

# FIDUCIA CUM CREDITORE EN ONS SYSTEEM VAN ZAKELIJKE RECHTEN

door

Jan Willem TELLEGEN (Utrecht)

en

Olga TELLEGEN-COUPERUS (Tilburg)

*In het huidige Nederlandse recht heeft het over één kam scheren van pand (pignus), eigendomsoverdracht tot zekerheid (fiducia cum creditore), en ook leasing geleid tot een dogmatisch probleem, namelijk of de fiduciaire eigendomsoverdracht incl. leasing in ons gesloten systeem van zakelijke rechten kan worden ingepast.*

*In dit artikel laten we naar aanleiding van het zogenaamde verkoopbeding zien dat in het Romeinse recht fiducia cum creditore en pignus twee fundamenteel verschillende rechtsfiguren waren. Omdat leasing dogmatisch gezien misschien wel enigszins lijkt op fiduciaire eigendomsoverdracht maar historisch gezien hiermee niets te maken heeft, verdient het ons inziens aanbeveling om deze drie rechtsfiguren te aanvaarden als rechtsfiguren van eigen aard.*

## INHOUD

- I. INLEIDING (1-7)
- II. FIDUCIA EN PAND IN HET KLASSIEKE ROMEINSE RECHT (8-10)
- III. HET VERKOOPBEDING BIJ *FIDUCIA* EN BIJ *PIGNUS* (11-17)
- IV. VERKOOPBEDING EN *USURECEPTIO* (18-23)
- V. CONCLUSIE (24-26)

## I. Inleiding

1. De *fiducia* vertoont in haar geschiedenis een cyclisch proces van opkomst en ondergang: dit heeft zich in de Romeinse geschiedenis voorgedaan en manifesteert zich nu in onze tijd opnieuw. Tot hoever de *fiducia* teruggaat, is omstrede maar tegenwoordig neemt men aan dat zij reeds vroeg in de Romeinse republiek bekend was(1). Zij kwam voor in diverse varianten waarvan één, de *fiducia cum creditore* (eigendomsoverdracht tot zekerheid), hier centraal staat. In de vroege keizertijd kwam daarnaast het zakelijk zekerheidsrecht van pand (*pignus*) tot ontwikkeling. De *fiducia* raakte waarschijnlijk in de vierde eeuw in onbruik. In de zesde eeuw heeft keizer Justinianus behoudens een enkele uitzondering de *fiducia* uit de klassieke teksten laten verwijderen. Overal waar *fiducia cum creditore* stond, werd deze term vervangen door *pignus*.

2. Omdat de *fiducia cum creditore* niet in het *Corpus Iuris Civilis* wordt genoemd, kon zij als zodanig bij de receptie van het Romeinse recht in de 15<sup>e</sup> eeuw geen deel uitmaken van het zogenaamde Europese *ius commune*(2). Evenmin werd zij opgenomen in het systeem van het zakenrecht waarvoor toen de basis is gelegd. Dit systeem berustte op het begrip subjectief recht, dat door de canonisten uit de 12<sup>e</sup> en de 13<sup>e</sup> eeuw ontwikkeld is(3). In de lijsten van *iura realia* die sinds de postglossator Baldus (1327-1400) werden opgesteld, kwam alleen *hypotheca* inclusief wat wij *pignus* noemen voor als zakelijk zekerheidsrecht. De volgende stap in de ontwikkeling van het systeem van zakelijke rechten werd gezet door Donellus (1527-1591) die binnen de *iura realia* een tegenstelling ging maken tussen eigendom (*dominium*)

---

(1) De rechtsfiguur *fiducia* bestond waarschijnlijk al ten tijde van de Wet der Twaalf Tafelen (rond 450 voor Chr.). Volgens A. WATSON, „The origins of fiducia”, 79. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, rom. Abt.* 1962, 329, zou de *fiducia* toen ook reeds afdwingbaar zijn geweest door middel van een *legis actio fiduciae*. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2<sup>e</sup> druk, München, 1971, 461 meent echter dat de *actio fiduciae* pas in de derde eeuw voor Chr. is ingevoerd toen de *fides* in het privaatrecht als bindend werd erkend.

(2) In de praktijk waren echter bepaalde aspecten van fiduciaire eigendom blijven bestaan, die dus ook tot het *ius commune* gingen behoren. Zie voor het oud-Nederlandse recht bijvoorbeeld A.S. DE BLECOURT, *Kort begrip van het oud-vaderlandsch burgerlijk recht*, 5<sup>e</sup> druk, Groningen-Batavia, 1939, 365 ff.

(3) Cf. B. TIERNEY, „Villey, Ockham and the Origin of Individual Rights”, *The Weightier Matters of the Law, Essays on Law and Religion, A Tribute to Harold J. Berman* (American Academy of Religion. Studies in Religion 51), 1988, 1-31. Volgens M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique*, 4<sup>e</sup> druk, Parijs, 1975, 240 e.v. had pas de vroeg-veertiende eeuwse franciscaan William Ockham dit concept ontwikkeld.

en de beperkte zakelijke rechten (*iura in re aliena*)(4). Bovendien brak hij met de middeleeuwse dogmatiek van de gedeelde eigendom door een eenvormig absoluut eigendomsbegrip te introduceren. Het systeem van het zakenrecht, zoals dat uiteindelijk in de 19<sup>e</sup> eeuw de vorm kreeg die het nog heeft, wordt dan ook gekenmerkt door dit eenvormig eigendomsbegrip en door een beperkt aantal beperkte rechten waartoe onder meer het pandrecht behoorde(5).

3. In diezelfde 19<sup>e</sup> eeuw werd door de ontdekking van het Veronese handschrift van Gaius' Instituten en door de vondst van enige praktijkstukken de Romeinse *fiducia* bekend aan de moderne wetenschap. Omdat in de praktijk een dringende behoefte bestond aan een dergelijke rechtsfiguur, werd zij al snel in het privaatrecht opgenomen. In Duitsland ging men bijvoorbeeld een bepaalde manier van financiering kwalificeren als *fiducia cum creditore*(6). In het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw gebeurde dit ook in Nederland(7). Het bleek echter onmogelijk om *fiducia* in te passen in het systeem van het zakenrecht, met name omdat zij een dubbel eigendomsrecht leek te impliceren en omdat het systeem al een zakelijk zekerheidsrecht bevatte. Op verschillende wijzen werd getracht dit probleem op te lossen, zowel via het zakenrecht als het verbintenissenrecht. Zo werd in het nieuwe Nederlandse BW (1992) de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid verboden en vervangen door een stil pandrecht(8).

