. Verheul 2022, p. 32 e.v. Zwolve bepleit het aannemen van een reclamerecht. Daarmee neemt hij dezelfde positie in als Meijers voor het oude recht. Van rechtshistorische betekenis is dat deze vraag voor het oude recht besproken is in de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot Wegneming van Onjuistheden en Aanvulling van Leemten in de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving, Nieuw Burgerlijk Wetboek, nummer toegang 2.09.75, inventarisnummer 180. In de eenenzestigste Vergadering, gehouden op 23 December 1939, beraadslaagde de Subcommissie opnieuw over het bestrijden van schijnakten en de notulen (p. 650-651) vermelden de volgende gedachteswisseling tussen met name de leden Meijers en Scholten:

‘De heer Meyers wijst er op, dat zich hier dezelfde vraag voordoet als art. 2014 B.W. voor de eigenaar. Welke is de positie van degene wiens zaak verloren of ontvreemd is, voor hij haar teruggevorderd heeft. Is hij eigenaar of heeft hij alleen de actie der revindicatie? Het laatste moet worden aangenomen.

De heer Scholten is het hiermede niet eens. Volgens hem kan de door Mevrouw Schönfeld voorgestelde schrapping worden aanvaard.

De heer Meyers is nog niet geheel bevredigd. Indien art. 2014 1.2 alleen een actie geeft, is het uitgangspunt van Mevrouw Schönfeld onjuist. En het eerste moet men wel aannemen, anders is niet te verklaren waarom art. 2014 1.2 de actie slechts voor 3 jaar geeft. De vraag zal zich bijv. voordoen dat, vóór de terugverkrijging “door de verliezer of bestolene, een nieuw pandrecht gevestigd is; welk pandrecht prevaleert dan?

Mevrouw Schönfeld merkt op, dat de vraag van de heer Meyers inderdaad een vraag is van eigendomsrecht, niet echter van pandrecht, omdat het niet mogelijk is dat twee mensen tegelijkertijd eigenaar zijn maar wel dat de een pandgerechtigde is, terwijl eventueel de vraag wie eigenaar is twijfelachtig is.

De heer Meyers vraagt, waarom in de opvatting dat de verliezer eigenaar blijft, hij dat recht na drie jaar verliest.

De heer Scholten antwoordt: omdat het uit de wet (art. 2014) volgt. Overigens kan ook de laatste zin van art. II vervallen. Het daar gestelde spreekt vanzelf.

De heer Meyers is het hiermede eens. Krachtens art. 1188 kan ook de verhuurder revindicatoir beslag leggen. Ook daar is een nadere uitwerking van dat recht niet gegeven.’

142 Vergelijk het citaat bij mijn noot 26.

143 Van Oven *WPNR* # 2016 (1908), p. 420: ‘Maar dat toont juist aan hoeveel meer dan de heersende leer deze leer in overeenstemming is met het stelsel onzer wet: terwijl de laatste alle wijzen van eigendomsverkrijging opslokt in één (daarmee tegelijkertijd heel de eigendom verslindend) laat de moderne leer alle wijzen van eigendomsverkrijging intact, brengt alleen in één harer een wijziging aan: *de levering wordt bij haar een originaire in plaats van een derivatieve wijze van eigendomsverkrijging* (cursivering, *HHR*): voor hare werking is niet meer vereist dat de leveraar het recht toekwam. Rien n’est plus simple.’

de materieelrechtelijke functie, duurde het dus langer voordat hij acquisitieve werking toekende aan deze functie. Die toekenning roept verder twee vragen op. Ten eerste: wanneer kwam Scholten tot het inzicht dat men feitelijke heerschappij soms tóch gelijk mag stellen met rechtsheerschappij? De tweede vraag hangt nauw met de eerste samen: wat bracht hem tot dit inzicht?

4.1 Wanneer koos Scholten voor acquisitieve werking?

Salomons behandelt in zijn proefschrift de dateringskwestie. Hij vermoedt dat Scholten in ieder geval reeds in 1927 overtuigd was van de acquisitieve werking van art. 2014 lid 1.¹⁴⁴ Ik denk dat deze datering juist is.¹⁴⁵ Uit uiteenlopende bronnen blijkt dat Scholten al vóór 1945 de bezitter van roerende zaken die voldeed aan de eisen van de materiële functie als eigenaar aanmerkte, mits er geen sprake was van de uitzonderingen van het tweede lid. Zo spreekt hij zich al duidelijk uit op 23 december 1939, in een met Meijers gevoerde discussie in de Subcommissie.¹⁴⁶ Salomons wijst verder op Scholtens naschrift in het *WPNR* van 13 februari 1937 op een vraag van Smalbraak.¹⁴⁷ Dat Scholten al vóór de zevende druk (1933)

144 Salomons 1997, p. 234 e.v. (par. 2.2): ‘Het is een moeilijke vraag, in welk jaar Scholten nu tot de overtuiging kwam dat degeen die zich op de materieelrechtelijke functie van bezit mag beroepen, inderdaad eigenaar is. De genoemde gespletenheid in de zesde (1927, *HHR*) en zevende druk (1933, *HHR*) zou erop kunnen wijzen, dat Scholten pas rond 1933 zijn twijfel had overwonnen. Toch vermoed ik, dat Scholten reeds in 1927 van mening was, dat de materieelrechtelijke functie van bezit een acquisitief karakter heeft. Dat de passages in de zesde en zevende druk, die tot onzekerheid hierover aanleiding geven, niet geschrapt zijn, hangt vermoedelijk samen met de omstandigheid dat het om bewerkingen van een handboek gaat; meer betekenis moet daarbij worden toegekend aan nieuwe toevoegingen dan aan onveranderd overgenomen passages. Welnu, in de zesde druk uit 1927 heet het voor het eerst: ‘verkrijging a non domino doet bij goede trouw eigendom ontstaan.’ [Asser-Scholten (6de druk 1927), p. 96.] In zijn beroemde, in 1925 verschenen artikel ‘Bezit en bewijs bij de revindicatie’ ging Scholten nog niet verder dan het ‘tegen opvordering veilig zijn’. [P. Scholten, “Bezit en bewijs bij de revindicatie”, *WPNR* 2897 e.v. (1925) opgenomen in: *Verzamelde Geschriften* III (Zwolle 1951), pp. 462-481, aldaar 468 en 478.] In 1933 veranderde dit, zoals gezegd, en ook in het Algemeen Deel uit 1931 omschrijft Scholten de materieelrechtelijke functie aldus: ‘wie een roerende zaak te goeder trouw onder bezwarende titel verkrijgt van een niet-eigenaar wordt eigenaar.’ [Asser-Scholten, Algemeen deel (3de druk (1974), te dezen identiek aan de 1ste druk uit 1931), p. 63.]

145 Salomons 1997, p. 236 e.v. sluit niet uit dat Scholten misschien reeds in 1906 tot de overtuiging is gekomen dat de materieelrechtelijke functie acquisitieve werking heeft. Ik meen dat deze slotsom berust op een onjuiste lezing van Scholtens noot, die op p. 65 van zijn eerste bewerking van *Zakenrecht* (1905) niet de materieelrechtelijke functie bespreekt, maar de destijds heersende leer (die een verkrijger te goeder trouw zeker zou aanmerken als eigenaar: ‘Als er één ding in de leer [cursivering, *HHR*] van 2014 vaststaat, dan is het toch wel dit dat de bona-fide verkrijger, wien de zaak geleverd wordt door een niet-rechthebbende, eigenaar wordt (vgl. mijne bewerking van Asser, II blz. 65.)’

