



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De actio negatoria : een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht

Es, P.C. van

Citation

Es, P. C. van. (2005, October 5). *De actio negatoria : een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht. Meijers-reeks*. Wolf Legal Publishers, Nijmegen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4301>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4301>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

3 | De *actio negatoria* in het Romeinse recht

3.1 INHOUD EN OORSPRONG VAN DE *ACTIO NEGATORIA*

De benaming *actio negatoria* (of '*negativa*') werd gebruikt voor een aantal acties die alle gemeen hadden dat het bestaan van een recht van vruchtgebruik¹ of een bepaalde erfdienstbaarheid werd ontkend.² Het ontstaan van deze groep acties hing mogelijk samen met de overgang van de oude procesvorm *per legis actiones* naar het in het vorige hoofdstuk beschreven proces *per formulas*.³ Ten tijde van het proces *per legis actiones* werd over zakelijke posities geprocedeerd door middel van de *legis actio sacramento in rem*. Het verloop van zo'n proces is, waar het de *rei vindicatio* betrof, beschreven door Gaius in Gai. 4,16 en 17. De zaak die werd opgeëist diende allereerst voor de *praetor* te worden gebracht of gedreven.⁴ Wanneer dit moeijlichkeiten gaf, mocht worden volstaan met een deel ervan. Te denken viel aan één schaap, wanneer een hele kudde werd opgeëist of aan een kluit aarde, wanneer over een perceel grond werd geproce-

1 Dat wil zeggen: *ususfructus*, waaronder begrepen het met minder bevoegdheden gepaard gaande zakelijke recht van gebruik (*usus*).

2 Zie D. 8,5,2 *pr.* (Ulpianus), alsmede Glück (1808), § 685, p. 231, Schmidt (1850), p. 159-160, Vangerow (1863), § 353, p. 768 en Arndts (1883), § 169, p. 298. Zie ook Kaser RP I, p. 437, welk boek er in noot 58 op dezelfde pagina – samen met de daar vermelde schrijvers – echter van uitgaat dat met de term '*actio negativa*' bedoeld werd op iedere actie met een negatief geformuleerde *intentio*. Dit zou betekenen dat de actie waarmee een erfdienstbaarheid met een negatieve strekking (bijvoorbeeld een erfdienstbaarheid die inhield dat de buurman niet hoger dan een bepaalde hoogte mocht bouwen) geldend werd gemaakt, een *actio negativa* zou zijn, terwijl de actie waarmee een dergelijke erfdienstbaarheid met een negatieve strekking werd ontkend, dit niet zou zijn. De vraag of er een van de *actio negatoria* afwijkende *actio prohibitoria* heeft bestaan, wordt in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten. Zachariä (1845), p. 258-288 heeft het bestaan van een dergelijke afzonderlijke actie geopperd, maar het bestaan ervan is ontkend door onder andere Hesse (1866b), p. 75-77. Zie over de *actio prohibitoria* ook Kaser RP I, p. 446 noot 75 en Lenel (1927), p. 190-191.

3 Deze overgang begon in de derde eeuw voor Chr. (zie Kaser/Hackl ZP, p. 151). De *lex Aebutia* uit de tweede eeuw voor Chr. gaf het proces *per formulas* een wettelijke basis voor bepaalde *actiones in personam* (de *condictiones*). Zie hierover Kaser/Hackl ZP, p. 159. De overgang was voltooid toen de *actio per formulam* een algemene wettelijke basis kreeg in de twee *leges Juliae* uit 17 voor Chr. (waarover § 2.1 noot 1 hierboven).

4 Of een zaak 'gebracht' of 'gedreven' (*afferri adducive*) werd, was afhankelijk van de vraag of het om levende roerende zaken ging zoals vee en slaven, of om andere zaken (Van Oven (1945), p. 96).

deerd. Vervolgens ‘vindiceerden’⁵ beide partijen de zaak. Dit hield in dat zij met een staf (*festuca*) in de hand de litigieuze zaak (in het voorbeeld van Gaius een slaaf) vastgrepen en een gestandaardiseerde formule uitspraken die onder meer inhield: ‘Ik verklaar dat deze slaaf krachtens Quiritisch recht van mij is...’ (*‘Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio...’*). Onder het uitspreken van deze woorden werd de *festuca* op de slaaf gelegd. De *praetor* beëindigde vervolgens deze symbolische strijd door te bevelen de slaaf los te laten: *‘Mittite ambo hominem’*. Daarna daagden beide partijen elkaar uit tot een rituele weddenschap (*sacramentum*) waarbij het ging om de vraag wie zonder recht (*iniuria*) had gevindiceerd. In het kader van deze weddenschap dienden de partijen een bepaalde geldsom in te zetten. Het *sacramentum* was in oorsprong waarschijnlijk een eed. Door in strijd met de waarheid te verklaren dat met recht was gevindiceerd, stelden de partijen zich bloot aan de wraak der goden. Deze wraak kon worden afgekocht door offers en later ook door geldsommen.⁶ De door de verliezende partij ingezette geldsom verviel aan de staat.⁷

Over het verdere verloop van de procedure, na het aangaan van de weddenschap, bericht Gaius in Gai. 4,16 slechts dat hierna dezelfde procedure volgde als wanneer een persoonlijke actie werd ingesteld. Uit de overgeleverde restanten van Gai. 4,15 kan worden afgeleid dat in de tweede fase van het proces, *apud iudicem*, de rechter oordeelde over de vraag wiens ingezette geldsom aan de staat verviel. In dit kader diende de rechter eerst over de eigendomsvraag te oordelen. Op indirecte wijze werd aldus beslist over het geschil waar het de partijen om begonnen was.

Aangenomen moet worden dat niet alleen over eigendom, maar ook over vruchtgebruik en erfdienstbaarheden geprocedeerd kon worden door middel van het proces *per legis actiones*.⁸ De in die gevallen bij de (*contra*)*vindicatio* uit te spreken formuleringen zijn niet overgeleverd. Het is aannemelijk dat zij voor de vindicatie van het vruchtgebruik respectievelijk een erfdienstbaarheid van weg ongeveer aldus hebben geluid: *‘aio ius mihi esse eo fundo uti frui’* en *‘aio ius mihi esse per fundum illum ire agere’*. De bijbehorende *contravindicatio*-*nes* zouden dan als volgt kunnen zijn geformuleerd: *‘nego tibi ius esse eo fundo uti frui’* respectievelijk *‘nego tibi ius esse per fundum illum ire agere’*.⁹ Kaser gaat er – voor het geval van erfdienstbaarheden – van uit dat er een oudere formulering dan het *‘ius tibi non esse’* heeft bestaan. Dit omdat het opeisen van erfdienstbaarheden met het proces *per legis actiones* al mogelijk was op een

5 *Vindicare* is mogelijk afgeleid van *vim dicere*: geweld aanzeggen (Kaser/Hackl ZP, p. 96 noot 41 en Van Oven (1945), p. 58).

6 Zie Kaser (1956), p. 33 en Kaser/Wubbe (1971), p. 383.

7 Zie Gai. 4,16.

8 Zie Kaser (1963), p. 368-369, Kaser (1985), p. 6 noot 14 en p. 35-36 (over het opeisen van een erfdienstbaarheid) en Van Oven (1945), p. 105.

9 Zie Van Oven (1945), p. 105 en Du Roi (1857), p. 30.

tijdstip dat het recht van erfdienstbaarheid nog niet zo scherp als zelfstandig (beperkt) recht – los van het recht van eigendom – kon worden gezien.¹⁰ Kaser oppert de volgende formulering voor de *vindicatio* respectievelijk de *contra-vindicatio* van een erfdienstbaarheid: ‘*iter in hoc fundo Corneliano ex iure Quiritium meam esse aio*’ en ‘*iter in hoc fundo Corneliano ex iure Quiritium tuum esse nego*’.¹¹ Wat er ook zij van de precieze wijze waarop ten tijde van het proces *per legis actiones* over het vruchtgebruik en de erfdienstbaarheden werd geprocedeerd, het is een aannemelijke hypothese dat de oorsprong van de *actio negatoria* gelegen is in de tweezijdigheid van dit proces.¹² Binnen één en dezelfde procedure beriep de ene partij zich op het bestaan van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid, terwijl de andere partij het bestaan van een dergelijk recht expliciet ontkende. Toen het proces *per formulas* het proces *per legis actiones* verdrong, zijn voor beide standpuntbepalingen, die door de partijen tijdens het proces *per legis actiones* in één proces werden uitgesproken, afzonderlijke *formulae* in het leven geroepen: de *formula* van de *actio confessoria* voor degene die zich op het bestaan van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid beriep en de *formula* van de *actio negatoria* voor degene die het bestaan van een dergelijk recht ontkende. De constatering dat er een historische band bestaat tussen de *actio negatoria* in het *formula*-proces en de wijze waarop tijdens een het proces *per legis actiones* een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid werd opgeëist, is niet zonder belang. Zoals hieronder nog aan de orde zal komen,¹³ verklaart dit het beperkte toepassingsgebied van de *actio negatoria* in het Romeinse recht, dat wil zeggen het feit dat met de *actio negatoria* alleen kon worden opgetreden tegen inbreuken op het eigendomsrecht die correspondeerden met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid.

10 Kaser (1985), p. 35-36. Met betrekking tot het vruchtgebruik merkt Kaser op p. 34 noot 102 op: ‘...Heute nehme ich an, daß der ususfructus erst auf einer jüngeren Stufe sogleich als beschränktes dingliches Recht von eigener Art ins Leben getreten ist...’. Zie echter ook Kaser (1963), p. 367-369 waar hij voor het eerst afstand neemt van het idee dat ‘*ususfructus*’ is ontstaan als functioneel gedeelde eigendom, maar waar nog wel wordt aangenomen dat het vruchtgebruik ten tijde van het proces *per legis actiones* aldus werd opgeëist dat beide partijen de volgende stelling innamen: ‘*aio usum fructum mihi (of meam) esse huius fundi Corneliani*’.

11 Kaser (1985), p. 35.

12 Zie Kaser (1985), p. 35 die spreekt over: ‘...der Urform der *actio negatoria* als Widerspiel der *actio confessoria* (vind. *Servitututis*)...’. Zie ook Henle (1915), p. 66, Kaser RP I, p. 143 noot 6, Franciosi (1967), p. 13-14, Du Roi (1857), p. 30-31 en Van Oven (1945), p. 105.