4. Inmiddels was er een nieuwe ster aan het Nederlandse *fiducia*-firmament verschenen, genaamd leasing: bepaalde vormen van deze uit het Amerikaanse recht afkomstige wijze van financiering werden in Nederland namelijk als een fiduciaire overdracht beschouwd. Er brandde een discussie los over de vraag of het *fiducia*-verbod nu niet moest worden opgeheven. Deze op zichzelf al ingewikkelde discussie

---

(4) Cf. R. FEENSTRA, „*Dominium and ius in re aliena: the Origins of a Civil Law Distinction*”, *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for Barry Nicholas*, ed. P. BIRKS, Oxford, 1989, 111-122.

(5) Hierover uitvoerig P.L. NÈVE, „Uit de bonte berm van de juridische begrippenflora: ons 'gesloten stelsel' van beperkte rechten”, *Op recht, bundel opstellen aangeboden aan Prof. Mr. A.V.M. Struycken ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle, 1996, 223-232.

(6) Cf. F. THEISEN, „Die Sicherungsübereignung und ihre römischrechtliche Grundlagen in der Klassik. Betrachtungen des deutschen gemeinen Rechts des 19. Jahrhunderts”, 69. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 2001, 119-138.

(7) Cf. P. SCHOLTEN, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tweede deel: Zakenrecht, 9e druk, Bijzonder deel, tweede stuk (zekerheidsrechten) bewerkt door A. VAN OVEN, Zwolle, 1967, 102-103.

(8) Cf. M.M. OLTHOF en J.W. DU PON, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, boeken 3, 5 en 6*, Deventer, 1982, 240-241.

werd en wordt nog extra bemoeilijkt omdat verschillende schrijvers fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid zien als een vorm van pand(9). De beslissing van de Hoge Raad in 1996, dat een bepaalde variant van leasing, de *'financial sale and lease back'*, niet onder het *fiducia*-verbod viel, loste het dogmatische probleem van de verhouding tussen fiduciaire overdracht inclusief leasing, en het gesloten systeem van zakelijke rechten echter niet op. Ons inziens kan historisch onderzoek helderheid op dit punt verschaffen.

5. Toen in het begin van de 19<sup>e</sup> eeuw duidelijk werd dat het Romeinse recht de *fiducia* had gekend, gingen de romanisten proberen teksten in het *Corpus Iuris Civilis* op te sporen die betrekking leken te hebben op pand maar die oorspronkelijk handelden over *fiducia*. Omdat de compilatoren van Justinianus alleen de terminologie hadden veranderd en niet de inhoud van de teksten hadden aangepast, meenden de romanisten dat het mogelijk was teksten over de *fiducia cum creditore* te herkennen en deze rechtsfiguur min of meer te reconstrueren(10). Zij gingen hierbij echter uit van het hun vertrouwde gesloten systeem van zakelijke rechten en van het idee dat ook de Romeinse juristen het begrip subjectief recht kenden. Dit betekende dat zij slechts één eigendomsrecht erkenden, namelijk dat van de *fiduciarius*, en dat zij voor het overige op de *fiducia cum creditore* de regels van pand toepasten. Bijgevolg worden nu in alle handboeken van het Romeins privaatrecht *fiducia cum creditore* en *pignus* in hetzelfde hoofdstuk behandeld, waarbij *fiducia* als het oude zekerheidsrecht wordt beschreven en *pignus* als de nieuwe variant die in de loop van de republiek opkwam. Weliswaar onderkent men dat er fundamentele verschillen tussen beide rechtsfiguren bestonden, maar toch ziet men *fiducia* als, om met Kaser te spreken, „eine Erscheinungsform des *pignus* 'im weiterem Sinn' des Wortes”(11). De reconstructie van de *fiducia cum creditore* is dan ook om twee redenen problematisch: ten eerste omdat zij berust op teksten in het *Corpus Iuris* waarvan absoluut niet zeker is dat ze over *fiducia* gaan, en ten tweede omdat de

---

(9) Zie bijvoorbeeld het artikel van W.M. KLEYN, „Conversie voor alle zekerheid”, *WPNR* 6119 (1994), 15 e.v.

(10) Voor een overzicht, zie G. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999, 17-41. Dit boek verscheen eerder als proefschrift in het Nederlands (*De fiducia in het Romeinse recht*, Deventer-Arnhem, 1988); aldaar 21-50.

(11) M. KASER, „Studien zum römischen Pfandrecht II, actio pignoratitia und actio fiduciae”, 47. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1979, 195-234 en 319-345, vooral 328, ook in *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napels, 1982, 59-125, vooral 108. Hij baseert zich hiervoor op Gaius, *Inst.* 2.60: „Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure...”

romanisten die deze teksten interpreteren geen fundamenteel onderscheid maken tussen *fiducia* en pand.

6. Naar onze mening is het onjuist om *fiducia* en *pignus* over één kam te scheren; het gaat om twee rechtsfiguren van eigen aard. Het feit dat *fiducia* niet in het systeem van het moderne zakenrecht past en nu wordt ondergebracht bij pand, wil uiteraard niet zeggen dat zij ook in de Oudheid verwant was aan het pandrecht. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat de veronderstelde overeenkomst tussen *fiducia* en pand in de moderne literatuur soms als problematisch wordt ervaren. Met name twee aspecten van de *fiducia cum creditore* hebben tot veel discussie aanleiding gegeven. Het gaat om het *pactum de distrahendo* of verkoopbeding dat, naar men aanneemt, bij *fiducia* en *pignus* in dezelfde betekenis voorkomt, en om de *usureceptio*, een bijzondere vorm van verkrijgende verjaring die voornamelijk bij *fiducia* werd toegepast.