146 Zie hierboven, mijn noot 141.

147 Salomons 1997, p. 235, verwijst naar Scholten 1937, *WPNR* # 3503, p. 73: ‘Ik ben de Redactie van het *W.P.N.R.* erkentelijk, dat zij mij de gelegenheid geeft mijn standpunt ten aanzien van de door de inzender besproken vraag aan te geven. Dit is geen ander dan dat van de inzender. Ik onderschrijf zijn conclusies. De term “legitimatie”, waarmee men moeite schijnt te hebben, is gekozen om het verband tussen de processuele functie en de materieelrechtelijke aan te wijzen. Wie gelegitimeerd is op grond van zekere

acquisitieve werking toekende aan het voorschrift blijkt uit zijn *Algemeen Deel* uit 1931.¹⁴⁸ In zijn op 4 juli 1925 verschenen stuk in het *WPNR* ging hij inderdaad nog niet zo ver.¹⁴⁹ Er bestaat dus alle reden om de zesde druk uit 1927 nader onder de loep te nemen. Salomons meldt het volgende:

‘In de zesde druk bleef de genoemde formulering gehandhaafd (‘dat wie a non domino verkrijgt, veilig is en beschermd wordt tegen opvordering’, *HHR*), maar voegde Scholten hier onder het kopje ‘ten slotte nog enkele opmerkingen’ aan toe: ‘Verkrijging a non domino doet bij goede trouw eigendom ontstaan, met uitzondering dan van verloren goed.’¹⁵⁰ Dit zou verkrijgende verjaring overbodig maken, en bovendien was het bestaan van bezitsbescherming (hetgeen door Van Oven was verdedigd) niet nodig, omdat de bezitter werd vermoed eigenaar te zijn; overigens kon art. 1401 BW hulp bieden bij bezitsstoornis. Onder de opsomming van de wijzen waarop eigendom wordt verkregen, staat de cryptische toevoeging, dat het een uitvloeisel van de legitimatieleer is, ‘dat herhaaldelijk de legitimatie, die de bezitter krachtens zijn bezit toekomt, het op een der wijzen van eigendomsverkrijging gegrond recht van de eigenaar doet wijken en deze eigendom aldus ten behoeve

feiten wordt voor gewettigd gehouden zolang niet een ander zijn beter recht bewijst. De verkrijger is inderdaad eigenaar indien geen der uitzonderingen die de werking van 2014 uitsluiten (zie *Zakenrecht* blz. 98 vlg.) zich voordoen. (...)’

148 Zie het citaat bij mijn noot 51.

149 Zie mijn noot 144.

150 *Asser-Scholten* (6de druk 1927), p. 96. Scholten volgt hier de ‘ruime leer’ ten aanzien van art. 2014 lid 2; ‘verlies’ omvat zowel ‘kwijtgeraakt’ en ‘ontvreemd’ als andere vormen van vrijwillig bezitsverlies. Salomons 1997, p. 230, noot 12 bespreekt uitgebreid de ontwikkeling die Scholten sinds zijn eerste bewerking doormaakte ten aanzien van het tweede lid: ‘Ten aanzien van art. 2014 lid 2 merkt Scholten (in 1905, *HHR*) op, dat de opvordering bij verlies of ontvreemding in zijn ogen een echte revindicatie is, en derhalve alleen aan de eigenaar toekomt. Onder ‘verlies’ moet, zijns inziens, elk bezitsverlies tegen de wil van de bezitter worden verstaan, en niet slechts het ‘zoekraken’, zoals de Hoge Raad in zijn ‘Vriessse Veem-arrest’ van 29 juni 1883, *W.* 4929 (1883), had gesteld (zie hoofdstukken VII § 2.1 en X § 2.5). Ten slotte stelt hij in deze druk nog dat *iure constituendo* het onderscheid tussen gestolen en verduisterde goederen zou moeten vervallen, daar in beide gevallen het gebrek niet geacht kan worden bekend te zijn aan de derde-verkrijger; pp. 67-68. Dit laatste is kennelijk over het hoofd gezien door I. KISCH, “Paul Scholten en de rechtsvinding”, *WPNR* 314 (1975), pp. 537-551, aldaar 542-543: ‘Ik moet het Scholten dan maken tot grief dat hij – juist hij, met zijn kritische zin – de onderscheiding van artikel 2014 [tussen vrijwillig en onvrijwillig bezitsverlies, AFS] uiteenzet zonder enige bedenking, en haar zelfs tracht te rechtvaardigen.’ Bedenkingen tegen het onderscheid had Scholten zeker, doch hij veranderde sedert 1905, in welk jaar hij het onderscheid *iure constituendo* nog vervallen wilde zien, van mening: in de vijfde druk van het *Zakenrecht* kwam hij op de opmerking aarzelend terug (p. 81). De passage over de onwenselijkheid van het onderscheid werd geschrapt in de zesde druk (1927). Ook in de zevende druk keerde zij niet terug, doch nu wees Scholten erop dat ‘over de rechtvaardiging van de regel [art. 2014 lid 2] verschillend gedacht’ wordt, met verwijzing naar de dissertatie van Kisch (*Zakenrecht* (7de druk 1933), p. 102); niettemin achtte hij de revindicatiemogelijkheid bij onvrijwillig bezitsverlies juist, in verband met de afwezigheid van ‘toedoen’ bij de gedeposedeerde eigenaar. Dit bleef gehandhaafd in de achtste druk uit 1945 (p. 104), aangevuld met een verwijzing naar Suijlings *Zakenrecht* uit 1940, alwaar Suijling een rechtvaardiging zoekt voor derdenbescherming bij verduistering in de omstandigheid dat de eigenaar vertrouwen stelde ‘in een onbetrouwbare hand’ (p. 323). Kort samengevat: aanvankelijk achtte Scholten het onderscheid tussen diefstal en verduistering niet gerechtvaardigd, doch later kwam hij hierop – schoorvoetend – terug, daar hij het ‘begrijpelijk’ achtte dat men toch bescherming wilde verlenen aan de eigenaar die tegen zijn wil zijn zaak verloor.’

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

van de bezitter doet verloren gaan.’¹⁵¹ Een ruiterlijke erkenning dat art. 2014 acquisitieve werking kan hebben, is dit niet. Toch heet het verderop weer: ‘overdracht door hem, die niet gerechtigd is over het goed te beschikken, maakt de verkrijger van roerend goed eigenaar.’¹⁵²

Salomons signaleert een discrepantie: wanneer Scholten de eigendomsverkrijging behandelt erkent hij niet ruiterlijk dat art. 2014 acquisitieve werking kan hebben, maar in zijn bespreking van overdracht kent hij – onder voorwaarden – wel eigendom toe aan een verkrijger, zelfs indien de overdracht niet is geschied door iemand ‘die gerechtigd is over de zaak te beschikken’. Voor het gemak geef ik beide citaten wat uitgebreider weer:

‘C. Hoe eigendom wordt verkregen.

(...) Is men met ons van mening, dat de heersende leer onjuist is, dan zal men toch moeten erkennen, dat door het beginsel van art. 2014 de praktische betekenis van sommige hier besproken bepalingen niet groot is, dat herhaaldelijk de legitimatie, die de bezitter krachtens zijn bezit toekomt, het op een der wijzen van eigendomsverkrijging gegrond recht van de eigenaar doet wijken en deze eigendom aldus ten behoeve van de bezitter doet verloren gaan. (zie boven 92).’