13 Zie p. 46-47 hieronder.

3.2 DE *FORMULAE* VAN DE *ACTIO NEGATORIA*

Zoals hierboven¹⁴ al aan de orde kwam, was de *actio negatoria* een verzamelnaam voor een aantal acties die alle gemeen hadden dat het bestaan van een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid werd ontkend. Gaius schrijft in Gai. 4,3 over zakelijke acties ter ontkenning van ‘een recht van bijvoorbeeld gebruik of vruchtgebruik, overpad, dreef of waterleiding, van uitzicht of om hoger te bouwen’.¹⁵ Ook in de Instituten van Justinianus wordt de ontkenkende actie gekoppeld aan de ontkenning van deze zelfde beperkte zakelijke rechten:

‘Anderzijds zijn er ook betreffende vruchtgebruik of erfdienstbaarheden op landelijke en eveneens op stedelijke percelen omgekeerde acties ingevoerd, om het mogelijk te maken dat iemand beweert dat aan de wederpartij niet het recht van vruchtgebruik, overpad, dreef of waterleiding en verder van hoger te bouwen, van uitzicht, uitbouw of inbalking toekomt. Ook die acties zijn zakelijk, maar ontkenkend.’¹⁶

Voortbouwend op deze opsomming, heeft Lenel verschillende *formulae* van de *actio negatoria* gereconstrueerd. Toegesneden op de ontkenning van het recht van vruchtgebruik is de volgende *formula*:

‘Als komt vast te staan dat Numerius Negidius niet het recht heeft om tegen de wil van Aulus Agerius een vruchtgebruik uit te oefenen op de grond waarover geprocedeerd wordt en deze zaak niet naar het oordeel van de rechter wordt gerestitueerd, dan moet de rechter Numerius Negidius jegens Aulus Agerius tot zoveel geld veroordelen als het procesbelang waard zal zijn; indien dit niet komt vast te staan, moet hij hem vrijspreken.’¹⁷

De op ontkenning van een bepaalde erfdienstbaarheid (in dit voorbeeld een recht van weg)¹⁸ toegesneden *formula* luidde volgens Lenel als volgt:

14 Zie § 3.1 hierboven.

15 Gai 4,3: ‘...velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive...’ Zie voor de volledige tekst § 2.2 noot 14 hierboven.

16 Inst. Just. 4,6,2: ‘Contra quoque de usu fructu et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum invicem quoque proditae sunt actiones, ut quis intendat ius non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi, item altius tollendi prospiciendi prociendi immittendi: istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae.’

17 ‘Si paret Numerio Negidio ius non esse eo fundo quo de agitur uti frui invito Aulo Agerio neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantum pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito.’ (Lenel (1927), p. 190).

18 Het Romeinse recht kende drie soorten rechten van weg: *iter* (het recht om te voet of bereden over andermans erf te gaan), *actus* (het recht om vee over andermans erf te drijven) en *via* (het recht om met een wagen over andermans erf te rijden, welk recht tevens *iter* en *actus* insloot). Zie hierover Kaser RP I, p. 441.

‘Als komt vast te staan dat Numerius Negidius niet het recht heeft om tegen de wil van Aulus Agerius over die grond te gaan, dan moet de rechter Numerius Negidius jegens Aulus Agerius tot zoveel geld veroordelen als het procesbelang waard zal zijn; indien dit niet komt vast te staan, moet hij hem vrijspreken.’¹⁹

In de reconstructie van de laatste *formula* ontbreekt de *clausula arbitraria*.²⁰ De heersende mening is echter dat de *clausula arbitraria* wel degelijk deel uitmaakte van de *formulae* ter ontkenning van het bestaan van een erfdienstbaarheid.²¹ Dit is aannemelijk omdat zonder de *clausula arbitraria* de meeste in de bronnen aangereikte antwoorden op de hieronder in § 3.4 te behandelen vraag wat de eiser met de *actio negatoria* kon bereiken, niet kunnen worden verklaard.

3.3 DE *ACTIO NEGATORIA* ALS ZAKELIJKE ACTIE

In de hierboven aangehaalde teksten Gai. 4,3²² en Inst. Just. 4,6,2²³ komt duidelijk naar voren dat de *actio negatoria* werd aangemerkt als een zakelijke actie. Bij bestudering van de gereconstrueerde *formulae* valt echter op dat de *intentio*, in afwijking van de hoofdregel bij zakelijke acties, de naam van de gedaagde vermeldde. De verklaring hiervoor is gelegen in het feit dat de *actio negatoria* – als ontkenkende actie – een bijzondere zakelijke actie was. Bij niet-ontkenkende zakelijke acties moest de eiser het bestaan van de eigendom of een ander zakelijk recht bewijzen. Dit recht diende in de *intentio* te worden vermeld. Vermelding van de gedaagde in de *intentio* was hier niet op haar plaats. Het te bewijzen recht bestond immers niet alleen jegens de gedaagde, maar jegens iedereen. Dit lag anders bij de *actio negatoria*. Hier deed zich de situatie voor dat niet het bestaan van een bepaald recht moest worden bewezen, maar het niet-bestaan hiervan.²⁴ De *intentio* diende zich in zo’n geval tot een bepaalde persoon te richten omdat het proces was gericht op de ontkenning van het feit dat die bepaalde persoon over het onderhavige recht beschik-

19 ‘Si paret Numerio Negidio ius non esse per fundum illum ire agere invito Aulo Agerio, quanti ea res erit, tantum pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito.’ (Lenel (1927), p. 193). Zie voor de overige gereconstrueerde negatieve *formulae* Lenel (1927), p. 194.

20 ‘neque ea res arbitrio iudicis restituetur...’ (‘en als deze zaak niet naar het oordeel van de rechter zal worden gerestitueerd...’). Lenel (1927), p. 193 baseert het ontbreken van de *clausula arbitraria* in de *formulae* die betrekking hadden op het geldend maken of ontkennen van een erfdienstbaarheid op D. 5,3,19,3 (Paulus).

21 Zie Kaser (1968), p. 18 noot 3, Levy (1915), p. 11 noot 5, Windscheid/Kipp (1906), § 198, p. 1010 noot 5, Girard (1929), p. 374 noot 1, Kaser RP I, p. 438 noot 61, Van Oven (1945), p. 106 en Rainer (1987), p. 107.

22 Zie § 2.2 noot 14 hierboven.

23 Zie § 3.2 noot 16 hierboven.

24 Zie over de bewijslast bij de *actio negatoria* § 3.10 hieronder.

te, en niet op het feit dat het onderhavige recht – in abstracto – bestond. Het kon immers heel wel zijn dat het onbetwist was dat een erf belast was met een erfdienstbaarheid ten gunste van erf A, maar dat het bestaan van een erfdienstbaarheid ten gunste van erf B door de eigenaar van het erf werd bestreden. Met betrekking tot de ontkenning van een recht van vruchtgebruik geeft de hieronder²⁵ te bespreken tekst van D. 20,1,11,2 (Marcianus) een mooi voorbeeld. Het gaat in deze tekst om een geval waarin de *actio negatoria* werd ingesteld door een eigenaar die erkende dat er een recht van vruchtgebruik bestond, maar ontkende dat dit recht aan de gedaagde toekwam.

Veelal wordt aangenomen dat de grondslag van de *actio negatoria* – als zakelijke actie – gelegen was in het eigendomsrecht.²⁶ Deze gedachte is onjuist. Dit volgt in de eerste plaats uit Gai. 4,3. In deze tekst²⁷ wordt de *intentio* ‘dat een zaak van ons is’ (*nostram esse*) uitdrukkelijk gesteld naast de *intentio* ‘dat een bepaald recht niet bestaat. Wanneer de *actio negatoria* een (rechtstreeks) op het eigendomsrecht gebaseerde actie zou zijn geweest, dan zou ook van deze actie de *intentio* ‘*nostram esse*’ hebben moeten luiden. Ook uit de plaats in de Digesten waar de *actio negatoria* behandeld wordt, blijkt dat zij geen eigendomsactie was, maar een ‘*actio de servitute*’. De *actio negatoria* wordt namelijk behandeld in de Digestentitels 7,6 en 8,5 waarvan de opschriften luiden: ‘Opvordering van het vruchtgebruik dan wel ontkenning dat het aan een ander toekomt’²⁸ en ‘Opeisen van een erfdienstbaarheid dan wel ontkenning dat zij aan een ander toekomt’.²⁹ Een en ander roept de vraag op waaraan de *actio negatoria* haar zakelijke karakter ontleende, nu dit niet ontleend werd aan het zakelijke karakter van het eigendomsrecht. Het antwoord op deze vraag luidt dat de *actio negatoria* een zakelijke actie was omdat ermee werd geprocedeerd over de rechtstoestand van een bepaalde zaak (*res*), namelijk over de vraag of deze zaak al dan niet met een bepaald zakelijk (tegen derden werkend) recht was belast.³⁰ Bij Du Roi leest men in dit verband:

‘Der gemeinschaftliche Begriff der *actio in rem* ist, eine Klage *über* ein dingliches Recht, nicht, *aus* einem dinglichen Rechte.’³¹

²⁵ Zie p. 44-45 hieronder.

²⁶ Zie Windscheid/Kipp (1906), § 198, p. 1012, Vangerow (1863), § 353, p. 768, Dernburg (1912), § 219, p. 463, Arndts (1883), § 169, p. 298 en Puchta, § 172, p. 256. Genuanceerder is Brinz (1873), § 171, p. 666-667 die stelt dat de *actio negatoria* niet steunde op het eigendomsrecht in het algemeen, maar op een eigendomsrecht dat vrij was van het door de gedaagde gepretendeerde recht van vruchtgebruik of erfdienstbaarheid. Zo ook Van Oven (1945), p. 106.

²⁷ Zie § 2.2 noot 14 hierboven.

²⁸ ‘*Si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur*’.

²⁹ ‘*Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*’.

³⁰ Vgl. Hijmans (1926), p. 325 die de zakelijke actie (in een bepaalde fase van haar ontwikkeling) duidt als een *controversia de re*.