7. In dit artikel willen wij duidelijk maken dat men bij de bestudering van de Romeinse *fiducia* niet moet uitgaan van het traditionele gesloten systeem van zakelijke rechten en wel om twee redenen: in het algemeen niet omdat de Romeinse juristen het begrip subjectief recht niet kenden<sup>(12)</sup>, en in het bijzonder niet omdat *fiducia* en *pignus* in het Romeinse recht fundamenteel van elkaar verschillende rechtsfiguren waren. Wij willen dat doen door te laten zien dat het verkoopbeding bij *fiducia* niet dezelfde functie kon hebben als het verkoopbeding bij pand en dat zij samenhang met de *usureceptio*. Dit onderzoek kan ons inziens ook gevolgen hebben voor het moderne recht, in het bijzonder voor de discussie over de vraag of leasing onder het *fiducia*-verbod moet vallen en over de vraag of leasing ingepast zou kunnen worden in ons systeem van zakelijke rechten.

---

(12) Op dit punt is er nog steeds strijd tussen de Italiaanse en de Franse romanisten: eerstgenoemden menen dat de Romeinen het begrip subjectief recht hebben gekend, laatstgenoemden ontkennen dit. Zie hierover b.v. V. GIUFFRÉ, *L'emersione dei „iura in re aliena” ed il dogma del „numero chiuso”*, Napels, 1992, 48-50; J.W. TELLEGEN, „*Res incorporalis* et les codifications modernes du droit civil”, 40. *Labeo* 1994, 35-55, vooral 44-46; J.-Ph. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: „donner pour reprendre”*, Mancipio dare ut remancipetur. *Analyse historique et comparatiste de la fiducia-gestion*, Basel-Genève-München, 2000, 91.

## II. Fiducia en pand in het klassieke Romeinse recht

8. Alvorens in te gaan op het verkoopbeding bij *fiducia* is het goed eerst de hoofdregels van *fiducia* en pand samen te vatten<sup>(13)</sup>. Algemeen wordt aangenomen dat de *fiducia cum creditore* gewoonlijk tot stand kwam naar aanleiding van een contract van geldleen. De verdere gang van zaken stelt men zich als volgt voor. De partijen spraken af dat de debiteur een of meer zaken, *res fiduciaria* of kortweg *fiducia* genoemd, aan de crediteur tot zekerheid in eigendom zou overdragen. Meestal was dit een *res mancipi*, onroerend goed of slaven, en vond de overdracht plaats door middel van *mancipatio* of eventueel door *in iure cessio*. Vervolgens sloten de partijen een *pactum fiduciae* waarin werd vastgelegd dat de fiduciaire eigendom bleef bestaan totdat de schuld betaald was én wat er moest gebeuren als de debiteur het geleende geld niet op de afgesproken datum zou hebben terugbetaald. Een verkoopbeding kon deel uitmaken van dit *pactum*. De hele „deal” werd veelal schriftelijk vastgelegd. Tenslotte vond de *mancipatio* plaats.

Niet zelden bleef de *res fiduciaria* in handen van de fiduciant, omdat hij haar ofwel van de *fiduciarius* huurde ofwel haar *precario* mocht houden. Na betaling van de schuld hoefde er dan ook geen feitelijke overdracht terug plaats te vinden. De fiduciant kon de eigendom direct, door *mancipatio* of *in iure cessio*, terugkrijgen of door middel van verjaring. Voor deze verjaring gold een bijzondere regeling, de *usureceptio*. Deze hield in dat bezit gedurende een jaar voldoende was, ook voor de verkrijging van onroerende zaken. De fiduciant kon zich niet op *usureceptio* beroepen als hij de fiduciaire zaak onder zich had op grond van huur of *precario*. Dit kon wel als hij haar op andere wijze weer in bezit had gekregen; hij pleegde dan geen *furtum*<sup>(14)</sup>. De fiduciant had in dit opzicht dus een veel sterkere positie ten opzichte van de fiduciaire zaak dan de *fiduciarius*.

De fiduciant had de *actio fiduciae* tegen de *fiduciarius*. Zodra de schuld was voldaan of om andere reden de rechtsgrond aan de *fiducia* was ontvallen, kon de fiduciant met deze actie ageren tot herover-

---

(13) Cf. M. KASER, (zie noot 1) 460 e.v.

(14) Gaius, *Inst.* 3.201.

dracht van de zaak(15). De *fiduciarius* kon met de *actio fiduciaria contraria* ageren tegen de fiduciant tot vergoeding van kosten die hij voor de zaak had gemaakt.

9. *Pignus* werkte anders dan *fiducia*. Het kon tot stand komen bij contract, maar ook op grond van de wet of van een rechterlijke uitspraak. Het kon worden gesloten naar aanleiding van een geldlening, maar kon ook betrekking hebben op andere contractuele verhoudingen. Verder werd bij *pignus* geen eigendom overgedragen, en het werd doorgaans bezitloos gevestigd. In de klassieke tijd werd het zelfs mogelijk een zelfde zaak voor meer dan één schuld te verpanden. Net als bij *fiducia* was het ook bij pand gebruikelijk af te spreken wat er moest gebeuren als de debiteur niet op tijd betaalde: vermoed wordt dat oorspronkelijk het pand in eigendom verviel aan de crediteur maar dat later een verkoopbeding standaard werd. Aan de niet bezittende pandcrediteur stonden diverse rechtsmiddelen ter beschikking om zich te verhalen op de verpande zaak, met name het *interdictum Salvianum* en de *actio Serviana*.

10. Uit deze beschrijving blijkt duidelijk dat er grote verschillen bestonden tussen *fiducia* en *pignus*. Dit beeld sluit volledig aan bij de Romeinse bronnen waarin *fiducia* en *pignus* nergens gezamenlijk behandeld worden. Zo stonden volgens Lenel de hierbij behorende rechtsmiddelen in verschillende titels van het praetorisch edict: de *actio fiduciae* in titel XIX *De bonae fidei iudiciis* en het *interdictum Salvianum* evenals de *formula Serviana* in titel XLIII *De interdictis*. Gaius noemt in zijn Instituten de *fiducia* en *pignus* apart(16).

Toch worden, zoals gezegd, in de moderne hand- en leerboeken van het Romeinse privaatrecht *fiducia* en *pignus* vrijwel altijd in hetzelfde hoofdstuk behandeld(17). Hiervoor wordt gewoonlijk geen nadere

---

(15) Algemeen wordt aangenomen dat de fiduciant deze actie ook kon gebruiken om, als de *fiduciarius* de zaak verkocht had voor een bedrag hoger dan de vordering, het *superfluum* op te eisen. De twee teksten waarop deze veronderstelling berust, namelijk Ulp. D.13.7.24.2 en P.S. 2.13.1, geven echter geen betrouwbare informatie over de *fiducia* in de klassieke tijd. Vermoedelijk is de reconstructie van de *fiducia* op dit punt geïnspireerd door de moderne parallel met pand.