‘C. De overdracht moet geschieden door hem “die gerechtigd is over de zaak te beschikken”.

Ten aanzien van roerend goed wordt deze regel voor een groot deel opgeheven door de regel van art. 2014 B.W. Overdracht door hem, die niet gerechtigd is over het goed te beschikken, maakt de verkrijger van roerend goed eigenaar – behalve indien hij te kwader trouw is of het gestolen of verloren goed betreft. (...)’

Volgens mij is er geen sprake van een cryptische toevoeging: ik acht Scholten volstrekt duidelijk. Er ontbreekt alleen nog een cruciaal stukje van de puzzel dat Salomons over het hoofd zag. Dat is de eis van de bezwarende titel, die Scholten in 1927 voor het eerst stelde voor de materiële functie.¹⁵³ Scholten verwijst in het eerste citaat terug naar p. 92, de plaats waar hij zijn legitimatieleer begint uit te werken. Over de materiële functie schreef hij:

‘In de tweede plaats moet de bezitter de zaak verkregen hebben onder bezwarende titel. *Er is geen reden de begiftigde te stellen boven de oude eigenaar* (cursivering, HHR). Vgl. Merlin “Questions de droit” bij Revindication. In onze jurisprudentie vond ik geen voorbeeld. En ten derde moet de zaak door de vroeger gerechtigde vrijwillig uit handen gegeven zijn, *alleen dan vindt de wet aanleiding zijn recht op de zaak bij dat van de verkrijger te doen achterstaan* (cursivering, HHR).’¹⁵⁴

Scholten vermeldt hier uitdrukkelijk dat als niet aan de eis van bezwarende titel voldaan is, er geen reden bestaat om de verkrijger te plaatsen boven de eigenaar. De eigenaar behoudt dus zijn recht en kan op grond daarvan revindiceren. *A contrario* ziet Scholten wél reden om een derde-verkrijger boven de voormalige eigenaar te plaatsen als aan deze (en de

151 *Asser-Scholten* (6de druk 1927), p. 133.

152 *Asser-Scholten* (6de druk 1927), p. 155.

153 Zie ook hierboven § 2.3.1.

154 Het volledige citaat is opgenomen bij mijn noot 102.

overige) materieelrechtelijke eisen voldaan is, met andere woorden: dan verwerft hij het recht van eigendom. Op deze wijze moet men ook de ‘cryptische’ toevoeging lezen: het zal vaker voorkomen dat de verkrijger een contraprestatie levert dan dat hij de zaak ten geschenke kreeg en daarom zal ‘herhaaldelijk de legitimatie, die de bezitter krachtens zijn bezit toekomt, het op een der wijzen van eigendomsverkrijging gegrond recht van de eigenaar doen wijken en deze eigendom aldus ten behoeve van de bezitter doen verloren gaan.’

In het citaat spreekt Scholten bovendien van een *recht* van de verkrijger en wel van een recht dat sterker is dan dat van een *vroegere gerechtigde die de zaak vrijwillig uit handen gaf*. Ik concludeer dat Scholten pas op zijn vroegst in 1927 acquisitieve werking aan de materieelrechtelijke functie toekende. Hieronder zet ik zijn motief daarvoor uiteen.

4.2 Waarom koos Scholten voor acquisitieve werking?

‘Dit mag wel uit deze voorbeelden gebleken zijn dat, als onze wet goede trouw van derden in bescherming neemt tegenover overeenkomsten van anderen, zij die bescherming niet beperkt tot bepaalde, bijv. enkel tot de obligatoire gevolgen van die overeenkomsten, maar alle, en vooral ook de zakelijke gevolgen, gelijkelijk onder haar hoede neemt. Zij aarzelt niet het beginsel, dat alleen aan de eigenaar zakelijk recht kan worden ontleend, op zij te zetten, als goede trouw en verkeersbelang dat eisen. (vetgedrukte zin, HHR)’¹⁵⁵

Dit citaat bevat de blauwdruk en rechtvaardigingsgrond voor het toekennen van acquisitieve werking aan de materieelrechtelijke functie. Thiel stelt twee eisen aan de rechtvaardiging van de inbreuk op het beginsel dat alleen aan de eigenaar een zakelijk recht kan worden ontleend: goede trouw en het verkeersbelang. Is hieraan voldaan, dan staat de wet toe het beginsel opzij te zetten. Ik wees er hierboven op dat Thiel het verkeersbelang slechts aanwezig acht indien de derde het bezit van de zaak verkreeg onder bezwarende titel.

Scholten wenste Thiels ‘goede greep’, waaronder hij met name het aspect noemde van de *eigendomsverkrijging van roerend goed*, toe te passen om licht te werpen op art. 2014, omdat deze regeling volgens hem zonder Thiels inzichten ‘nog geen bevredigende verklaring had gevonden’.¹⁵⁶ Inderdaad kan aan Scholten toegegeven worden dat de regeling van art. 2014 nog onbevredigend was. Dat gold natuurlijk voor de door hem bestreden leer dat bezit gelijk stond aan eigendom, maar ook Scholtens *eigen* leer was nog onvolgroeid. Weliswaar onderscheidde de materiële functie tussen feitelijke heerschappij en rechtsheerschappij, maar Scholten was er nog niet in geslaagd een dwarsverband aan te brengen tussen het Germaansrechtelijke bezitsbegrip en de Romeinsrechtelijke eigendom. Dat uitte zich met name in het feit dat de materiële functie alleen diende ter afweer van de revindicatie: de beschermde derde-verkrijger was slechts ‘veilig’, Scholten bleek nog niet in staat hem een materieel recht toe te kennen. Dat was ook onmogelijk, juist omdat men onderscheid

¹⁵⁵ Thiel 1903, p. 229.

¹⁵⁶ Zie hierboven het citaat bij mijn noot 106.

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

diende te maken tussen bezit en eigendom! Zeker bezien vanuit het door Scholten als uitgangspunt genomen Romeinsrechtelijk stelsel is deze uitkomst dogmatisch onbevredigend: hoe kan een bezittende derde-verkrijger de revindicatie van de eigenaar afweren zónder eigen recht?¹⁵⁷

Het is dus geen wonder dat Scholten interesse toonde in Thiels constructie van eigendomsverkrijging van roerend goed. Die bleek immers in staat om op wettelijke grondslag een recht van eigendom bij de derde-verkrijger te construeren en omdat Thiel daarvoor méér eiste dan louter bezitsverkrijging sloot deze constructie naadloos aan op Scholtens leer. Bovendien ‘paste’ deze eigendomsverkrijging ook in het stelsel van het Romeinse recht, dat alleen eigendom aannam bij ‘gekwalificeerd bezit’, of, zoals Van Oven het reeds in 1908 treffend verwoordde: ‘bezitsverkrijging benevens nog iets’.

‘Teder die zich op eigendom beroept en die de ontstaansvoorwaarden van dat recht dus moet bewijzen, beroept zich en moet bewijzen: bezitsverkrijging benevens nog iets. Dat “nog iets” is hetzij de omstandigheid dat de zaak aan niemand toebehoorde, hetzij die dat het bezit door verloop van jaren als het ware was geconsolideerd. Occupatie en verjaring zijn de enige wijze waarop men zijn eigendom kan bewijzen; immers wie zich op erfopvolging of levering, op successie in één woord beroept, moet altijd bewijzen dat zijn auctor juris het recht toekwam, m.a.w. moet altijd ten slotte terecht komen op occupatie of verjaring. (Afgezien dan van de enkele gevallen der toewijzing van Staatswege).’¹⁵⁸

Welbeschouwd breidt de materiële functie van de legitimatieleer het stelsel van eigendomsverkrijging dus uit met een derde grondslag. Behalve bij occupatie van een *res nullius* en voltooiing van de verkrijgende verjaring ontstaat het recht van eigendom eveneens wanneer een derde te goeder trouw het (reële) bezit verwerft op grond van een geldige en bezwarende titel van een beschikkingsonbevoegde tweede hand aan wie de eerste hand de zaak vrijwillig uit handen had gegeven.