³¹ Du Roi (1857), p. 34 (cursivering toegevoegd).

Het feit dat de *actio negatoria* geen rechtstreeks op het eigendomsrecht gebaseerde actie was, neemt niet weg dat de *actio negatoria* materieel gezien wérkte als een eigendomsactie. Zij werd immers door de eigenaar³² ingesteld ter afwering van inbreuken op het eigendomsrecht. Zoals hieronder in § 3.7 nog uitgebreid zal worden behandeld, was deze werking door de aard van de *actio negatoria* echter beperkt tot inbreuken op het eigendomsrecht die corresponderden met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid.

3.4 WAT KON DE EISER MET DE *ACTIO NEGATORIA* BEREIKEN?

Het systeem van zakelijke acties in het Romeinse recht was er in hoofdzaak op gericht dat de zakelijk gerechtigde aan wie het bezit van een zaak ontnomen was, deze kon opeisen van iedere opvolgende bezitter. Zoals hierboven³³ beschreven, stelde de *iudex* eerst vast of het beweerde zakelijke recht daadwerkelijk bestond, waarna – bij een bevestigend antwoord – de gedaagde op grond van de *clausula arbitraria* in de gelegenheid werd gesteld de zaak te *restituere*. Dit hield in het geval van bezitsontneming in ieder geval in dat de zaak moest worden afgegeven. Wanneer de gedaagde niet aan zijn in het *iussum de restituendo* geformuleerde restitutieplicht voldeed, werd hij veroordeeld tot betaling van een bepaald geldbedrag (*quanti ea res erit*). In dit systeem van het (indirect) opeisen van een zaak, pasten de *rei vindicatio*, de *actio Publiciana*, de *actio Serviana*, de *vindicatio ususfructus* en de *hereditatis petitio*. De *vindicatio servitutis* en de *actio negatoria* pasten minder goed in dit systeem, omdat er in de gevallen waarin deze acties werden ingesteld – behalve wanneer de *actio negatoria* werd ingesteld tegen een bezittende vruchtgebruikpretendent – geen sprake was van bezitsverlies bij de eiser. In het onderstaande wordt nagegaan hoe de *actio negatoria* in het systeem van zakelijke acties werd ingepast en wat de eiser met de *actio negatoria* kon bereiken.

De *clausula arbitraria*, die deel uitmaakte van de *formula* van de *actio negatoria*,³⁴ speelde een centrale rol bij het verschaffen van een gepaste remedie aan degene die met de *actio negatoria* optrad. Het *restituere*,³⁵ waartoe de *clausula arbitraria* de mogelijkheid bood, kon namelijk ook een andere inhoud hebben dan de plicht om een zaak af te geven. De hieronder onder a. tot en met d. te bespreken remedies steunden op de *clausula arbitraria*.

32 Zoals hieronder in § 3.6 zal blijken, was alleen de eigenaar-naar-*ius-civile* actief gelegitimeerd tot de *actio negatoria*. Aan bepaalde andere personen kwam waarschijnlijk een *actio negatoria utilis* toe.

33 Zie § 2.1 en § 2.5 hierboven.

34 Zie § 3.2 hierboven.

35 Waarover § 2.5 hierboven.

a. *Beëindiging van een met het eigendomsrecht strijdige toestand*

Het instellen van de *actio negatoria* had in veel gevallen tot doel om een met het eigendomsrecht strijdige toestand te beëindigen. Gedacht kan worden aan de in de Digesten beschreven gevallen waarin een buurman balken had ingebouwd in het huis van de eiser, zijn huis te hoog had opgetrokken of een muur liet overhangen boven het naburige terrein.

D. 8,5,14,1 (Pomponius) en D. 8,5,17 *pr.* (Alfenus) gaan over een overhangende (gemeenschappelijke) muur:

‘Als een gemeenschappelijke muur als gevolg van een door u uitgevoerd werk naar mijn huis overhelt, zal ik tegen u kunnen procederen, stellende dat u het recht niet hebt die muur in die toestand te houden.’³⁶

‘Indien tussen twee huizen een muur loopt, die zo krom staat dat hij een halve voet of meer overhelt naar het huis van de buurman, dan moet men procederen met als stelling dat er geen recht bestaat om zonder zijn toestemming die muur zover boven zijn grond te laten uitsteken.’³⁷

D. 8,5,14 *pr.* (Pomponius) gaat over in andermans huis ingebouwde balken:

‘Stel dat een muur uitsluitend mij toebehoorde en dat ik u het inbouwen van de balken die u daar al eerder had, heb toegestaan. Indien u nieuwe wilt inbouwen, kan ik u dit beletten. Ja, ik zal zelfs tegen u kunnen procederen om te bereiken dat u de balken die u nieuw hebt ingebouwd, weer weghaalt.’³⁸

D. 8,5,15 (Ulpianus) behandelt het geval van een te hoog opgetrokken huis:³⁹

‘Door zijn huis hoger op te trekken, bewerkt iemand dat de lichtinval van het huis van een jongvolwassene onder de 25 jaar of van een onvolwassene, wiens curator of voogd hij was, belemmerd wordt. Alhoewel hijzelf en zijn erfgenamen reeds

36 D. 8,5,14,1 (Pomponius): ‘Si paries communis opere abs te facto in aedes meas se inclinaverit, potero tecum agere ius tibi non esse parietem illum ita habere.’

37 D. 8,5,17 *pr.* (Alfenus): ‘Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se.’

38 D. 8,5,14 *pr.* (Pomponius): ‘Si, cum meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna quae antea habueris: si nova velis immittere, prohiberi a me potes: immo etiam agere tecum potero, ut ea, quae nova immiseris, tollas.’

39 Zowel in deze paragraaf als bij de behandeling van D. 39,1,15 (Africanus) op p. 32-33 hieronder maak ik ter illustratie van de werking van de *actio negatoria* gebruik van teksten die gaan over de toepassing van een actie waarin het recht om een gebouw hoger op te trekken wordt ontkend (‘ius ... non esse aedes altius tollere’). De vraag die rijst, is of het hier ging om een *actio negatoria* of om een *actio confessoria* waarmee een negatief geformuleerde erfdienstbaarheid werd opgeëist. Naar mijn mening konden beide situaties zich voordoen. Van een *actio confessoria* was sprake wanneer ter bescherming van het uitzicht van

op die grond met een actie aansprakelijk zijn – aangezien hij niet zelf behoort te begaan wat hij uit hoofde van zijn functie aan een ander moet verhinderen te doen – moet aan de onvolwassene of minderjarige ook tegen de bezitter van dat huis een actie gegeven worden om te bereiken dat weggenomen wordt wat ten onrechte is aangebracht.⁴⁰

In alle bovenstaande fragmenten wordt gewezen op de *actio negatoria* als middel om een met het eigendomsrecht strijdende toestand ongedaan te maken. Dit doel werd bereikt doordat aan de gedaagde de plicht werd opgelegd om bij wijze van restitutie de onrechtmatige toestand daadwerkelijk te beëindigen.⁴¹

b. *Het voorkomen van (verdere) inbreuken op het eigendomsrecht*

De eiser in de *actio negatoria* kon op grond van deze actie bewerkstelligen dat de wederpartij een belofte aflegde met de strekking dat hij zich van verdere

de eigenaar van het heersend erf een erfdienstbaarheid bestond met de strekking dat de eigenaar van het daarvoor gelegen dienende erf zijn gebouwen niet verder dan een bepaalde hoogte mocht optrekken. Van een *actio negatoria* was sprake wanneer de buurman, in strijd met een vigerend bouwvoorschrift, hoger bouwde dan toegestaan. Ontkend werd dan het bestaan van een erfdienstbaarheid met de strekking dat, in afwijking van het bouwvoorschrift, wel hoger gebouwd mocht worden. Hijmans (1926), p. 212-213 gaat er op grond van D. 8,2,11 *pr.* (Ulpianus) van uit dat dergelijke bouwverordeningen, waarvan privaatrechtelijk kon worden afgeweken, hebben bestaan. Zo ook Glück (1808), § 669, p. 78, Rodger (1972), p. 34 en Johnston (1999), p. 70. Anders: Boháček (1939), p. 145 noot 6 die er – wijzend op onder meer D. 8,2,10 (Marcellus), D. 7,1,30 (Paulus) en D. 8,2,9 (Ulpianus) – van uitgaat dat het klassieke recht geen beperkingen kende met betrekking tot de hoogte van gebouwen. Zie uitgebreid over de verschillende theorieën met betrekking tot de *servitus altius tollendi*: Rainer (1987), p. 28-39. Ook wanneer zou moeten worden aangenomen dat D. 8,5,15 (Ulpianus) en D. 39,1,15 (Africanus) (alleen) betrekking hebben op de *actio confessoria* waarmee een negatief geformuleerde erfdienstbaarheid (het recht dat de buurman niet hoger mocht bouwen) geldend werd gemaakt, kunnen de teksten dienst doen als illustratiemateriaal bij de behandeling van de wijze waarop de *actio negatoria* werkte.

40 D. 8,5,15 (Ulpianus): ‘*Altius aedes suas extollendo, ut luminibus domus minoris annis viginti quinque vel impuberis, cuius curator vel tutor erat, officiatur, efficit: quamvis hoc quoque nomine actione ipse heredesque teneantur, quia quod alium facientem prohibere ex officio necesse habuit, id ipse committere non debuit, tamen et adversus possidentem eadem aedes danda est impuberi vel minori actio, ut quod non iure factum est tollatur.*’ In de tekst wordt naast de mogelijkheid om met een persoonlijke actie tegen de curator of voogd op te treden, de mogelijk vermeld om met de zakelijke *actio negatoria* op te treden. Het voordeel hiervan was dat deze actie niet alleen tegen de voogd of curator kon worden ingesteld, maar ook tegen iedere opvolgende bezitter.