(16) Gaius behandelt *fiducia cum creditore* in *Inst.* 2.59-60 en 220, en in 3.20. In *Inst.* 2.60 gebruikt hij het woord *pignus* in ontechnische zin, maar in *Inst.* 2.64, 3.200 en 204 ter aanduiding van een zekerheidsrecht. Ook de acties noemt hij apart: de *actio fiduciae* in *Inst.* 4.33, 62 en 182, en het *interdictum Salvianum* in *Inst.* 4.147.

(17) F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 400 e.v.; M. KASER, (zie noot 1) 457 e.v.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napels, 1994 10, 763 e.v.; J.E. SPRUIT, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer, 2001, 225 e.v.; W.W. BUCKLAND, *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 3<sup>rd</sup> edition, revised by P. STEIN, Cambridge, 1963, rpt. with corrections and an addition to the bibliography 1975, introduceert de *fiducia* op p. 431-2 maar behandelt de *fiducia cum creditore* in verband met *pignus* (p. 473-4).

verklaring gegeven. Alleen Kaser heeft in zijn monografie over het Romeinse pandrecht beide rechtsfiguren met elkaar vergeleken en vastgesteld dat zij formeel misschien wel verschilden, maar functioneel grotendeels overeenstemden(18). Hij noemt onder andere de volgende punten. In beide gevallen konden de acties worden ingesteld, ongeacht of de debiteur-pandgever eigenaar was en een zakelijk recht had kunnen vestigen ten gunste van de crediteur. Beide werden gewoonlijk bezitloos gevestigd. Verder werden beide zekerheidsrechten alleen verleend voor geldschulden, de rente was op dezelfde wijze geregeld, over de vruchten werden gelijksoortige afspraken gemaakt en vooral kwamen de maatregelen overeen die dienden ter bescherming van de crediteur tegen een niet betalende debiteur en die ter bescherming van de debiteur tegen een crediteur die de tot zekerheid strekkende zaak niet terug wilde geven. Doordat hij hier de overeenkomsten tussen *fiducia* en *pignus* zo sterk benadrukt, wekt hij de indruk dat de verschillen tussen beide niet echt relevant zijn.

Deze suggestieve manier van werken heeft er toe geleid dat bepaalde problemen met betrekking tot *fiducia* tot nu toe niet opgelost konden worden. Wanneer men als het ware door de bril van pand naar *fiducia* kijkt, is men niet in staat haar te zien zoals zij in de Romeinse tijd werkelijk functioneerde. Dit is met name gebeurd bij het verkoopbeding.

### III. Het verkoopbeding bij *fiducia* en bij *pignus*

11. In de vorige paragraaf hebben we gesteld dat zowel bij *fiducia* als bij *pignus* het gebruikelijk was een verkoopbeding op te nemen voor het geval de debiteur niet op de afgesproken datum zijn schuld had voldaan. Bij *pignus* was de functie van dit beding dat de debiteur hiermee de crediteur machtigde om de verpande zaak aan een derde te verkopen. Rond 200 gold dit verkoopbeding als bij iedere verpanding stilzwijgend te zijn overeengekomen. Dat de crediteur gemachtigd moest worden om de zaak te verkopen, komt voort uit het feit dat hij geen eigenaar was van de verpande zaak.

12. Wanneer men probeert de regels van het verkoopbeding bij *pignus* toe te passen op de *fiducia*, stuit men op het probleem dat hier, anders dan bij pand, de crediteur door de eigendomsoverdracht al

---

(18) KASER, (zie noot 11) 109-117. Vóór hem had H. KRELLER, „Formula fiduciae und Pfandedikt“, 62. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, rom. Abt.* 1942, 143-208 reeds gewezen op de nauwe functionele betrekkingen tussen *fiducia* en *pignus*.

eigenaar van de *res fiduciaria* geworden was en dus eigenlijk geen behoefte had aan een machtiging tot verkoop. Over de vraag waarom het blijkens de bewaard gebleven akten in de praktijk gebruikelijk was om bij *fiducia* een verkoopbeding te sluiten, is de afgelopen 100 jaar een overvloedige literatuur ontstaan. De theorieën die hierover zijn geformuleerd zijn globaal in een drietal typen te verdelen(19).

- a. Ten eerste zijn er de theorieën die gekenmerkt worden door het feit dat volgens de betreffende auteurs de *bona fides* van essentieel belang was voor de *fiducia cum creditore*(20). In een concreet geval zou niet een eventueel vervalbeding of verkoopbeding maar de *bona fides* bepalen of de *fiduciarius* de zaak mocht houden resp. verkopen. In deze visie is het verkoopbeding niet een machtiging tot verkoop maar diende het slechts om de modaliteit van de verkoop te regelen.

Deze *bona fides*-theorieën kunnen niet overtuigen omdat zij impliceren dat in een bepaald geval de fiduciant met een beroep op de *bona fides* kon beletten dat de *fiduciarius* de zaak zou verkopen. Als dat zo zou zijn, hoefden partijen helemaal geen verkoopbeding meer te maken want niet alleen de verkoop maar ook het tijdstip, de plaats en de wijze waarop verkocht zou worden, zouden dan bepaald worden door de goede trouw. Waarom zouden de partijen dan *überhaupt* dergelijk bedingen in hun contract opnemen?

- b. Ten tweede kan de „vervaltheorie” genoemd worden, die met name verdedigd is door Erbe(21). Deze houdt in dat bij niet tijdige aflossing van de schuld het onderpand verviel aan de crediteur. Dit verval zou niet berusten op enig beding, maar inherent zijn aan *fiducia cum creditore* als vorm van zakelijke zekerheid. Aanvankelijk zou de *fiduciarius* zijn vordering slechts kunnen verhalen op de in onderpand gegeven zaak zelf („*reine Sachhaftung*”). Omdat een dergelijke vorm van verval ongunstig voor de *fiduciarius* kon uitpakken doordat de zaak in waarde kon verminderen, was het volgens Erbe gebruikelijk geworden om aan de overeenkomst een *pactum vendendi* toe te voegen dat steeds gepaard ging met de clause dat de debiteur recht hield op een eventueel *superfluum* en dat bij een eventueel *reliquum*, dat wil zeggen als het verkochte

---

(19) Zie voor een uitgebreid overzicht, NOORDRAVEN (zie noot 10) 231 e.v. (= prfs. 285 e.v.).