157 Salomons 1997, p. 234 vertolkt treffend deze - vanuit het Romeinse recht bezien - onbevredigende uitkomst: ‘Het is opmerkelijk dat Scholten in de eerste door hem bewerkte drukken van het *Zakenrecht* ontkende dat de verkrijger te goeder trouw eigenaar wordt: hij sprak slechts van ‘is veilig’ en ‘wordt beschermd’ (hiermee een echo vormend van de zo onsuccesvolle uitleg van Opzoomer): de materieelrechtelijke functie van art. 2014 is derhalve slechts defensief, en niet acquisitief. Echter, juist omdat een bezit te goeder trouw deze defensieve functie heeft, is het op zich reeds een ‘beter recht’ dan dat van de beschikkingsonbevoegde vervreemder. Art. 2014 is derhalve nimmer te verzoenen met de *nemo plus*-regel, en dus is het halfslachtig om de verkrijger te goeder trouw niet tot eigenaar te bestempelen. Bovendien is acquisitieve werking wenselijk, omdat een zak die eenmaal onbevoegdlijk is vervreemd, anders nooit meer in eigendom kan worden overgedragen, en men via een omweg toch weer uitkomt bij de leer van Meijers, dat bezit te goeder trouw en eigendom (opgevat als het meest omvattende recht op een zaak) identiek zijn.’

158 Van Oven 1908 (*WPNR* # 2016), p. 419. Hierover: Runia 2016, p. 369 e.v.

5. Het eindpunt van Scholtens leer: zijn laatste bewerking van *Zakenrecht* (1945)

Paul Scholten nam op 25 oktober 1945 afscheid van de Universiteit van Amsterdam, waar hij tot 17 september hoogleraar was geweest.¹⁵⁹ Hij overleed kort daarna op 1 mei 1946 ten gevolge van een hartaanval. Dit betekent dat de in augustus 1945 verschenen achtste druk van zijn bewerking van *Zakenrecht* de laatste versie van zijn legitimatieleer bevat. In deze druk treft men alleen het voorwoord aan van de vierde druk uit 1905 en dat van de achtste druk zelf: de voorwoorden uit de tussenliggende drukken ontbreken. Het is denkbaar dat Scholten hiertoe overging omdat hij zijn bewerking als afgerond beschouwde en dat wilde benadrukken door het begin- en het eindpunt op te nemen.¹⁶⁰ In ieder geval bevat deze druk de finale versie van zijn legitimatieleer. Hieronder beschrijf ik de laatste stand van zaken van de processuele functie, de materieelrechtelijke functie en het tweede lid van art. 2014 OBW.

5.1 De processuele functie

De processuele functie houdt in dat de bezitter in een proces voor eigenaar gehouden wordt. Zij is niet omstreden en Scholten heeft haar beschrijving sinds zijn eerste bewerking niet ingrijpend gewijzigd. Dit blijkt uit een vergelijking van de verschillende drukken.¹⁶¹

Het is vermeldenswaardig dat Scholten in *Zakenrecht* (1927) voor het eerst een apart kader ‘Oud-Frans Recht’ opnam en meer aandacht besteedde aan het Franse recht.¹⁶² In deze druk vinden we ook - in navolging van een eerder opstel - de Franse schrijver Saleilles vermeld als ‘aanwijzer van de onderscheiding tussen de beide functies van art. 2014.’

Verder bevat deze druk voor het eerst een kader ‘Processuele functie’ waarin Scholten een (korte) historische samenvatting geeft van de spreuk “Possession vaut titre” en dit in verband brengt met de Nederlandse rechtspraak (m.n. het arrest Veltman-Kooper).¹⁶³ Van

¹⁵⁹ Zie mijn noot 3 voor gegevens van de publicatie van zijn afscheidsrede.

¹⁶⁰ Een aanwijzing hiervoor zou men kunnen menen te vinden in Scholtens (stenografisch opgenomen) dankwoord in zijn afscheidsrede, p. 44.

¹⁶¹ Zo schreef hij in 1905: ‘Historisch gezien is de betekenis van de regel van art. 2014 dus deze: het bezit legitimeert de bezitter als eigenaar; wie door zijn bezit eigenaar schijnt te zijn, worde voor eigenaar gehouden, (...)’ [Scholten 1905, p. 64-65.] In 1913 luidde de tekst: ‘1°. Wie eigendom van roerend goed beweert, kan ter staving zijner bewering volstaan met bewijs van bezit. Beroep op een titel van verkrijging is niet nodig. Beweert de tegenpartij, dat desondanks eigendom niet bestaat, dan is het aan hem dat te bewijzen.’ [Scholten 1913, p. 77]. In 1927 verscheen voor het eerst de benaming ‘processuele functie’: ‘Bezit van roerend goed legitimeert als rechthebbende. De bezitter wordt vermoed eigenaar te zijn, (...) Dit heeft geleid tot deze twee regels: A. Wie eigendom van roerend goed beweert, kan ter staving zijner bewering volstaan met bewijs van bezit. Beroep op een titel van verkrijging is niet nodig. Beweert de tegenpartij, dat desondanks eigendom niet bestaat, dan is het aan hem, dat te bewijzen. (Processuele functie van art. 2014.) (...)’ [Scholten 1927, p. 97-98].

¹⁶² Vergelijk echter reeds de bewoordingen (zonder kader) in: Scholten 1905, p. 64.

¹⁶³ Zie over dit arrest hierboven mijn noot 65 en Scholtens eerdere bespreking van dit arrest in *WPNR* # 2898 (1925), p. 497 e.v. (waarin hij ook voor het eerst Saleilles noemt).

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

belang lijkt verder op te merken dat Scholten deze regel verduidelijkt met de opmerking dat de gedaagde bezitter wel een titel moet *stellen*.

‘De gedaagde moet dus bij revindicatie van roerend goed evenzo als van onroerend goed tegenover eisers bewijs van zijn vroegere eigendom een titel, d.i. een wijze van eigendomsverkrijging *stellen*; te bewijzen hoeft hij haar niet, de eiser moet aantonen, dat de titel niet bestaat, dat hij niet heeft gekocht of ten geschenke ontvangen, dat de schenking of koop nietig is, dat de vervreemder onbekwaam was, of wel hij (ged.) zonder enig recht de zaak onder zich heeft of wat dies meer zij.’¹⁶⁴

Toch is het vereiste van deze ‘stelplicht’ minder verrassend dan zij op het eerste gezicht lijkt: reeds in 1905 vermeldde Scholten dat een beroep op processuele bescherming van de *Gewere* (‘bezit’) gepaard diende te gaan met een ‘bewering van recht’.¹⁶⁵

In de volgende drukken handhaaft Scholten zijn omschrijving van de regel met de processuele functie: zij is ongewijzigd in 1933 en 1945. Wel vult hij zijn kader aan met verwijzingen naar Frans recht en Nederlandse jurisprudentie. In 1933 bespreekt hij voornamelijk Frans recht:

‘Terecht wijst PICARD (n. 374 bij PLANIOL – RIPERT) er op, dat deze functie van de bepaling vooral werkt, als na het overlijden van iemand tot diens boedel behoord hebbende goederen in handen van derden worden gevonden. Niet de derde moet aantonen hoe hij die zaken verkregen heeft, maar de erfgenamen waaróm de derde ondanks zijn bezit niet eigenaar is. De Fransen stellen daarvoor de eis, dat het bezit reëel en niet dubbelzinnig is (goederen bij een dienstbode gevonden). Vgl. n. 376, 377. In deze zin ook Rb. Amsterdam, 11 Jan. 1932, W. 12481.’¹⁶⁶

Ik wees er al op dat Scholten de later ook door hem gestelde eis van reëel bezit al in de druk van 1927 had willen stellen.¹⁶⁷ Weliswaar deed ik dat aan de hand van de materiële functie, maar omdat Scholten zowel die als de processuele functie ontleende aan de *Gewere*, geldt *mutatis mutandis* hetzelfde. Ook de uitleg van de *saisine* in het Franse recht verschilt op dit punt niet van die van de *Gewere*. Wel verduidelijkt Scholten in *Zakenrecht* (1945) zijn eis in zoverre dat het reële bezit ook ondubbelzinnig (*non équivoque*) dient te zijn:¹⁶⁸

164 Scholten 1927, p. 94.

165 Zie hierboven het citaat bij mijn noot 34.

166 Scholten 1933, p. 97.

167 Zie mijn noot 127. Zie verder ook mijn noten 105 en 125 (in fine).

168 Ik merk op dat Scholten de tekst bewust heeft aangepast: in 1945 schrapte hij in de voorafgaande alinea zijn verwijzing naar de eis van reëel bezit: ‘Terecht wijst PICARD (n. 374 bij PLANIOL – RIPERT) er op, dat deze functie van de bepaling vooral werkt, als na het overlijden van iemand tot diens boedel behoord hebbende goederen in handen van derden worden gevonden. Niet de derde moet aantonen hoe hij die zaken verkregen heeft, maar de erfgenamen waaróm de derde ondanks zijn bezit niet eigenaar is. Vgl. n. 376, 377.’ In het vervolg in 1945 benadrukt hij met name het ondubbelzinnig bezit (zie het citaat bij mijn noot 169). Vgl. t.a.p. ook Salomons 1997, p. 359: ‘Het vereiste van niet-dubbelzinnig bezit heeft, toegepast op de processuele functie van art. 2014, een geheel andere betekenis: het heeft geen ander doel

‘Zie intussen wat hieronder omtrent het reële van het bezit is opgemerkt. Ook hier zal deze gedachte – dat uit de feiten *ondubbelzinnig* moet blijken, dat de betrokkene en niet zijn tegenpartij bezitter is – haar invloed doen gelden. Het kan bij samenwoning onduidelijk zijn wie bezitter is. Dan baat beroep op 2014 niet. Men kan met beroep op *schijn* van recht volstaan, maar de toestand moet dan ook werkelijk zo schijnen als wordt beweerd. Vgl. Rb. Amsterdam 11 Jan 1932, W. 12481, Rb. Rotterdam 24 Juni 1938, 1939, n. 624.’¹⁶⁹

Wanneer we de balans opmaken, dan lijkt Scholten tussen de jaren 1905 en 1945 dezelfde twee eisen te stellen voor een beroep op wat hij de processuele functie van zijn legitimatieleer zou noemen:

- 1) de feitelijke macht, m.a.w. reële en ondubbelzinnige bezit, in combinatie met
- 2) een rechtsbewering of titel: men moet een wijze van eigendomsverkrijging stellen.

5.2 De materieelrechtelijke functie

De materieelrechtelijke functie is hierboven al uitgebreid aan de orde gekomen, omdat Scholten de eisen van deze functie en haar inhoud in de loop van de tijd heeft gewijzigd. In 1905 bood de materieelrechtelijke functie nog enkel bescherming tegen een revindicatie: de bezitter was ‘veilig’. In 1945 promoveerde de functie de bezitter die voldeed aan de eisen tot eigenaar, indien er tenminste geen sprake was van de uitzondering van het tweede lid.¹⁷⁰

Scholten wenst pas het eigendomsrecht toe te kennen op grond van de materieelrechtelijke functie wanneer is voldaan aan de volgende eisen:

1. Dat degene wiens eigendomsrecht moet wijken de zaak vrijwillig uit handen heeft gegeven. Zo niet, dan is het tweede lid m.b.t. onvrijwillig bezitsverlies van toepassing.
2. Dat de bezitter te goeder trouw is.
3. Het bezit moet verkregen zijn onder geldige titel.
4. Het bezit moet eveneens verkregen zijn onder bezwarende titel.
5. Het bezit moet reëel zijn.

dan de feitelijk bezitter het bewijsvoordeel te onthouden dat de bezitter normaliter ten deel valt. ‘Reëel bezit’ (feitelijk bezit) is in zo’n geval niet voldoende.’

¹⁶⁹ Scholten 1945, p. 97.

¹⁷⁰ Zie Salomons’ samenvatting van de ontwikkeling van dit tweede lid in mijn noot 150.

Samenvatting

In 1905 verscheen Paul Scholtens eerste bewerking van Assers *Zakenrecht*. Hij introduceerde daarin onder andere zijn eigen uitleg van art. 2014 OBW, die later bekend zou worden als ‘Scholtens legitimatieleer’.

Scholten meende dat de regel van Germaansrechtelijke oorsprong was. Op grond van Eugen Hubers feestalbum *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht* concludeerde hij dat dit recht onderscheid maakte tussen de uiterlijke verschijningsvorm ‘Gewere’ (lees: bezit) en het daar achterliggende ‘materiële recht’ (lees: eigendom). Huber schreef namelijk dat een houder van de Gewere ‘slechts een gepretendeerd en uiterlijk zich ook legitimerend zakelijk recht’ had, waarachter ‘volgens de mening van de rechtsorde het materiële recht’ staat. Scholten wees er verder op dat het Germaanse recht geen revindicatie tegen derden kende wanneer de materieel gerechtigde de feitelijke macht over een goed vrijwillig uit handen gaf: de gerechtigde had dan alleen een actie tegen de tweede hand. Acties tegen derden waren alleen toegelaten bij onvrijwillig bezitsverlies, zoals bij diefstal of verlies. Op grond van deze analyse concludeerde Scholten dat de historische betekenis van de regel van art. 2014 is dat het bezit de bezitter legitimeert als eigenaar en dat wie door zijn bezit eigenaar schijnt te zijn, voor eigenaar wordt gehouden en dat ieder die daarop voortbouwt veilig is.

Scholten wilde deze historische kennis gebruiken om een vertaalslag te maken waarmee hij het ‘bezit’ en de ‘eigendom’ uit het voorschrift van art. 2014 kon inpassen in het stelsel van het OBW. Hij verfoeide de wijze waarop de wetgever de rechtsregel in de wet had neergelegd en merkte het artikel daarom niet aan als *rechtsregel*, maar als *rechtsbeginsel*. Deze stap stelde hem in staat er een nadere uitwerking aan te geven en dat deed hij door in het beginsel twee functies te onderscheiden: de processuele en de materieelrechtelijke. De processuele functie hield in dat wie door zijn bezit eigenaar schijnt te zijn, in een proces voor eigenaar wordt gehouden. De materieelrechtelijke functie verklaarde iedere derdeverkrijger veilig tegen een revindicatie die voortbouwt op de schijn van eigendom die het bezit (van de tweede hand) geeft.