41 Zie Girard (1929), p. 374 die het verwijderen van een in het huis van de buurman ingebouwde balk onder het *restituere* brengt. Zie ook Jörs/Kunkel (1949), § 79, p. 142 en Rainer (1987), p. 107.

stoornis zou onthouden (de *cautio de non amplius turbando*).⁴² Deze mogelijkheid wordt duidelijk geïllustreerd door D. 8,5,12 (Javolenus):

‘Ik heb geprocedeerd met als stelling dat mijn tegenpartij niet het recht heeft balken in mijn muur ingebouwd te hebben. Moet dan ook de garantie worden gegeven dat in de toekomst geen balken worden ingebouwd? Ik heb geantwoord: naar mijn mening behoort het tot de ambtsplicht van de rechter ervoor te zorgen dat ook inzake toekomstige werkzaamheden een garantie wordt gegeven.’⁴³

De rechter kon de gedaagde dwingen de *cautio de non amplius turbando* af te leggen door de verplichting hiertoe op te nemen in zijn *iussum de restituendo*, dat wil zeggen in de beschrijving van hetgeen naar zijn oordeel in het concrete geval in het kader van de restitutie diende te gebeuren.⁴⁴

Het is aannemelijk dat de *actio negatoria* ook zuiver preventief kon worden ingesteld, dat wil zeggen in een geval waarin nog geen daadwerkelijke inbreuk op het eigendomsrecht had plaatsgevonden, maar deze slechts dreigde.⁴⁵ In dit verband kan gewezen worden op D. 8,5,14 *pr.* (Pomponius) en D. 7,6,5,6 (Ulpianus):

D. 8,5,14 *pr.* (Pomponius): ‘Stel dat een muur uitsluitend mij toebehoorde en dat ik u het inbouwen van de balken die u daar al eerder had, heb toegestaan. Indien u nieuwe wilt inbouwen, kan ik u dit beletten. Ja, ik zal zelfs tegen u kunnen procederen om te bereiken dat u de balken die u nieuw hebt ingebouwd, weer weghaalt.’⁴⁶

D. 7,6,5,6 (Ulpianus): ‘Zoals de vruchten aan de vruchtgebruiker moeten worden afgegeven wanneer hij procedeert met een zakelijke actie ter erkenning van zijn recht, zo moeten ze ook aan de eigenaar worden afgegeven, wanneer deze zich bedient van de ontkenningssactie. Maar dit geldt alleen in al die gevallen waarin de eiser geen bezitter is (die acties komen immers ook aan de bezitter toe); zijn zij wel bezitters, dan krijgen zij niets aangaande de vruchten. Wat behelst de ambtsplicht van de rechter dus anders dan ervoor te zorgen dat de vruchtgebruiker

42 Zie onder meer Girard (1929), p. 374, Kaser RP I, p. 438 noot 61, Dernburg (1912), § 219, p. 464, Windscheid/Kipp (1906), § 198, p. 1010, Weiss (1949), p. 216, Van Oven (1945), p. 106 en Hijmans (1926), p. 233.

43 D. 8,5,12 (Javolenus): ‘Egi ius illi non esse tigna in parietem meum immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? respondi: iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat.’

44 Zie Girard (1929), p. 374, Jörs/Kunkel (1949), § 79, p. 142, Van Oven (1945), p. 106, Kaser/Hackl ZP, p. 338 noot 27 en Rainer (1987), p. 107.

45 Zie Windscheid/Kipp (1906), § 198, p. 1011-1012, Dernburg (1912), § 219, p. 464 noot 10, Arndts (1883), § 169, p. 299 en Rainer (1987), p. 105. Anders: Hesse (1866c), p. 122-123.

46 D. 8,5,14 *pr.* (Pomponius): ‘Si, cum meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna quae antea habueris: si nova velis immittere, prohiberi a me potes: immo etiam agere tecum potero, ut ea, quae nova immiseris, tollas.’

ongehinderd de vrijheid tot vruchttrekking kan verkrijgen en dat de eigenaar niet wordt gestoord?⁴⁷

Omdat het tweede deel van D. 8,5,14 *pr.* (Pomponius) – over het doen verwijderen van al ingebouwde balken – op de *actio negatoria* betrekking heeft, is het niet onaannemelijk dat ook het eerste gedeelte van de tekst, waarin een uitspraak wordt verlangd over nog niet ingebouwde balken, op de *actio negatoria* ziet. Het is echter ook niet uitgesloten dat in dit eerste deel wordt verwezen naar een ander rechtsmiddel, namelijk de *operis novi nuntiatio*.⁴⁸ Een sterkere aanwijzing dat met de *actio negatoria* ook kon worden opgetreden wanneer nog geen daadwerkelijke inbreuk op het eigendomsrecht van de eiser had plaatsgevonden, vindt men in D. 7,6,5,6 (Ulpianus). Uit deze tekst volgt dat de *actio negatoria* ter ontkenning van het bestaan van een recht van vruchtgebruik, ook kon worden ingesteld door een eigenaar die nog in het bezit van de zaak was. Wanneer de *actio negatoria* zuiver preventief werd toegepast, kon de gedaagde in het kader van het *iussum de restituendo* gedwongen worden om, in plaats van de *cautio de non amplius turbando*, de *cautio de non turbando* af te leggen.⁴⁹

c. *Afgifte van de zaak en de vruchten*

Het afgeven van een zaak en de vruchten kon ook bij de *actio negatoria* de inhoud vormen van het *restituere*. Dit deed zich voor wanneer de *actio negatoria* werd ingesteld tegen iemand die zich een recht van vruchtgebruik op een zaak aanmatigde en deze onder zich had.⁵⁰ De hierboven⁵¹ ook al geciteerde tekst van D. 7,6,5,6 (Ulpianus) beschrijft een geval waarin met de *actio negatoria* de vruchten werden opgeëist:

‘Zoals de vruchten aan de vruchtgebruiker moeten worden afgegeven wanneer hij procedeert met een zakelijke actie ter erkenning van zijn recht, zo moeten ze ook aan de eigenaar worden afgegeven, wanneer deze zich bedient van de ontkenningsactie. Maar dit geldt alleen in al die gevallen waarin de eiser geen bezitter is (die acties komen immers ook aan de bezitter toe); zijn zij wel bezitters, dan krijgen zij niets aangaande de vruchten. Wat behelst de ambtsplicht van de rechter

47 D. 7,6,5,6 (Ulpianus): ‘Sicut fructuario in rem confessoriam agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur: sed in omnibus ita demum, si non sit possessor qui agat (nam et possessori competunt): quod si possident, nihil fructuum nomine consequuntur. quid ergo officium erit iudicis quam hoc, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam, proprietatis dominus, ne inquietetur?’

48 Zie over de *operis novi nuntiatio* § 3.13.4 hieronder.

49 Zie Rainer (1987), p. 105.

50 Zie ook Girard (1929), p. 374 en Boháček (1936-1937), p. 25. Zie voor de verhouding tussen de *actio negatoria* en de revindicatie in deze gevallen § 3.11 hieronder.

51 Zie sub b in deze zelfde paragraaf.

dus anders dan ervoor te zorgen dat de vruchtgebruiker ongehinderd de vrijheid tot vruchttrekking kan verkrijgen en dat de eigenaar niet wordt gestoord?⁵²

Het begrip *restituere* hield in dit soort gevallen in dat de eiser in de positie moest worden gebracht, waarin hij zou hebben verkeerd wanneer de zaak hem ten tijde van de *litis contestatio* ter beschikking was gesteld.⁵³ Dit betekende dat op de grondslag van het *iussum de restituendo* behalve de zaak zelf, ook alle vruchten die de wederpartij ná het tijdstip van het tot stand komen van de *litis contestatio* had genoten of had kunnen genieten, moesten worden afgegeven of vergoed.⁵⁴ De afgifte of vergoeding van vruchten die vóór het tijdstip van de *litis contestatio* waren getrokken of hadden kunnen worden getrokken, kon niet op de *clausula arbitraria* worden gebaseerd. Met betrekking tot die vruchten was de regeling die in het geval van een revindicatie van kracht was, analoog van toepassing.⁵⁵ Deze hield in dat een afzonderlijke zakelijke actie (in het geval van nog aanwezige vruchten) of persoonlijke actie (in het geval van reeds verbruikte vruchten) moest worden ingesteld.⁵⁶

d. *Vergoeding van de na het tijdstip van de litis contestatio geleden schade*

Zoals hierboven al vermeld is, kon de restitutieplicht inhouden dat de schade die de eiser na het tijdstip van de *litis contestatio* als gevolg van de inbreukmakende handeling van de gedaagde had geleden, moest worden vergoed.⁵⁷ Bij deze te vergoeden schade kan in de eerste plaats gedacht worden aan zaakschade. Men stelle zich het geval voor dat degene die zich een recht van voetpad aanmatigt, bij de uitoefening hiervan een hek vernielt of kostbare gewassen vertrapt.⁵⁸ De voor vergoeding in aanmerking komende schade kon echter ook bestaan uit onkosten of gederfde inkomsten. De ingewikkelde

52 D. 7,6,5,6 (Ulpianus): 'Sicut fructuario in rem confessoriam agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur: sed in omnibus ita demum, si non sit possessor qui agat (nam et possessori competunt): quod si possident, nihil fructuum nomine consequuntur. quid ergo officium erit iudicis quam hoc, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam, proprietatis dominus, ne inquietetur?'

53 Zie § 2.5 hierboven.

54 Zie Kaser (1968), p. 7-8.

55 Zie Windscheid/Kipp (1906), § 198, p. 1012.

56 Zie D. 13,7,22,2 (Ulpianus): 'Als iemand die zich andermans zaak heeft toegeëigend deze zaak in pand gegeven heeft, komt hem de pandactie ook ter zake van de vruchten toe, hoewel hijzelf die vruchten niet tot de zijne zal maken; van iemand die zich andermans zaak toeëigent kunnen immers de nog aanwezige vruchten worden gerevindiceerd en de verbruikte vruchten met de conditie worden opgevorderd.' ('Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pignoratitia actio, quamvis ipse fructus suos non faciet (a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumpti condici)...'). Zie ook Hijmans (1926), p. 163 noot 1.