(20) Zie bijvoorbeeld P. OERTMANN, *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlijn, 1890, 19 ev.; C. LONGO, *Corso di diritto romano: la fiducia*, Milaan, 1933 en van dezelfde auteur „Fiducia cum creditore”, *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia, 1933, 794 e.v.

(21) W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940, 36 e.v.

pand minder had opgebracht dan de vordering, de crediteur nog een vordering op de debiteur hield voor het resterende bedrag. Hij verwijst hiervoor naar de zogenaamde *mancipatio Pompeiana*, een inscriptie op een met was bestreken tafeltje uit het jaar 61, die een dergelijke combinatie zou bevatten. Volgens deze „vervaltheorie” zou het verkoopbeding dus een machtiging tot verkoop ingehouden hebben.

Ons bezwaar tegen deze theorie is dat ook hiermee niet verklaard wordt waarom de *fiduciarius* als eigenaar behoefte zou hebben aan een machtiging tot verkoop. Een aantal auteurs tracht zich hieruit te redden door het in dit verband over „verval” te hebben; het zou ook bij *fiducia cum creditore* om een oneigenlijk verval gegaan zijn, omdat de *fiduciarius* bij niet tijdige inlossing van de schuld „definitief” eigenaar geworden zou zijn. Een dergelijk woordgebruik komt in de Romeinse bronnen echter niet voor; veeleer blijkt dat de *fiduciarius* meteen na de overdracht volledig eigenaar was, zodat er van verval in eigenlijke zin geen sprake kon zijn(22).

- c. Ten derde kan worden genoemd de „bewaartheorie”. Deze houdt in dat de *fiduciarius* aanvankelijk zijn vordering in het geheel niet op de *res fiduciaria* kon verhalen maar alleen het recht had om de zaak voor de debiteur te bewaren. In later tijd zou de *fiduciarius* bij een niet-betalen van zijn debiteur gerechtigd zijn geweest om de zaak als betaling in eigendom te houden of te gelde te maken, als hij dat bedongen had door middel van een aan het *pactum fiduciae* toegevoegd beding; hetzij een vervalbeding hetzij een verkoopbeding. Volgens Burdese, die deze theorie laatstelijk verdedigde, was het sluiten van één van deze *pacta* zelfs essentieel voor *fiducia cum creditore*(23). In deze „bewaartheorie” diende het verkoopbeding dus ook om de *fiduciarius* te machtigen tot verkoop van de zaak. Zij verklaart echter evenmin waarom de crediteur behoefte zou hebben gehad aan een dergelijke machtiging.

---

(22) Bovendien is Erbe's veronderstelling dat aan het verkoopbeding steeds een regeling van een *superfluum* en *reliquum* gekoppeld was, weinig overtuigend. De *mancipatio Pompeiana* (zie *Fontes Iuris Romani Antiqui* [= *FIRA*] III, *Negotia*, ed. V. ARANGIO-RUIZ, Florence, 1972, 291-294) is namelijk zeer gebrekkig overgeleverd; met name de zinsnede waarin sprake zou zijn van het *superfluum* en het *reliquum* berust volledig op reconstructie door V. Arangio-Ruiz. In de modeltekst van een *pactum fiduciae*, de zogenaamde *formula Baetica* (zie hieronder, hfdst. IV), komt een dergelijke regeling helemaal niet voor. Wij menen dan ook dat het niet gebruikelijk was om een *superfluum-reliquum* regeling aan het verkoopbeding toe te voegen; een dergelijke regeling had bovendien geen zin omdat de *fiduciarius* immers al eigenaar van de fiduciaire zaak was.

(23) A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Turijn, 1948, 9 e.v.

13. Recentelijk zijn twee min of meer nieuwe theorieën geformuleerd die met elkaar gemeen hebben dat ze beide in beginsel uitgaan van de bewaartheorie. Het gaat om de monografieën van Noordraven en Dunand. Zo'n tien jaar geleden maakte Noordraven een mix van de bewaartheorie en de twee andere theorieën en voegde daar een nieuw element aan toe(24). Volgens Noordraven gold in het oudere recht dat als partijen geen tijdstip van betaling hadden afgesproken, de *fiduciarius* slechts de zaak kon bewaren. Was er wel een tijdstip afgesproken en betaalde de debiteur niet tijdig, dan verviel de zaak automatisch (dus zonder beding) aan de *fiduciarius*. Een vervalbeding zoals dat bekend is bij *pignus*, komt namelijk helemaal niet voor bij *fiducia*. Over het verkoopbeding bij *fiducia* meent Noordraven dat het slechts diende om een billijke afrekening mogelijk te maken en dat in de klassieke tijd het maken van zo'n beding rechtens zelfs verplicht was; „verval” kwam toen niet meer voor en was zelfs verboden.

14. Wij hebben verschillende bezwaren tegen Noordraven's reconstructie. Ten eerste is deze niet in overeenstemming met de best bewaarde akte van een fiduciaire eigendomsoverdracht, de zogenaamde *formula Baetica*(25). Het verkoopbeding in deze akte luidt:

Si pecunia sua quaque die L. Titio h(eredi)ve ejus data soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia, sive quae mancipia ex is [vellet], ubi et quo die vellet, pecunia praesenti venderet.

Als het geld op die dag niet aan L. Titius of diens erfgenaam betaald is, dat hij dan die grond en die slaven, of welke slaven daarvan hij wil, à contant mag verkopen waar en op welke dag hij wil.

Het is duidelijk dat deze bepaling Titius niet verplicht tot verkoop. Zou dat het geval zijn, dan zou men verwachten dat hier ook een termijn genoemd zou worden waarbinnen de verkoop zou moeten plaats vinden. Anders zou zo'n beding immers geen betekenis hebben. In deze akte ontbreekt een dergelijke termijn. Bovendien staat hier wel in dat de *fiduciarius* mag kiezen welke van de fiduciair overgedragen slaven hij wil verkopen; zo'n keuzemogelijkheid is niet te rijmen met een verplichting om te verkopen(26).