Met name de materieelrechtelijke functie leverde problemen op: eigenlijk vond Scholten dat alleen een derde te goeder trouw haar bescherming verdiende, maar de wettekst noemde deze eis niet. Bovendien ging de materieelrechtelijke functie in tegen de heersende leer die bezit (evt. te goeder trouw) erkende als wijze van eigendomsverkrijging. Scholten bestreed deze leer met de argumenten dat het Germaanse recht wel degelijk onderscheidde tussen bezit en eigendom en dat de heersende leer te ruim was en bovendien conflicteerde met de wettelijke regeling van het OBW. Scholten wenste eenheid van stelsel: dezelfde wijzen van eigendomsverkrijging voor roerend en onroerend goed. Daartoe wilde hij de materieelrechtelijke functie gebruiken als uitzondering op slechts één wijze van

eigendomsverkrijging van roerende goederen: die door levering krachtens titel, afkomstig van hem, die gerechtigd was te vervreemden. Maar voor de beschermende werking van deze uitzondering was slechts plaats indien de derde-verkrijger het bezit verkreeg op grond van een geldige titel van eigendomsovergang terwijl hij voortbouwde op de schijn van eigendom die de eigenaar zelf in het leven had geroepen door het goed vrijwillig aan de tweede hand over te geven. Aan deze eisen zou Scholten nadien nog de eisen van goede trouw (1913), van een bezwarende titel (1927) en reëel bezit (1933) toevoegen.

Scholten legde aan zijn eisen in zijn eerste bewerking van *Zakenrecht* (1905) ten grondslag: de wet, jurisprudentie en rechtsgeschiedenis. De eis van de goede trouw kon hij destijds niet onderbrengen onder één van deze pijlers en daarom wees hij haar af voor een beroep op de materiële functie. In 1913 corrigeerde hij zichzelf en nam haar alsnog op. Die opname lijkt te steunen op één van zijn drie pijlers (de wet), maar vooral op een oproep van Van Oven in 1908. Scholten meldt dat ‘inmiddels in de wet wel enig aanknopingspunt is te vinden’, maar wijst ter verdediging van de opname van de eis toch met name op het stuk van Van Oven, terwijl hij aantekent dat ‘het wetsvoorschrift anders zijn doel voorbij zou streven’ en dat ‘reeds daarom zulk een interpretatie uit den boze is’. Hij ontkent expliciet dat zijn leer door deze eis veranderde, maar Meijers wees in zijn herdenkingsbijdrage terecht op de ontwikkeling die Scholtens met zijn bewerking doormaakte: hij zou zich daarin met name steeds meer losgemaakt hebben van de historische uitlegging.

Scholten lijkt in 1933 inderdaad afstand te hebben genomen van de historische oorsprong van zijn leer, toen hij in plaats van Eugen Huber de Franse schrijver Raymond Saleilles aanwees als inspiratiebron van de twee functies. Dit doet vreemd aan, omdat Scholten – zoals Salomons reeds overtuigend betoogde – deze functies nooit aan Saleilles ontleend kan hebben omdat die zijn werk pas in 1907 schreef en Scholten zijn leer introduceerde in 1905. Uit onderzoek blijkt dat verder Scholten althans in 1925 nog niet kennis lijkt te hebben genomen van Saleilles werk en dat hij deze schrijver nog in 1917 kleineerde. Zijn interesse in Saleilles en zijn nieuwe gerichtheid op de Franse doctrine kan verklaard worden uit het gegeven dat die een verkrijgende werking aan art. 2014 OBW toekende, terwijl de Duitse doctrine meer gericht was op het processuele aspect.

In 1927 stelde Scholten voor het eerst de eis van de bezwarende titel voor de materiële functie. Deze eis valt te herleiden op het proefschrift (1903) van Jan Hendrik Thiel: *De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover handelingen van partijen*. Scholten had tussen 1913 en 1927 naast wet, jurisprudentie en geschiedenis een nieuwe grondslag gevonden: rechtsverfijning. Hij besprak haar in zijn in 1924 verschenen opstel *Recht en Billijkheid*. Volgens hem bood rechtsverfijning de mogelijkheid om een bestaande regel van nieuwe inhoud te voorzien en op deze wijze haar werking te beperken. Thiels proefschrift bevat een expliciete behandeling en onderbouwing van de eis van de bezwarende titel. Thiel betoogt dat het recht alleen verkeershandelingen beschermt en dat daarvoor altijd een

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

bezwarende titel vereist is. De wet zou zelfs niet aarzelen ‘het beginsel dat alleen aan de eigenaar een zakelijk recht kan worden ontleend, op zij te zetten, als goede trouw en verkeersbelang dat eisen.’ Ik meen dat de eis van de bezwarende titel een ‘kantelmoment’ is in Scholtens leer: anders dan de meeste andere eisen (m.u.v. de goede trouw) is zij niet gegrond op het Germaanse *Gewere*-recht en daardoor kan deze eis dienen als rechtvaardiging voor het toekennen van verkrijgende werking aan de materieelrechtelijke functie. Die toekenning was nodig omdat het louter ‘veilig’ verklaren van de derde-verkrijger vanuit het Romeinsrechtelijk systeem van het OBW dogmatisch onbevredigend was: hoe kan een bezittende derde-verkrijger de revindicatie van de eigenaar afweren zonder eigen recht? Overigens breidt de toekenning het Romeinsrechtelijke stelsel van eigendomsverkrijging uit met een derde grondslag: behalve bij occupatie van een *res nullius* en voltooiing van de verkrijgende verjaring ontstaat het recht van eigendom eveneens wanneer een derde te goeder trouw het bezit verwerft op grond van een geldige en bezwarende titel van een beschikkingsonbevoegde *tradens* aan wie de eerste hand de zaak vrijwillig uit handen had gegeven. Ik meen dat deze wijze van eigendomsverkrijging in de zesde druk (1927) van *Zakenrecht* al impliciet beschreven staat, hoewel Scholten haar pas in de achtste druk (1945) expliciet benoemt.

In 1933 verbindt Scholten aan de materieelrechtelijke functie de eis van reëel bezit. Salomons betoogde terecht dat dit geen nieuwe eis is: hij dateert haar op een publicatie uit 1906, één jaar na Scholtens eerste bewerking van *Zakenrecht*. Het gegeven dat Scholten de eis toen al stelde is een aanwijzing dat zij stamt uit de rechtsgeschiedenis: het *Gewere*-recht. Scholtens promovendus Izaak Kisch zou later betogen dat de grondslag van deze eis Scholtens ‘autonome billijkheidscorrectie’ zou zijn, maar ik acht deze stelling onjuist. De eis valt te kwalificeren als systeemeis: het *Gewere*-recht waarop Scholten zich baseerde kende alleen bescherming toe aan een derde-verkrijger die de zaak feitelijk onder zich had (dat was nu juist het kenmerk van de *Gewere*) en de eis van reëel bezit moet daarom niet worden opgevat als een aanvulling, maar als een verduidelijking van Scholtens legitimatieleer. Zij was op zijn plaats vanwege Van Ovens betoog over de ‘dubbele levering’ in het *NJB* van 1926. Scholten wees, vanuit het Germaanse recht volstrekt logisch, toepassing af van de regel van 2014 OBW voor de Romeinsrechtelijke leveringsvorm *constitutum possessorium*. Het Germaanse recht ging immers uit van de *Gewere*: met andere woorden van het feitelijk bezit. Een derde-verkrijger die niet misleid was door feitelijk bezit en dit ook niet verkreeg kon geen bescherming inroepen. Ook bezien vanuit de goede trouw kon een c.p. levering niet helpen, want deze draaide niet om ‘het vertrouwen alleen, maar het vertrouwen dat tot een feitelijke machtsverschuiving aanleiding heeft gegeven, dat wordt beschermd. Een uiterlijk blijk der bezitsverandering is nodig om haar zulk een betekenis te verschaffen.’ Het draait volgens Scholten bij een beroep op de bescherming in de materieelrechtelijke functie dus om de bezitsverkrijging van de derde-verkrijger, niet om het bezit van de *tradens*.