57 Zie § 2.5 hierboven.

58 Zie over de verhouding tussen de *actio negatoria* en de *actio legis Aquiliae* in dit soort gevallen § 3.12 hieronder.

en gekunsteld aandoende constructie die aan de vergoeding van dergelijke schade ten grondslag lag, wordt verwoord in D. 8,5,4,2 (Ulpianus):⁵⁹

‘Bij de erkenningsactie, die over een erfdienstbaarheid wordt ingesteld, worden ook de vruchten in aanmerking genomen. Laten wij dus eens bekijken wat de vruchten van een erfdienstbaarheid kunnen zijn. Welnu, het is het meest correct om alleen datgene tot de categorie “vruchten” te rekenen, wat kan gelden als een belang dat de eiser erbij heeft om niet gehinderd te worden in de uitoefening van zijn erfdienstbaarheid. Maar ook bij de ontkenningensactie wordt, zoals Labeo zegt, het belang dat de eiser erbij heeft dat zijn wederpartij geen gebruik maakt van het voetpad over zijn grond, tot de “vruchten” gerekend. Deze mening keurt ook Pomponius goed.’⁶⁰

Onder de ‘vruchten’ die de eiser met de *actio confessoria* en de *actio negatoria* gerestitueerd kon krijgen, werd dus het belang gerekend dat de eiser erbij had niet gehinderd te worden in de uitoefening van zijn erfdienstbaarheid respectievelijk het belang dat de eiser erbij had dat de gedaagde geen gebruik maakte van het voetpad over zijn grond.⁶¹ Waar het gaat om de *actio confessoria* kan bij het voor vergoeding in aanmerking komende (op geld waardeerbaar) belang van de eiser gedacht worden aan het volgende geval. De eigenaar van dienend erf A verhinderde de eigenaar van heersend erf B een te zijnen behoefte bestaande erfdienstbaarheid van weg uit te oefenen. De eigenaar van erf B, die dagelijks zijn vee naar de markt moest brengen, kwam met de eigenaar van het eveneens aan zijn land grenzende erf C overeen dat hij tegen vergoeding over diens land naar de markt mocht gaan. De kosten die de eiser gemaakt had om zich een andere weg te verschaffen, konden gerekend worden onder het belang dat de eiser erbij had niet gehinderd te worden in de uitoefening van zijn erfdienstbaarheid. Moeilijker te beantwoorden is de vraag welk voor vergoeding in aanmerking komend (op geld waardeerbaar) belang de eiser die de *actio negatoria* instelde, erbij kon hebben dat de wederpartij géén gebruik maakte van het voetpad over zijn grond. Mogelijk gaat het hier om het belang om een marktconforme vergoeding te verkrijgen voor de door de gedaagde aangematigde bevoegdheden. Wanneer B in het bovenstaande voorbeeld zonder toestemming van C met zijn vee over diens erf zou trekken,

59 Zie ook Puchta (1877), § 172, p. 257-258, Dernburg (1912), § 219, p. 465 en Brinz (1873), § 171, p. 670 die deze tekst ten grondslag leggen aan hun stelling dat met de *actio negatoria* schadevergoeding gevorderd kon worden.

60 D. 8,5,4,2 (Ulpianus): ‘In confessoria actione, quae de servitute movetur, fructus etiam veniunt. sed videamus, qui esse fructus servitutis possunt: et est verius id demum fructuum nomine computandum, si quid sit quod intersit agentis servitute non prohiberi. sed et in negatoria actione, ut Labeo ait, fructus computantur, quanti interest petitoris non uti fundi sui itinere adversarium: et hanc sententiam et Pomponius probat.’

61 Zie ook Medicus (1962), p. 249-250 en Kaser (1968), p. 18. Zie verder ook D. 8,5,6,6 (Ulpianus) en D. 22,1,19,1 (Gaius).

dan kon C met de *actio negatoria* die vergoeding vorderen waarvan kon worden aangenomen dat deze door B verschuldigd zou zijn geweest wanneer B en C overeenstemming zouden hebben bereikt over het gebruik van C's grond.

Het centrale tijdstip bij de bepaling van de inhoud van de restitutieplicht was dat van de *litis contestatio*.⁶² Voor het opeisen van vruchten met de *actio negatoria* betekende dit, dat alleen het 'belang' van de eiser zoals zich dat ná de totstandkoming van de *litis contestatio* manifesteerde, voor vergoeding op de grondslag van de *clausula arbitraria* in aanmerking kwam.

e. *Betaling van een geldsom (quanti ea res erit)*

Wanneer de gedaagde in de hierboven onder a. tot en met d. vermelde gevallen niet aan de hem opgelegde restitutieplicht voldeed, werd hij volgens de algemene op zakelijke acties van toepassing zijnde regel veroordeeld tot betaling van een geldsom (*quanti ea res erit*). Bij de bepaling van de omvang van deze geldsom werd in het geval van een *actio arbitraria* aansluiting gezocht bij de prestaties die volgens de rechter op grond van de restitutieclausule door de gedaagde verschuldigd waren. Het schattingsobject van de *litis aestimatio* werd gevormd door de in het *iussum de restituendo* vervatte prestaties.⁶³

f. *Het verkrijgen van een declaratoir vonnis*

Het valt niet met zekerheid te zeggen of de *actio negatoria* ook kon worden ingesteld met als enig doel het verkrijgen van een declaratoire uitspraak dat het in de *intentio* vermelde recht niet bestond. Om een dergelijke uitspraak mogelijk te maken, zou de rechter recht hebben moeten spreken op basis van een *formula* waarin een *condemnatio* ontbrak. Blijkens Gai. 4,44 bestonden dergelijke *formulae praeiudiciales*, maar in de daar vermelde (niet limitatieve) opsomming van *formulae praeiudiciales* komt de *actio negatoria* niet voor.⁶⁴ Gesteld echter dat de *formula* van de *actio negatoria* als *formula praeiudicialis* (dus zonder *condemnatio*) kon worden verleend, dan lijkt het niet waarschijnlijk dat hieraan veel behoefte heeft bestaan. Het ligt namelijk voor de hand dat in het geval van onenigheid over het bestaan van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid, niet de eigenaar op wiens eigendomsrecht (nog) geen inbreuk was gemaakt met de *actio negatoria* procedeerde, maar degene die het vermeende recht wilde uitoefenen met de *actio confessoria*.⁶⁵ Zodra de inbreuk op het eigendomsrecht een feit was, volstond de enkele vaststelling dat dit zonder recht was gebeurd niet meer: de eigenaar had in dat geval behoefte

62 Zie § 2.5 noot 37 hierboven.

63 Zie § 2.5 hierboven.

64 Ook in de uitgebreidere opsomming van *formulae praeiudiciales* in Kaser/Hackl ZP, p. 347-349 komt de *actio negatoria* niet voor.

65 Zie nader over de verhouding tussen de *actio negatoria* en de *actio confessoria* § 3.9 hieronder.

aan een *formula* met een *condemnatio*, op grond waarvan één of meer van de hierboven besproken maatregelen konden worden getroffen. En zelfs wanneer de *actio negatoria* in een enkel geval werd ingesteld ter voorkoming van een dreigende inbreuk op zijn eigendomsrecht, had de eiser baat bij het opnemen van een *condemnatio* in de *formula*: op grond van de in de *condemnatio* vervatte *clausula arbitraria* kon de gedaagde immers verplicht worden om de *cautio de non turbando* af te leggen.⁶⁶

g. *Stuiting van de verkrijgende verjaring van een erfdienstbaarheid of een recht van vruchtgebruik*

Hieronder komt de vraag aan de orde of de *actio negatoria* ook kon worden ingesteld met als voornaamste doel het stuiten van de verkrijgende verjaring van een erfdienstbaarheid of een recht van vruchtgebruik. In dit verband is het in de eerste plaats van belang op te merken dat erfdienstbaarheden in het vroege Romeinse recht door verkrijgende verjaring (*usucapio*) konden worden verkregen. Dit volgt uit het bestaan van een *lex Scribonia* (uit waarschijnlijk 50 voor Chr.)⁶⁷ die de mogelijkheid van de verkrijgende verjaring van erfdienstbaarheden afschafte.⁶⁸ De mogelijkheid van *usucapio* hing waarschijnlijk samen met het feit dat de oude landelijke erfdienstbaarheden (*iter*, *actus*, *via* en *aquae ductus*) in die tijd als *res corporales* werden gezien, waarvan het voor de *usucapio* vereiste bezit dientengevolge mogelijk was.⁶⁹ In de bedoelde periode had de *actio negatoria* zich echter nog niet tot een zelfstandige actie ontwikkeld. De ontkennende actie waarmee de verkrijgende verjaring van erfdienstbaarheden gestuit kon worden, lag nog besloten in de *contravindicatio* van het proces *per legis actiones*.⁷⁰ In het klassieke recht daarentegen werden alle erfdienstbaarheden als *res incorporales* gezien waarvan bezit niet mogelijk was. *Usucapio* van erfdienstbaarheden was daarom in die periode – nog afgezien van het bestaan van de *lex Scribonia* – óók op die grond niet meer mogelijk.⁷¹ Met betrekking tot het vruchtgebruik gold dat dit van meet af aan als *res incorporalis* werd beschouwd⁷² en dat verkrijgende verjaring hiervan in het voor-Justiniaanse recht om die reden nooit mogelijk is geweest.

66 Zie § 3.4 sub b hierboven. De opmerking van Windscheid dat bij de preventieve toepassing van de *actio negatoria* 'die Präjudizialnatur der Klage <rein hervor tritt>' is mijns inziens dan ook onjuist (Windscheid/Kipp (1906), § 198, p. 1012 noot 9).

67 Zie Kaser RP I, p. 445 noot 58.

68 Zie Kaser RP I, p. 444-445 en D. 41,3,4,28 (Paulus).

69 Zie Kaser RP I, p. 444 en p. 143 alsmede Girard (1929), p. 273 noot 3.

70 Zie § 3.1 hierboven.

71 Zie D. 8,1,14 *pr.* (Paulus) en Van Oven (1945), p. 148. Erfdienstbaarheden die sinds onheuglijke tijd werden uitgeoefend, en waarvan de rechtsgeldige vestiging niet meer kon worden bewezen, werden wel beschermd door een *actio utilis*. Zie hierover Kaser RP I, p. 445 en D. 8,5,10 *pr.* (Ulpianus).