---

(24) G. NOORDRAVEN, (zie noot 10) 236 e.v., vooral 259 e.v. (= prfs. 290 e.v., vooral 317 e.v.).

(25) Cf. FIRA (zie noot 22) 295-297.

(26) Bovendien zou de debiteur de crediteur moeten kunnen aanspreken als die zijn verkoopplicht niet nakwam. De *actio fiduciae* was echter zo geformuleerd, althans in de reconstructie van O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927, rpt. 1974, 292, dat dit niet mogelijk was. NOORDRAVEN, (zie noot 10) 335-338 (= prfs. 413-415) reconstrueert de formula dan ook anders.

Ook voor het verbod van een vervalbeding is in de bronnen geen steun te vinden. Van twee van de drie door Noordraven aangevoerde teksten is onzeker of ze wel over *fiducia* gaan(27). De derde, P.S. 2.13.5, heeft hij naar onze mening verkeerd vertaald. De tekst luidt als volgt:

*Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore creditor denunciare ei sollemniter potest et distrahere: nec enim in tali conventionem fiduciae actio nasci potest.*

Als tussen crediteur en debiteur overeengekomen is dat hij de fiduciaire zaak niet aan zichzelf mag verkopen, dan kan, als de debiteur niet betaalt, de crediteur hem een plechtige aanzegging doen en verkopen; uit zo'n overeenkomst kan immers niet een *actio fiduciae* ontstaan.

Noordraven vertaalt de zinsnede „*ut ... liceat*” anders, namelijk „dat het hem (de crediteur) niet is toegestaan de *fiducia* te verkopen”(28). Dit lijkt ons niet juist. Ten eerste staat „*sibi*” bij „*vendere*” en niet bij „*liceat*”. Bovendien blijkt uit de context dat het hier moet gaan om verkoop door de crediteur aan zichzelf. Blijkens par. 3 kan de debiteur de zaak niet aan de crediteur verkopen maar wel aan een derde. In par. 4 staat dat een crediteur niet met behulp van een stroman de zaak kan kopen als de debiteur dat niet wil. In par. 5 staat alleen, dat als partijen afspreken dat de crediteur de zaak niet aan zichzelf mag verkopen, dat hij deze dan wel aan een ander mag verkopen.

15. Twee jaar geleden kwam Dunand met nog weer een andere variant op de bewaartheorie(29). Volgens hem moest de *fiduciarius* de hem in eigendom overgedragen zaak bewaren om, zodra de fiduciant zijn schuld betaalde, deze te restitueren. Deze restitutieplicht zou niet berusten op het *pactum fiduciae*, zoals door een aantal auteurs wordt verondersteld, maar op de *mancipatio fiduciae causa* zelf. Bij de *nuncupatio*, de bij de *mancipatio* gebruikelijke mondelinge verklaring, zou namelijk de formule „*mancipio dare ut remancipetur*” zijn

---

(27) Het gaat om Ulp. D. 13.7.24 pr. en Just. C. 8.33.3 pr. Beide teksten gaan over de *impetratio possessionis*, het verkrijgen van het bezit door een pandcrediteur met toestemming van de keizer. Volgens Ulpianus kan de crediteur, als de zaak daarna onder hem wordt uitgewonnen, de debiteur niet meer aanspreken uit pand. NOORDRAVEN, (zie noot 10) 260-261 (= prfs. 318-319) meent dat deze tekst betrekking heeft op *fiducia* en leidt hieruit af dat, als de crediteur alleen met toestemming van de keizer zich het pand kon toeëigenen, verval als zodanig uitgesloten was. Als de tekst al over *fiducia* zou gaan, zou ons inziens hieruit alleen blijken dat de crediteur met het verkrijgen van het bezit zijn recht verwerkt heeft om de debiteur uit *fiducia* aan te spreken. De tekst van Justinianus gaat zoals gezegd ook over *impetratio possessionis*, maar dat lijkt ons onvoldoende reden om met Noordraven, (zie noot 10) 361-362 (= prfs. 319-320) aan te nemen dat hij ook over *fiducia* gaat.

(28) NOORDRAVEN, (zie noot 10) 259-260 (= prfs. 317-318).

(29) DUNAND, (zie noot 12) 123 e.v., vooral 138 e.v.

uitgesproken. Bovendien zou ons geen *pactum fiduciae* bekend zijn waarin een dergelijke restitutieplicht is opgenomen. Het *pactum fiduciae* diende volgens hem slechts om het doel van de fiduciaire eigendomsoverdracht te preciseren en om de verplichting tot restitutie te begrenzen. Dit laatste kon inhouden dat de *fiduciarius* zich de zaak mocht toeëigenen of haar mocht verkopen.

**16.** Aan deze reconstructie kleven twee bezwaren. Ten eerste komt, zoals Dunand ook zelf toegeeft, de frase „*mancipio dare ut remancipetur*” alleen voor in verband met de *emancipatio* en niet bij de *fiducia*. Het is echter niet aannemelijk dat bij de *fiducia* dezelfde *nuncupatio* gebruikt zou zijn als bij de *emancipatio*, die toch een heel ander doel had. Net zoals ook bij het mancipatie testament een eigen *nuncupatio* werd gebruikt, zal dat ook gebeurd zijn bij de *fiducia*. Als de *mancipatio* de *fiduciarius* niet verplichtte tot restitutie, kan het *pactum fiduciae* ook niet gediend hebben om hem daarvan te bevrijden. Wat dan wel de zin van het *pactum* is geweest, blijft dus ook in de theorie van Dunand onverklaard.

**17.** Ons inziens kan de functie van het verkoopbeding bij *fiducia* alleen verklaard worden binnen het kader van de *fiducia* zelf. Eén van de bijzondere aspecten van deze rechtsfiguur is de hierboven reeds genoemde *usureceptio*. Zoals gezegd versterkte deze bijzondere vorm van verkrijgende verjaring de positie van de fiduciant aanmerkelijk ten opzichte van de *fiduciarius*. Wij willen nu nagaan of het verkoopbeding misschien te verklaren is door het in verband te brengen met de *usureceptio*.