In 1945 verschijnt de achtste druk die de finale versie bevat van Scholtens legitimatieleer. Die bevat voor de *processuele functie* de volgende eisen: feitelijke macht (reëel en ondubbelzinnig bezit) in combinatie met het stellen van een wijze van verkrijging van eigendom. Voor een beroep op de verkrijgende werking van de *materieelrechtelijke functie* dient de oorspronkelijke rechthebbende het goed vrijwillig uit handen te hebben gegeven aan de tweede hand en dient er verder bij de derde-verkrijger sprake te zijn van goede trouw, een geldige en bezwarende titel en reëel en ondubbelzinnig bezit.

Uitleiding – Scholtens eis van reëel bezit en het huidig BW

Scholtens legitimatieleer is al tijdens zijn leven de heersende leer geworden met betrekking tot 2014 OBW. Meijers en de wetgever hebben er dan ook gebruik van gemaakt bij de hercodificatie, met name bij art. 3:86 BW (art. 3.4.2.3 Ontwerp-Meijers).

‘De materieelrechtelijke functie van het beginsel is terug te vinden in artikel 3:86 lid 1 Burgerlijk wetboek: ‘Ondanks onbevoegdheid van de vervreemder is een overdracht overeenkomstig artikel 90, 91 of 94 van een roerende zaak, niet registergoed, of een recht aan toonder geldig, indien de overdracht anders dan om niet geschiedt en de verkrijger te goeder trouw is’. Verschillende van Scholtens verfijningen vinden we in de bepaling terug. ‘Krachtens geldige titel’ komt in de bepaling terug omdat het om een ‘overdracht’ moet gaan. ‘Onder bezwarende titel’ is ‘anders dan om niet’ geworden. Ook het vereiste van de goede trouw van de verkrijger wordt gesteld. De proces-rechtelijke functie vinden we tenslotte in artikel 3:119 lid 1 Burgerlijk Wetboek: ‘De bezitter van een goed wordt vermoed rechthebbende te zijn’.¹⁷¹

In de uitwerking van de materieelrechtelijke functie ontbreekt echter de eis van het reële bezit. Hierboven zette ik uiteen dat Scholten de eis stelde dat de verkrijger ook het feitelijke bezit had verworven indien hij eigendomsverkrijging wilde inroepen op grond van art. 2014 OBW. Zo beschermde Scholten de oorspronkelijke eigenaar tegen een onzichtbaar rechtsverlies door een levering *constitutum possessorium* door een beschikkingsonbevoegde vervreemder. Dit roept de vraag op of Meijers en de wetgever Scholtens eis hebben verlaten.

Meijers stelde in zijn Ontwerp al niet de eis van reëel bezit.¹⁷² Dit werd nadrukkelijk opgemerkt door Bregstein in zijn rapport aan de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving (hierna:

171 Bruggink 1992, p. 112 (noot 46).

172 Zie reeds art. 4 van B.W. 12c, Verkrijging en Verlies van Goederen. Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving, Nieuw Burgerlijk Wetboek, nummer toegang 2.09.75, inventarisnummer 182.

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

Subcommissie).¹⁷³ Bij de bespreking in de Subcommissie kwam het ontbreken van deze eis dan ook aan de orde:

‘Naar aanleiding van de opmerking in het rapport van de heer Bregstein omtrent het stellen van het vereiste van reëel bezit voor de in lid 5 bedoelde bescherming, verwijst de Voorzitter (Meijers, HHR) naar art. 5 van de titel Bezit. Daar volgens dat artikel de houder zich zelf niet tot bezitter kan maken, kan hij ook niet een ander bezitter maken door bezitsoverdracht *constituto possessorio*. De heer Bregstein wijst erop, dat in andere gevallen van verkrijging van niet-reëel bezit de ontvanger dus wel de bescherming van art. 4 lid 5 zal genieten.’¹⁷⁴

Het artikel uit de titel Bezit waar Meijers naar verwijst luidde:

Art. 5.

Wanneer men heeft aangevangen krachtens een rechtsverhouding voor een ander te houden, gaat men daarmee onder dezelfde titel voort, zolang niet blijkt, dat hierin verandering is gebracht hetzij ten gevolge van een handeling van hem, voor wie men houdt, hetzij ten gevolge van een tegenspraak van het recht, voor wie men houdt.¹⁷⁵

Meijers meende dus de eis van reëel bezit bij de verkrijging achterwege te kunnen laten, omdat zijn ontwerp een eigenaar van een roerende zaak al op een andere wijze beschermd tegen onzichtbaar bezitsverlies: diens houder kon, omdat hij zelf geen bezit had, een derde niet via levering *constitutum possessorium* bezit overdragen. Een overgang van recht op de derde was dan uitgesloten, omdat niet alleen niet werd voldaan aan de eis van beschikkingsbevoegdheid, maar evenmin aan de eis van bezitsverschaffing. Terwijl de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder onder voorwaarden nog geheeld kon worden, bood de regeling voor derdenbescherming geen soelaas aan de derde die geen bezit had verkregen. Blijkens de notulen voerden de leden van de Subcommissie geen bezwaren aan tegen Meijers' zienswijze.

Hoewel er voor de invoering van ons Burgerlijk Wetboek nog veel aan Meijers' Ontwerp is gesleuteld,¹⁷⁶ zijn de bepalingen waarop Meijers' alternatief voor het reëel bezit berust

173 B.W. 12b, Rapport over Titel II – Verkrijging en Verlies van Goederen, p. 6. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 182.

174 Notulen van de Negentigste vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving. De vergadering wordt gehouden op Zaterdag 3 December 1949 te 10 uur in het Ministerie van Justitie te 's-Gravenhage. Aanwezig de Voorzitter Mr Meijers, de leden Mrs. van Brakel, Bregstein, Eggens, de Jong, Petit, Scholten, mevr. Schönfeld, Visser van IJzendoorn, de algemene Secretaris Mr. Belinfante en Mrs. van den Bergh en Drion, adjunct secretarissen. Bespreking van de Titel Verkrijging en Verlies van Goederen. (B.W. No. 12c [Ontwerp, HHR], 12b [Rapport Bregstein, HHR], 12d [Toelichting, HHR]) NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 181 (p. 287).

175 B.W. 23, Bezit. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

176 Een voorbeeld vormt het openstellen door de wetgever van de bescherming van art. 3:86 BW voor een verkrijger van een roerende zaak waarvan de rechthebbende op onvrijwillige wijze het bezit verloren

behouden gebleven. Art. 3:115 BW eist voor een levering *constitutum possessorium* een bezitsoverdracht, terwijl art. 3:111 BW interversie van houderschap blokkeert. Ik concludeer dat ook onder huidig recht een derde die via levering *constitutum possessorium* van een ‘onbetrouwbare detentor’ de eigendom van een roerende zaak meende te verkrijgen géén beroep toekomt op de bescherming van art. 3:86 BW. Zo wordt via de regeling van bezit en houderschap dus hetzelfde resultaat bereikt als door het rechtstreeks stellen van de eis in de regeling van derdenbescherming bij beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. Weliswaar kan de houder zich opwerken tot bezitter door het recht van de eigenaar tegen te spreken, maar daarmee is het doel bereikt: het zichtbaar maken van het bezitsverlies.