72 Zie Kaser (1985), p. 34 noot 102.

Onder Justinianus werd het feitelijk uitoefenen van een erfdienstbaarheid of recht van vruchtgebruik aangemerkt als bezit van een recht (*possessio iuris*).⁷³ Deze erkenning van het bezit van onlichamelijke zaken opende (in combinatie met de buitenwerkingstelling van de *lex Scribonia* door Justinianus) de mogelijkheid om een erfdienstbaarheid of een recht van vruchtgebruik door verkrijgende verjaring te verkrijgen.⁷⁴ De verkrijgende verjaring van (zakelijke rechten op) onroerende zaken heette bij Justinianus *longi temporis praescriptio*.⁷⁵ De termijnen voor deze verjaring bedroegen tien jaar als de eiser en de gedaagde in dezelfde provincie woonachtig waren (*inter praesentes*) en twintig jaar wanneer dit niet het geval was (*inter absentes*).⁷⁶ Onder Justiniaans recht was het dus inderdaad denkbaar dat de *actio negatoria* werd gebruikt ter stuiting van de verkrijgende verjaring van een erfdienstbaarheid of een recht van vruchtgebruik.

3.5 DE *ACTIO NEGATORIA* EN HET ONTBREKEN VAN DE VERPLICHTING VOOR DE GEDAAGDE OM EEN ZAKELIJK PROCES TE VOEREN

De vaststelling dat de *actio negatoria* een zakelijke actie was,⁷⁷ brengt mee dat de hierboven in § 2.3 vermelde regel van toepassing was die inhield dat niemand gedwongen kon worden zich aan een zakelijke actie te onderwerpen.⁷⁸ Zoals hierboven in § 2.4 is uiteengezet, bestond er zowel voor het geval waarin een zakelijke actie betrekking had op een roerende zaak als voor het geval waarin een zakelijke actie betrekking had op een onroerende zaak een samenspel van regels om tegemoet te komen aan de belangen van de eiser die een onwillige gedaagde tegenover zich trof. Zowel de *actio ad exhibendum* (gevolgd door de machtiging van de *praetor* om de zaak mee te nemen), als het *interdictum quem fundum* en de overige hierop geënte interdicten boden – in het geval van een op bezitsverkrijging gerichte zakelijke actie – op zo’n manier bescherming aan de eiser dat hij door de verleende machtiging tot medeneming van de zaak of door afgifte (restitutie) in die feitelijke positie werd gebracht die overeenstemde met het zakelijke recht dat hij beweerde te hebben, zonder dat over het bestaan van zijn zakelijke recht een uitspraak

⁷³ Zie Kaser RP II, p. 256 en Kaser/Wubbe (1971), p. 100.

⁷⁴ Zie Kaser RP II, p. 256. Zie met betrekking tot de erfdienstbaarheid ook Kaser RP II, p. 301 en Feenstra (1994), nr. 162, p. 89 en met betrekking tot het vruchtgebruik: Kaser RP II, p. 305 en Feenstra (1994), nr. 168, p. 93.

⁷⁵ Zie Kaser RP II, p. 286. De *longi temporis praescriptio* was in de klassieke tijd een extinctieve verjaring die kon worden ingeroepen in bepaalde gevallen waarin door *usucapio* geen eigendom kon worden verkregen. Het ging dan om bezit van grond in de provincie of bezit door een niet-Romeins burger.

⁷⁶ Zie Kaser RP II, p. 286.

⁷⁷ Zie § 3.3 hierboven.

⁷⁸ Zie Kaser RP I, p. 437, Boháček (1936-1937), p. 34 en Schulz (1951), p. 375.

werd gedaan.⁷⁹ De *actio negatoria* was in verreweg het grootste deel van de gevallen echter niet gericht op bezitsverkrijging. Dit roept de vraag op welke rol de *actio ad exhibendum* en het *interdictum quem fundum* (of een hierop geënt interdict) speelden wanneer een gedaagde weigerde in te gaan op de *actio negatoria*.

De actio ad exhibendum en het niet ingaan op de actio negatoria

Over de vraag of de *actio ad exhibendum* toepassing vond als een gedaagde niet inging op de *actio negatoria* met betrekking tot een roerende zaak, bestaat in de literatuur geen overeenstemming. Kaser gaat ervan uit dat bij een weigering in te gaan op de *actio negatoria* dezelfde regels golden als in het geval waarin niet werd ingegaan op de revindicatie: de *actio ad exhibendum* zou dus van toepassing zijn geweest.⁸⁰ Een ander beeld dringt zich op bij bestudering van het door Hackl bewerkte procesrechtelijke boek van Kaser. Bij de behandeling van de *actio ad exhibendum* wordt vermeld dat deze actie kon worden ingesteld bij op 'Sachherausgabe' gerichte zakelijke acties. In een hierop volgende opsomming wordt de *actio negatoria* niet vermeld.⁸¹ Ook Boháček gaat er impliciet van uit dat de *actio ad exhibendum* niet van toepassing was wanneer een gedaagde weigerde in te gaan op een *actio negatoria* met betrekking tot een vruchtgebruik: volgens hem diende de eiser die geconfronteerd werd met een gedaagde die niet wenste in te gaan op een op de ontkenning van een vruchtgebruik gerichte *actio negatoria*, steeds de revindicatie in te stellen.⁸²

Bij de beoordeling van de aan de orde zijnde kwestie moet bedacht worden dat de *actio negatoria*, waar het ging om een procedure die betrekking had op een roerende zaak, maar een beperkt toepassingsgebied had. Het kon slechts gaan om gevallen waarin iemand een inbreuk maakte (of dreigde te maken) op het eigendomsrecht van de eiser, op een wijze die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik.⁸³ Aan een dergelijke inbreuk met betrekking tot een roerende zaak ging als regel – behoudens het geval waarin het een dreigende inbreuk betrof – het uit de macht van de eiser

79 Het geval daargelaten dat de gedaagde weigerde te restitueren (of hier ten gevolge van *dolus* niet meer toe in staat was), in welk geval hij werd veroordeeld tot betaling van dat bedrag waartoe hij zou zijn veroordeeld als hij de onderliggende zakelijke actie had verloren. Vgl. § 2.5 hierboven.

80 Kaser RP I, p. 437 noot 60. Zo ook Schulz (1951), p. 375.

81 Kaser/Hackl ZP, p. 275 noot 11.

82 Boháček (1936-1937), p. 34-35.

83 Hierbij wordt vooruitgelopen op de hieronder op p. 46-47 te trekken conclusie dat alleen degene die inbreuk maakte op het eigendomsrecht van de eiser op een wijze die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid, passief gelegitimeerd was tot de *actio negatoria*. Aangezien een erfdienstbaarheid met betrekking tot een roerend goed niet bestaanbaar was, restte met betrekking tot roerende goederen slechts de inbreuk op het eigendomsrecht die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik.

geraken van de zaak vooraf. Dit betekent twee dingen. In de eerste plaats betekent het dat de toepassing van de *actio ad exhibendum* (wanneer deze actie in de gegeven omstandigheden inderdaad van toepassing was) geen specifieke problemen opleverde: de zaak was uit de macht van de eiser en kon met de *actio ad exhibendum* door de eiser worden herkreten. In de tweede plaats betekent het dat men zich kan afvragen of de eigenaar in de gegeven omstandigheden (waarin hij het bezit van de zaak had verloren) niet eerder de revindicatie zou instellen.⁸⁴ Met betrekking tot deze actie gold dat zij in ieder geval door de *actio ad exhibendum* werd ondersteund wanneer de gedaagde weigerde de verdediging op zich te nemen.

Wat betreft de problematiek van de dreigende inbreuk op het eigendomsrecht (op een wijze die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik), moet op deze plaats D. 7,6,5,6 (Ulpianus) in herinnering worden geroepen.⁸⁵ Uit deze tekst volgt dat het ook aan een bezittende eigenaar was toegestaan om (preventief) een actie ter ontkenning van het bestaan van een recht van vruchtgebruik in te stellen. Wat betreft het onwaarschijnlijke geval dat een bezittende eigenaar deze actie met betrekking tot een roerende zaak zou hebben willen instellen, moet worden vastgesteld dat de *actio ad exhibendum* de eiser geen adequaat middel kon bieden tegen een gedaagde die weigerde op de actie in te gaan.

Het interdictum quem fundum (utile) en het niet ingaan op de actio negatoria

Van meer belang dan de vraag naar de toepasselijkheid van de *actio ad exhibendum* bij het niet ingaan op de *actio negatoria*, is de vraag naar de toepasselijkheid van een (aangepast) *interdictum quem fundum*. Dit omdat de *actio negatoria* zonder twijfel in verreweg de meeste gevallen betrekking had op een onroerende zaak. Het is aannemelijk dat een dergelijk interdict heeft bestaan, net zoals er een aangepast *interdictum quem fundum* heeft bestaan voor het geval waarin een gedaagde niet inging op de actie waarmee een erfdiensbaarheid werd opgeëist.⁸⁶ Wat betreft de beantwoording van de vraag op welke wijze dit rechtsmiddel werd ingevuld, is in de eerste plaats D. 39,1,15 (Africanus) van belang:

‘Als er voordat er iets gebouwd is, geprocedeerd wordt op basis van de stelling dat de buurman niet het recht heeft hoger te bouwen en de zaak door die persoon niet verdedigd wordt, zegt hij <Julianus> dat de rol van de rechter ertoe beperkt zal blijven dat hij degene tegen wie geprocedeerd wordt, gelast de garantie te geven

⁸⁴ Zie over de verhouding tussen de *actio negatoria* en de revindicatie § 3.11 hieronder.

⁸⁵ Zie hierover § 3.4 sub b hierboven.