#### **IV. Verkoopbeding en *usureceptio***

**18.** De *usureceptio* was zoals gezegd een bijzondere vorm van verkrijgende verjaring die voornamelijk toepasselijk was bij *fiducia*. Zij was bijzonder omdat er slechts één termijn gold voor roerende en onroerende zaken, namelijk een jaar, en omdat zij ook toepasselijk was voor de fiduciant die zich eigenmachtig het bezit van de *res fiduciaria* verschafte. Volgens Gaius pleegde de fiduciant in dat geval geen *furtum* hoewel de betreffende zaak naar *ius civile* eigendom was van de *fiduciarius*.

**19.** De *usureceptio* is heel goed te verklaren in verband met de *fiducia cum amico*, de vermoedelijk oudste vorm van *fiducia*. Als de fiduciant

namelijk aan de *fiduciarus* vroeg hem de fiduciair overgedragen zaak terug te geven en als deze weigerde aan dat verzoek te voldoen, had hij geen enkel middel om die zaak in rechte op te eisen(30). Wanneer nu de fiduciant al dan niet met medewerking van de *fiduciarus* de zaak weer in zijn bezit had gekregen, kon hij door *usureceptio* na een jaar weer de eigendom naar *ius civile* verkrijgen(31). Het ligt dan ook voor de hand dat, wanneer de *fiduciarus* tijdens dit jaar de fiduciant zou aanspreken met de *reivindicatio*, de fiduciant zich met succes kon verweren door zich te beroepen op de *usureceptio*(32). Omdat de *fiducia cum amico* een soort bewaargeving was, had de *fiduciarus* immers geen belang bij het behouden van de zaak.

**20.** Dit lag anders toen de *fiducia* ook gebruikt ging worden voor de eigendomsoverdracht tot zekerheid. Toen kreeg de *fiduciarus* belang bij het behouden van de zaak omdat hij zich daarop zou moeten kunnen verhalen als de schuld niet werd betaald. Deze mogelijkheid zou kunnen worden gefrustreerd als de fiduciant de eigendom van de zaak door *usureceptio* weer terug kon krijgen zonder dat de schuld betaald was. Om de eigendomsoverdracht tot zekerheid toch aantrekkelijk te maken voor crediteuren, is de *usureceptio* op verschillende manieren ingeperkt. Ten eerste is zij uitgesloten in die gevallen, waarin de crediteur de fiduciaire zaak (grond of slaven) had verhuurd aan de debiteur of hem deze *precario* had laten hebben teneinde daarmee geld te verdienen en zo de schuld te kunnen betalen. Deze beperking kan in het kader van het procesrecht zijn geïntroduceerd. De *fiduciarus* kon echter ook zelf bij het maken van het *pactum fiduciae* zijn positie versterken ten opzichte van de debiteur/fiduciant.

---

(30) Aldus G. DIOSDI, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest, 1970, 117. Ook zo NOORDRAVEN, (zie noot 10) 187 (= prfs. 229-230).

(31) Hier is dan sprake van wat Gaius in *Inst.* 1.54 „*duplex dominium*” noemt, dubbel eigendom dat wel absoluut is maar niet eenvormig. Dit verklaart ook waarom de fiduciant zich niet schuldig maakte aan *furtum* als hij de zaak bij de *fiduciarus* weghaalde. Volgens M. KASER, *Das römischen Privatrecht* I, München, 1955, 127 (en later ook in de tweede druk van dit boek, 144) was hier sprake van gedeelde eigendom: in het oude Romeinse recht zou bij de fiduciaire overdracht het zakelijk recht van de fiduciant niet teniet zijn gegaan, deze zou ook daarna eigenaar gebleven zijn. Kaser's idee is nader uitgewerkt door F.B.J. WUBBE, „*Usureceptio und relatives Eigentum*”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 28 (1960) 13 ff. en vooral 38. DIOSDI (zie noot 30) 117-118 heeft echter aangetoond dat deze interpretatie niet juist is, onder anderen met het argument dat de *usureceptio* overbodig zou zijn omdat de debiteur bij betaling direct de exclusieve eigendom zou hebben gekregen. A.J. VAN DER WALT en D.G. KLEYN, „*Duplex Dominium: the History and Significance of the Concept of Divided Ownership*”, *Essays on the History of Law*, ed. D.P. VISSER, Kaapstad-Wetton-Johannesburg, 1989, 227 voegen daaraan toe dat het feit dat de debiteur pas na een jaar weer eigenaar werd, er op wijst dat hij na de *mancipatio* de eigendom volledig was kwijtgeraakt.

(32) NOORDRAVEN, (zie noot 10) 193 (= prfs. 237-238) veronderstelt dat de praetor in zo'n geval de actie zou weigeren of, later, een *exceptio doli* zou geven.

Dat dit ook gebeurde blijkt heel duidelijk uit de reeds eerder genoemde *formula Baetica*(33).

**21.** Het betreft hier een inscriptie op een bronzen plaat die in 1867 in Zuid Spanje is ontdekt en die dateert uit de eerste of tweede eeuw. Zij bevat een standaardtekst voor afspraken betreffende *fiducia cum creditore*, die aan de muur kon worden opgehangen en waarschijnlijk als model gebruikt werd door een *tabellio* (een soort notaris). De tekst bestaat uit twee delen: de vastlegging van de *mancipatio fiduciae causa* en het *pactum fiduciae*. Partijen zijn zogenaamd Dama, een slaaf van de crediteur L. Titius, en L. Baianus, de debiteur. Deze draagt in fiduciaire eigendom over een stuk grond en een slaaf, kennelijk de meest gangbare objecten van een *fiducia cum creditore*. Hier is vooral de tekst van het *pactum* van belang.

**22.** Het *pactum fiduciae* bestaat uit drie bepalingen. Ten eerste wordt afgesproken dat de *fiducia* zal duren totdat Baianus de hele schuld betaald heeft. Dan volgt het verkoopbeding, dat hierboven reeds is weergegeven, en tenslotte wordt vastgelegd dat, als L. Titius de zaak verkoopt, hij deze niet tegen zijn wil door *mancipatio nummo uno* hoeft te leveren en geen garantie voor uitwinning aan de koper hoeft te geven. Het is duidelijk dat de eerste en de derde bepaling in het voordeel zijn van de crediteur. Hij hoeft de zaak niet terug te geven als de debiteur slechts een deel van de schuld betaald heeft en hij hoeft niet tegen zijn zin aan een eventuele koper te garanderen dat hij hem in geval van uitwinning de koopsom of het dubbele daarvan terug zal geven(34). Waarin bestaat het voordeel van de crediteur bij de tweede bepaling?