Maar Meijers had niet alleen oog voor ‘degene met het meest omvattende recht op een roerende zaak’ (art. 5:1-1 BW). Hij realiseerde zich dat de derdenbescherming die de beschikkingsonbevoegdheid bij roerende zaken kon helen ook nadelig kon uitpakken voor wat wij tegenwoordig een ‘beperkt zakelijk gerechtigde’ noemen.¹⁷⁷ Zijn Ontwerp bepaalde namelijk uitdrukkelijk: *Beperkte rechten die de verkrijger om baat te goeder trouw niet kende, noch behoorde te kennen, vervallen.*¹⁷⁸ Zo kon een vruchtgebruiker van een roerende zaak, niet registergoed, die het beheer aan de hoofdgerechtigde over had gelaten geconfronteerd worden met een vervreemding door deze hoofdgerechtigde aan een derde. Indien daarbij gebruik gemaakt werd van de leveringsvorm *constitutum possessorium*, was dit een voor hem onzichtbare handeling, die echter wél rechtsverlies met zich mee kon brengen. Ook de groep van schuldeisers van de vervreemder kon volgens Meijers benadeeld worden door leveringen *constitutum possessorium*, omdat die de valse schijn van een grotere kredietwaardigheid van hun debiteur kon wekken. Om dit te bestrijden, greep Meijers terug op een oplossing die hem reeds door Scholten onder het oude recht was aangereikt: de ‘relatieve eigendom’.¹⁷⁹ Hij nam in zijn Ontwerp een voorschrift op, dat weliswaar de vervreemding toeliet, maar haar werking onthield tegen schuldeisers en ouder gerechtigden (art. 3.4.2.5 lid 2). Hij lichtte het als volgt toe:

heeft. Dit zal in verreweg de meeste gevallen wel aan een diefstal te wijten zijn. Meijers’ Ontwerp sloot een dergelijke bescherming nog uit, vgl. 3.4.2.3 lid 4 OM: 4. Het in het vorig lid bepaalde lijdt uitzondering, wanneer het bezit van een roerende zaak of een papier aan toonder is verloren gegaan zonder goedvinden of onachtzaamheid van de bezitter en mocht een ander de zaak of het papier voor hem houden, ook zonder diens goedvinden; (...). Vanzelfsprekend is een dief wel bezitter en kan hij daarom wél een geldige bezitsoverdracht verrichten *constitutum possessorium*. Ik ga hier echter niet op in, omdat de wetgever in art. 3:86 BW voor gestolen zaken uitgebreid de belangen heeft afgewogen van de bestolen eigenaar en de derde-verkrijger te goeder trouw. Zie over de aanpassing van het Ontwerp-Meijers bijv. W.H.M. Reehuis & E.F. Verheul 2022, p. 5 e.v.

¹⁷⁷ Overigens verdient opmerking dat zij onder het oude recht ook als ‘eigenaar’ van hun recht golden.

¹⁷⁸ Art. 3.4.2.3 lid 3 (*in fine*) Ontwerp Meijers.

¹⁷⁹ Vgl. hierboven het in mijn noot 124 in fine en cursief weergegeven citaat van Scholten.

DE TOTSTANDKOMING VAN SCHOLTENS LEGITIMATIELEER (1905 - 1945)

‘In het tweede lid van het artikel wordt aan een bezitsoverdracht, waarbij de zaak in handen van de vervreemder blijft, zonder dat van de levering iets naar buiten blijkt, een beperkte werking toegekend: tegenover de schuldeisers van de vervreemder en tegenover derden, die een ouder recht op de zaak hebben, kan geen beroep op de levering worden gedaan. Een eigendomsovergang komt dus wel tot stand; wordt b.v. daarna de zaak gestolen, dan kan de verkrijger die als zijn eigendom van iedere houder opvorderen. Echter kan hij die aldus door een verklaring van houderschap eigenaar is geworden, zich niet tegen een vroegere rechthebbende op zijn verklaring beroepen. Voor het tegenwoordige recht is reeds een uitspraak van gelijke strekking gegeven in het arrest van de Hoge Raad van 22 Mei 1953, N.J. 1954 no. 189, *Ars Aequi*. II p. 173). (...)’

Het voorschrift werd kritisch ontvangen in de Subcommissie, o.a. door Van Brakel die erop wees dat men zuivere schijnaktes kon tegengaan door wijzigingen van art. 123 Faillissementswet.¹⁸⁰ In het Gewijzigd Ontwerp werd de bescherming van de schuldeisers geschrapt,¹⁸¹ maar het voorschrift bleef behouden voor de bescherming van de groep van beperkt zakelijk gerechtigden (art. 3:90 lid 2 BW). Die groep is later door de wetgever uitgebreid met de door onvrijwillig bezitsverlies gedeposedeerde eigenaar van een roerende zaak, die - anders dan in het Ontwerp Meijers -, door de uiteindelijke regeling van derdenbescherming zijn recht kon verliezen.¹⁸² De huidige redactie luidt als volgt.

Artikel 90

1. (...)

2. Blijft de zaak na de levering in handen van de vervreemder, dan werkt de levering tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft, eerst vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen, tenzij de oudere gerechtigde met vervreemding heeft ingestemd.

Het voorschrift beoogt de ouder gerechtigde tegen onzichtbaar rechtsverlies te beschermen.¹⁸³ Samen met de eis van bezitsoverdracht bij een levering *constitutum possessorium* en het verbod van interversie van houderschap vormt dit voorschrift het systeem waardoor Meijers meende Scholtens eis van reëel bezit niet te hoeven opnemen.

In haar proefschrift *Relativering van eigendom* stelt Damsteegt-Molier met betrekking tot het door haar aangehaalde betoog van Westermann over het min of meer gelijklopende §933 BGB kortweg: ‘Dit argument komt in feite neer op het betoog van Scholten ten aanzien van het reëel bezit en is hier te lande terecht verlaten.’¹⁸⁴ Uit het voorgaande zal

180 Zie de notulen van de 91^e vergadering, p. 297-298. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 181.

181 Van Zeven/Du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 385 (MvA II).

182 Zie mijn noot 176.

183 Van Zeven/Du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 385 (MvA II).

184 F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom, Een analyse aan de hand van de relativering van de levering c.p., de relatieve werking van de vernietiging op grond van de actio pauliana en van de blokkeringsregel bij beslag op roerende zaken*, Den Haag: Boom Uitgevers 2009, p. 25-26. Zie over

RUNIA

blijken dat ik deze stelling niet onderschrijf, evenmin als haar conclusie dat artikel 3:90 lid 2 BW dient te vervallen.¹⁸⁵

Ook voor de praktizijn van het huidig recht loont het de moeite kennis te nemen van het oude.

H.H. Runia¹⁸⁶

SPIER

Meijers' overname in zijn Ontwerp van Scholtens legitimatieleer (met inbegrip van de eis reëel bezit) met name ook mijn noot 19 (in fine).

185 Damsteegt-Molier 2009, p. 267.

186 Harry Runia is universitair docent bij de vakgroep Algemene Rechtswetenschap & Rechtsgeschiedenis aan de Rijksuniversiteit Groningen.