⁸⁶ Zie Lenel (1927), p. 481-482, Kaser RP I, p. 437 noot 60 (met een verwijzing naar de op dit punt ongewijzigde vorige druk van Kaser/Hackl ZP, p. 276 noot 17, waar – onder vermelding van nadere literatuur – een voorzichtigere formulering te vinden is), Schulz (1951), p. 375 en Boháček (1939), p. 152-153 en p. 157.

dat hij niet eerder hoger zal bouwen dan dat hij op zijn beurt heeft geprocedeerd op basis van de stelling dat hij wél het recht heeft hoger te bouwen. Omgekeerd geldt hetzelfde, zo zegt hij, als iemand wil procederen op basis van de stelling dat hij het recht heeft om tegen de wil van zijn tegenpartij hoger te bouwen en die ander zich niet verdedigt: dan zal de taak van de rechter er evenzeer in bestaan dat hij de tegenstander gelast de garantie te geven dat hij geen aanzegging tot staking van nieuwbouw zal doen en dat hij geen geweld zal gebruiken tegen degene die bouwt. Op die manier zal degene die zijn zaak niet verdedigt in zoverre gestraft worden dat hij gedwongen wordt zijn recht te bewijzen. Dat is namelijk de manier waarop men de rol van eiser speelt.⁸⁷

Het hier relevante eerste gedeelte van de bovenstaande tekst behandelt de situatie waarin een gebouw van een buurman te hoog dreigde te worden opgetrokken. Wanneer de eigenaar van het naastgelegen erf procedeerde met de *actio negatoria* ter ontkenning van het bestaan van een *servitus altius tollendi* en de buurman weigerde op de actie in te gaan, dan moest de rechter de weigerachtige buurman bevelen een *cautio* af te leggen dat hij niet eerder hoger zou bouwen dan nadat hij zijn vermeende recht om wel hoger te mogen bouwen met de *actio confessoria* geldend had gemaakt.⁸⁸ De maatregel van de rechter had dus tot gevolg dat de procesposities van de partijen werden omgedraaid. De eigenaar van de naastgelegen grond hoefde niet als eiser op te treden (met de *actio negatoria*), maar hij kon afwachten tot zijn buurman de *actio confessoria* tegen hem instelde.

Hoewel de tekst er niet over spreekt, is het aannemelijk dat de verplichting van de weigerachtige gedaagde om de bedoelde *cautio* af te leggen, deel uitmaakte van het *iussum de restituendo* van een met betrekking tot de *actio negatoria* verleend *interdictum quem fundum (utile)*.⁸⁹ Op dezelfde manier (door het laten afleggen van een *cautio*) kon ook effectief worden opgetreden tegen een gedaagde die in bepaalde andere gevallen weigerde in te gaan op de *actio negatoria*. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan het geval waarin met de *actio*

87 D. 39,1,15 (Africanus): 'Si prius, quam aedificatum esset, ageretur ius vicino non esse aedes altius tollere nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet non prius se aedificaturum, quam ultro egisset ius sibi esse altius tollere. idemque e contrario, si, cum quis agere vellet ius sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet, nec opus novum se nuntiaturum nec aedificanti vim facturum. eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse haberet: id enim esse petitoris parte sustinere.'

88 Het is ook mogelijk dat het in D. 39,1,15 (Africanus) ging om procedures over het al dan niet bestaan van een *servitus altius non tollendi*. In dat geval wordt het hierboven in de tekst vermelde gevolg van het niet ingaan op de *actio negatoria* beschreven in het tweede gedeelte van de tekst. Vgl. ook § 3.4 noot 39 hierboven.

89 Het *interdictum quem fundum* was een op restitutie gericht interdict (zie § 2.4 hierboven). Zie met betrekking tot het *iussum de restituendo* § 2.5 hierboven.

negatoria werd opgetreden tegen het onbevoegdlijk betreden van andermans erf.⁹⁰

Het *iussum de restituendo* van een in het kader van een *negatoria*-proces verleend *interdictum quem fundum (utile)* kon ook een andere inhoud hebben dan het opleggen van de verplichting aan de gedaagde om een *cautio* af te leggen. Dit blijkt uit D. 39,2,45 (Scaevola):

‘U hebt ergens een gebouw staan; ik procedeer op basis van de stelling dat u daartoe niet het recht hebt; u verdedigt zich niet. Dan moet het bezit aan mij overgedragen worden. Dit betekent weliswaar niet dat het bouwwerk onmiddellijk gesloopt mag worden – het is immers onbillijk dat de sloop onmiddellijk plaatsvindt –, maar wel dat dit zal gebeuren wanneer u niet binnen een vastgestelde tijd zult hebben geprocedeerd met de stelling dat u wel het recht hebt het gebouw daar te hebben staan.’⁹¹

Anders dan in D 39,1,15 (Africanus) ging het in bovenstaande tekst niet om een dreigende, maar om een al bestaande, voortdurende inbreuk op het eigendomsrecht die werd gevormd door de aanwezigheid van een bepaald gebouw op een bepaalde plek. De gedaagde die onder deze omstandigheden weigerde te procederen, werd verplicht het bezit van het gebouw aan de eiser over te dragen. Ook deze maatregel was er in beginsel op gericht om de procesposities van de partijen om te draaien: alleen wanneer de weigerachtige gedaagde niet binnen een vastgestelde termijn met de *actio confessoria* zijn recht geldend had gemaakt om het gebouw daar te hebben, was de eiser in de *actio negatoria* bevoegd tot sloop over te gaan.

3.6 ACTIEVE LEGITIMATIE TOT DE ACTIO NEGATORIA

In deze paragraaf komt de vraag aan de orde wie actief gelegitimeerd was tot de *actio negatoria*, dat wil zeggen de vraag wie de *actio negatoria* met succes kon instellen. In het bijzonder wordt ingegaan op de vraag of de actie alleen door de eigenaar-naar-*ius-civile*⁹² kon worden ingesteld, of ook door (bepaalde) beperkt zakelijk gerechtigden en door de Publiciaanse bezitter.⁹³ De omschrij-

⁹⁰ Vgl. Schulz (1951), p. 375.

⁹¹ D. 39,2,45 (Scaevola): ‘Aedificatum habes: ago tibi ius non esse habere: non defendis. Ad me possessio transferenda est, non quidem ut protinus destruat opus (iniquum enim est demolitionem protinus fieri), sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris ius tibi esse aedificatum habere.’

⁹² De toevoeging ‘naar *ius civile*’ dient om het onderscheid met de Publiciaanse bezitter aan te geven. Dit was degene die door verkrijgende verjaring bezig was de eigendom naar *ius civile* te verkrijgen en die beschermd werd door de *actio Publiciana* (waarover Kaser RP I, p. 438-439).

⁹³ Zie over de Publiciaanse bezitter noot 92 direct hierboven.

ving van de *actio negatoria* door Gaius in Gai. 4,3 biedt geen steun bij de beantwoording van deze vraag. De *actio negatoria* wordt daar immers omschreven als een actie ter ontkenning van een bepaald recht van de wederpartij zonder dat wordt vermeld wie een dergelijk recht kon ontkennen.⁹⁴ De formulering van de *intentio* van de gereconstrueerde *formulae* van de *actio negatoria*⁹⁵ bevat wel een verwijzing naar de hoedanigheid van de eiser. Uit de woorden ‘...*ius non esse ...invito Aulo Agerio...*’ kan worden afgeleid dat aan de eiser (Aulus Agerius) de eis werd gesteld dat hij mét zijn toestemming (*non invito*), het in het geding zijnde recht (dat wil zeggen een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid) in het leven kon roepen. Omdat alleen de eigenaar-naar-*ius-civile* in staat was door zijn toestemming een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid in het leven te roepen, volgt uit het bovenstaande dat alleen deze actief gelegitimeerd was tot de *actio negatoria*.⁹⁶ Dit sluit aan bij hetgeen uit diverse teksten in de Digesten kan worden opgemaakt. In de eerste plaats kan gewezen worden op de eerste zin van D. 7,6,5,6 (Ulpianus):

‘Zoals de vruchten aan de vruchtgebruiker moeten worden afgegeven wanneer hij procedeert met een zakelijke actie ter erkenning van zijn recht, zo moeten ze ook aan de eigenaar worden afgegeven, wanneer deze zich bedient van de ontkenningssactie...’⁹⁷

In deze tekst gaat het over een eigenaar die de *actio negatoria* instelde. De mogelijkheid dat andere zakelijk gerechtigden de *actio negatoria* konden instellen, wordt hierdoor natuurlijk niet uitgesloten. De beperking tot de eigenaar lijkt wel te volgen uit D. 7,6,5 *pr.* (Ulpianus):

‘In rechte beweren dat men het recht van gebruik en vruchttrekking heeft, kan alleen hij die het vruchtgebruik heeft. De eigenaar van het perceel grond kan dat niet, want wie de eigendom heeft, heeft niet afgescheiden daarvan een recht van gebruik en vruchttrekking; op zijn eigen perceel kan hij immers geen servituut hebben; ieder die procedeert, moet immers procederen over zijn eigen en niet over

94 Gai. 4,3: ‘Een zakelijk actie is de actie waarbij wij als rechtsbewering stellen dat een lichamelijke zaak van ons is of dat ons een recht van bijvoorbeeld gebruik of vruchtgebruik, overpad, dreef of waterleiding, van uitzicht of om hoger te bouwen toekomt; of wanneer omgekeerd de wederpartij een actie ter ontkenning daarvan heeft.’ (‘In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive; aut cum actio ex diverso adversario est negativa.’).

95 Zie § 3.2 hierboven.

96 Vgl. Buckland (1930), p. 447-448. Hieraan staat niet in de weg dat de erfpachter en de opstaller zowel een op het recht van vruchtgebruik naar *ius civile* als een op het recht van erfdienstbaarheid naar *ius civile* geënt, door de *praetor* beschermd, recht konden vestigen. Zie daarover: D. 7,4,1 *pr.* (Ulpianus) en Windscheid/Kipp (1906), § 219, p. 1111 noot 7 (voor de erfpachter) en § 223, p. 1121 noot 8 (voor de opstaller).