Deze bepaling houdt in dat als Baianus zijn schuld niet op een bepaalde dag betaald heeft, Titius de grond en/of de slaaf mag verkopen waar en op welke dag hij wil. Wij veronderstellen dat de crediteur zich hiermee indekt tegen een beroep van de debiteur op *usureceptio*. Wat zou er namelijk gebeuren als de debiteur zich tegen de wil van de crediteur in het bezit van de grond of de slaaf zou stellen? De crediteur zou zich dan niet meer op de zaak kunnen verhalen door deze te verkopen. De crediteur/*fiduciarius* zou dan de debiteur met een eigendomsactie kunnen aanspreken, maar de debi-

---

(33) Zie noot 25.

(34) Hierover J.A. ANKUM, „Alla ricerca della *repromissio* e della *satisfatio secundum mancipium*”, *Atti della Accademia Romanistica Costantiniana, 4° Convegno Internazionale*, Perugia, 1981, 755-760.

teur/fiduciant zou zich, net als bij de *fiducia cum amico*, met succes kunnen beroepen op de *usureceptio*. Wanneer de crediteur nu een verkoopbeding had opgenomen in het *pactum fiduciae*, kon hij zich daarop beroepen tegenover de fiduciant: hij kon dan in een *replicatio pacti* stellen dat de fiduciant hem zelf had toegestaan de zaak te verkopen en dat hij hem daarom in het bezit van de zaak moest laten.

23. Het is voorsnog niet mogelijk om in de Digesten of in andere bronnen teksten aan te wijzen waarin een dergelijke gang van zaken voorkomt. Dit is enerzijds wellicht te verklaren uit het feit dat de *fiducia cum creditore* al in de late republiek volledig tot ontwikkeling gekomen was en problemen zoals met de *usureceptio* al lang waren opgelost in het *pactum fiduciae* toen de eerste ons bekende juristen hun *responsa* gingen optekenen. Eenzelfde verschijnsel doet zich voor met de *actio Publiciana*, waaraan in de Digesten slechts een korte titel (6.2) gewijd is. Anderzijds is dit ontbreken van bronnen uiteraard ook te wijten aan het feit dat de compilatoren in alle *responsa* van de klassieke juristen de *fiducia cum creditore* hebben vervangen door *pignus*.

Wat wel pleit voor de door ons voorgestelde verklaring van het verkoopbeding, is het feit dat zij naadloos aansluit bij de andere beperking van de *usureceptio*. Volgens Gaius, 2.60 kon de fiduciant zich niet op *usureceptio* beroepen als hij de zaak onder zich had op grond van huur of *precarium*(35). Door een dergelijke rechtsverhouding aan te gaan erkende de fiduciant impliciet het eigendomsrecht van de *fiduciarius* en sloot hij zijn eigen pretenties uit. Dat liet echter onverlet het recht op *usureceptio* in het geval de fiduciant op andere wijze in bezit van de fiduciaire zaak was gekomen. De *fiduciarius* kon zich daartegen alleen beschermen door in het *pactum fiduciae* de toezegging van de fiduciant op te nemen dat hij, de *fiduciarius*, als de schuld niet op tijd betaald werd, de zaak zou mogen verkopen als hij dat wilde. Door die toezegging maakte de fiduciant het voor zichzelf onmogelijk om zich later te beroepen op *usureceptio*.

## V. Conclusie

24. In de inleiding hebben wij gesteld dat de *fiducia cum creditore* voorkwam in het Romeinse recht in de tijd van de republiek en de

---

(35) Gaius, *Inst.* 2.60.

vroege keizertijd. Zij werd niet geïncorporeerd in het *Corpus Iuris Civilis* van Justinianus en is pas vrij recent bekend geworden aan de moderne rechtswetenschap. Aangezien het huidige systeem van zakelijke rechten in de middeleeuwen is ontwikkeld op grond van het *Corpus Iuris Civilis*, kwam de *fiducia cum creditore* daar niet in voor. De moderne romanistische wetenschap heeft het huidige systeem van zakelijke rechten teruggeprojecteerd op het Romeinse recht en vervolgens getracht de *fiducia cum creditore* daarin in te passen door haar te beschouwen als een vorm van *pignus*. Deze pogingen waren tot mislukken gedoemd omdat ze berusten op een anachronistische benadering.

**25.** Wij hebben getracht duidelijk te maken dat *fiducia* en pand in het Romeinse recht fundamenteel verschillende rechtsfiguren waren, en wel naar aanleiding van het zogenaamde verkoopbeding. Dit beding kwam bij beide rechtsfiguren voor maar had daarbij niet dezelfde functie. Het verkoopbeding bij pand diende in het bijzonder om de crediteur te machtigen tot executie. Het verkoopbeding bij *fiducia cum creditore* diende (althans volgens ons) om de fiduciant impliciet afstand te laten doen van zijn recht om zich te beroepen op *usureceptio*.

**26.** Als deze conclusie juist is, zou zij de discussie over de vraag in hoeverre leasing onder het *fiducia*-verbod valt, kunnen doen verstommen. Immers wanneer men de begrippen *fiducia* en leasing in historisch perspectief plaatst, wordt duidelijk dat dit ook fundamenteel verschillende rechtsfiguren zijn. *Fiducia cum creditore* is een rechtsfiguur van eigen aard, afkomstig uit het Romeinse recht. Leasing is eveneens een rechtsfiguur van eigen aard maar afkomstig uit het Amerikaanse recht. Hoewel deze twee rechtsfiguren dogmatisch gezien enige overeenkomst met elkaar vertonen, hebben zij historisch gezien niets met elkaar uit te staan. Het lijkt ons dan ook onjuist om leasing te doen vallen onder het *fiducia*-verbod. Ook lijkt het ons moeilijk om leasing met al zijn verschijningsvormen in te passen in ons gesloten systeem van zakelijke rechten. Aangezien leasing niet meer uit het moderne recht is weg te denken, verdient het aanbeveling ook deze rechtsfiguur te aanvaarden als een rechtsfiguur van eigen aard.