97 D. 7,6,5,6 (Ulpianus): ‘Sicut fructuario in rem confessoriam agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur...’

andermans recht. Hoewel immers een ontkenningsactie toekomt aan de eigenaar tegen de vruchtgebruiker, wordt hij niettemin geacht veeleer over zijn eigen recht dan over dat van een ander te procederen, wanneer hij beweert dat de vruchtgebruiker niet het recht heeft om tegen zijn wil het goed te gebruiken of beweert het recht te hebben om het gebruik te verhinderen. Mocht nu de eiser niet de eigenaar zijn, dan zal de vruchtgebruiker, al heeft hij niet het recht van gebruik, toch zegevieren op grond van het rechtsbeginsel dat bezitters in een sterkere positie verkeren, ook al hebben ze geen enkel recht.⁹⁸

Wanneer de *actio negatoria* werd ingesteld tegen iemand die zich een recht van vruchtgebruik aanmatigde, won deze laatste – ook al wás hij geen vruchtgebruiker – wanneer bleek dat de eiser geen eigenaar was. Ook in D. 8,5,2 *pr.* (Ulpianus), een tekst over erfdienstbaarheden, wordt alleen de eigenaar vermeld als actief gelegitimeerde tot de *actio negatoria*:

‘Met betrekking tot erfdienstbaarheden komen ons zakelijke acties toe naar het voorbeeld van die welke het vruchtgebruik betreffen, zowel de *confessoria* als de *negatoria*: de *confessoria* aan hem die beweert dat hem erfdienstbaarheden toekomen, de *negatoria* aan de eigenaar die dit ontkent.’⁹⁹

Op grond van de inhoud van de *formulae* van de *actio negatoria*, alsmede op grond van de bovenvermelde Digestenteksten, kan geconcludeerd worden dat alleen de eigenaar-naar-*ius-civile* actief gelegitimeerd was tot de *actio negatoria*.¹⁰⁰ Dit wil niet zeggen dat de beperkt zakelijk gerechtigden en de Publiciaanse bezitter machteloos stonden tegenover niet met depossederende gepaard gaande inbreuken op hun recht. In de eerste plaats konden zij gebruik maken van de hieronder in § 3.13.5 en § 3.13.6 te behandelen interdicten *uti possidetis* en *quod vi aut clam*. Verder is het niet onaannemelijke dat aan de

98 D. 7,6,5 *pr.* (Ulpianus): ‘*Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet: nec enim potest ei suus fundus servire: de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi. quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.*’

99 D. 8,5,2 *pr.* (Ulpianus): ‘*De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae ad usum fructum pertinent, tam confessoria quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat.*’

100 Zie ook Girard (1929), p. 374, Kaser RP I, p. 437, Weiss (1949), p. 216, Boháček (1939), p. 151 en 167 en Van Oven (1945), p. 105-106. Anders: Dernburg (1912), § 219, p. 464 die zonder nadere motivering stelt dat ‘*ohne Zweifel*’ ook de Publiciaanse bezitter, de pandhouder, de erfpachter en de opstaller de *actio negatoria* konden instellen.

erfpachter en de opstaller een *actio negatoria utilis* toekwam.¹⁰¹ Mogelijk gold ditzelfde voor de pandcrediteur en de Publiciaanse bezitter.¹⁰² De vruchtgebruiker had geen behoefte aan een *actio negatoria (utilis)*, omdat hij met de *actio confessoria* kon optreden in gevallen waarin de eigenaar met de *actio negatoria* zou moeten optreden.¹⁰³ Ter onderbouwing van deze stelling kan in de eerste plaats gewezen worden op D. 7,6,1 *pr.* (Ulpianus):

‘Stel dat ten behoeve van een perceel grond in vruchtgebruik een erfdienstbaarheid verschuldigd is. Hier stemt Marcellus in het achtste boek van zijn aantekeningen op Julianus in met de opvatting van Labeo en Nerva, die van mening zijn dat de vruchtgebruiker weliswaar niet de erfdienstbaarheid kan opeisen, maar dat hij wel het vruchtgebruik kan opeisen. Dit brengt mee dat de buurman die hem het gaan en het drijven niet toestaat, jegens hem aansprakelijk is met het argument dat hij hem niet toestaat het vruchtgebruik uit te oefenen.’¹⁰⁴

Uit deze tekst komt naar voren dat een vruchtgebruiker van een heersend erf tegen degene die hem de uitoefening van de erfdienstbaarheid verhinderde, niet met de *vindicatio servitutis* kon optreden om de uitoefening van de erfdienstbaarheid af te dwingen, maar wel met de *vindicatio ususfructus*.¹⁰⁵ Men beschouwde het verhinderen dat een vruchtgebruiker een erfdienstbaarheid kon uitoefenen als een schending van het vruchtgebruik. Wanneer men deze lijn doortrekt, ligt het voor de hand om aan te nemen dat ook de feitelijke

101 Zie voor de erfpachter: Glück (1808), § 685, p. 231, Windscheid/Kipp (1906), § 219, p. 1111 noot 11, Vangerow (1863), § 200, p. 355, Baron (1890), § 177, p. 296 en Girard (1929), p. 413; en voor de opstaller: Glück (1808), § 685, p. 231, Windscheid/Kipp (1906), § 223, p. 1121 noot 9, Vangerow (1863), § 200, p. 356, Baron (1890), § 183, p. 301 en Girard (1929), p. 412.

102 Zie voor de pandcrediteur: Glück (1808), § 685, p. 231 en Baron (1890), § 197 p. 321; en voor de Publiciaanse bezitter: Vangerow (1863), § 354, p. 776 die spreekt over een *actio Publiciana negatoria*. Puchta gaat ervan uit dat de *actio Publiciana negatoria* in de Romeinse tijd niet heeft bestaan, maar pleit voor erkenning hiervan in zijn tijd (Puchta (1827), p. 182-183).

103 Zie Dernburg (1912), § 219, p. 464 noot 9 en Girard (1929), p. 406.

104 D. 7,6,1 *pr.* (Ulpianus): ‘Si fundo fructuario servitus debeat, Marcellus libro octavo apud Iulianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium servitutum quidem eum vindicare non posse, verum usum fructum vindicatum ac per hoc vicinum, si non patiat eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiat uti frui.’

105 Zie ook D. 7,6,5,1 (Ulpianus): ‘De vraag is opgeworpen of aan de vruchtgebruiker een zakelijke actie tegen de eigenaar toekomt, of ook tegen iedere willekeurige bezitter. Julianus schrijft in het zevende boek van zijn Digesten dat deze actie hem toekomt tegen iedere willekeurige bezitter. Want ook als een erfdienstbaarheid verschuldigd is aan een in vruchtgebruik uitgegeven perceel grond, moet de vruchtgebruiker niet de erfdienstbaarheid, maar het vruchtgebruik opeisen van de eigenaar van het naburige erf.’ (‘Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur. et Iulianus libro septimo digestorum scribit hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere: nam et si fundo fructuario servitus debeat, fructuarius non servitutem, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum.’).

uitoefening van een niet-bestaande erfdienstbaarheid op een in vruchtgebruik gegeven terrein, een inbreuk op het vruchtgebruik vormde waartegen met de *vindicatio ususfructus* kon worden opgetreden. Zoals hieronder nog aan de orde zal komen,¹⁰⁶ vormde juist de bovenvermelde inbreuk (dat wil zeggen de feitelijke uitoefening van een niet-bestaande erfdienstbaarheid) het soort inbreuk waartegen door een eigenaar met de *actio negatoria* kon worden opgetreden. Hetgeen de vruchtgebruiker met een eventuele *actio negatoria utilis* zou hebben kunnen bereiken, lag dus al besloten in zijn *actio confessoria*. Een tweede, meer directe aanwijzing dat de vruchtgebruiker met de *vindicatio ususfructus* kon optreden in gevallen waarin de eigenaar met de *actio negatoria* zou kunnen optreden, vindt men in D. 39,1,1,20 (Ulpianus) over de *operis novi nuntiatio*.¹⁰⁷

‘Een vruchtgebruiker kan in eigen naam geen aanzegging tot staking van nieuwbouw doen; wel zal hij dit als procesvertegenwoordiger kunnen doen of hij zal tegen degene die de nieuwbouw tot stand brengt met een zakelijke actie het vruchtgebruik geldend kunnen maken. Deze zakelijke actie zal hem <schadevergoeding voor> het belang verschaffen dat hij erbij had dat de nieuwbouw niet plaatsvond.’¹⁰⁸

De situaties waarin de regeling van de *operis novi nuntiatio* van toepassing was, overlaptten deels de gevallen waarin met de *actio negatoria* of de *actio confessoria* geprocedeerd kon worden. Dit deed zich bijvoorbeeld voor wanneer iemand boven andermans grond bouwde of wanneer iemand bouwde in strijd met een bepaalde erfdienstbaarheid.¹⁰⁹ De vruchtgebruiker wordt in de bovenstaande tekst het recht ontzegd om van de *operis novi nuntiatio* gebruik te maken. Hem wordt er echter op gewezen dat hij in de bedoelde gevallen wel met de *vindicatio ususfructus* kan procederen.

3.7 PASSIEVE LEGITIMATIE TOT DE *ACTIO NEGATORIA*

Met betrekking tot de vraag tegen wie de *actio negatoria* met succes kon worden ingesteld, dient onderscheid te worden gemaakt tussen de vereisten die aan de op het eigendomsrecht inbreukmakende handeling of toestand werden gesteld en de vereisten die aan de persoon van de gedaagde werden gesteld.

¹⁰⁶ Zie p. 46-47 en p. 66 hieronder.

¹⁰⁷ Zie over de *operis novi nuntiatio* § 3.13.4 hieronder.

¹⁰⁸ D. 39,1,1,20 (Ulpianus): ‘Ususfructuarius autem opus novum nuntiare suo nomine non potest, sed procuratorio nomine nuntiare poterit, aut vindicare usum fructum ab eo qui opus novum faciat: quae vindicatio praestabit ei, quod eius interfuit opus novum factum non esse.’

¹⁰⁹ Zie nader hierover p. 79 hieronder.

De op het eigendomsrecht inbreukmakende handeling of toestand

Bij de vraag tegen welke inbreuk op het eigendomsrecht met de *actio negatoria* kon worden opgetreden, gaat het erom of de actie met succes kon worden ingesteld ter afwering van:

- a. iedere inbreuk op het eigendomsrecht;
- b. iedere inbreuk op het eigendomsrecht die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid; of
- c. iedere inbreuk op het eigendomsrecht die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid en die bovendien geschiedde door iemand die pretendeerde dat dit recht hem toekwam.¹¹⁰

Ad a. en b.:

Voordat een inhoudelijk standpunt kan worden bepaald, moet eerst vastgesteld worden dat er tussen de categorieën a. en b. een inhoudelijk verschil bestaat. Er waren namelijk inbreuken op het eigendomsrecht denkbaar die niet correspondeerden met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid. Dit hield verband met het feit dat de mogelijkheid om erfdienstbaarheden te vestigen, door een aantal vereisten was beperkt. Het ging hier om de eis van *utilitas fundi* (de uitoefening moest het nut van het heersend erf dienen), de eis van *vicinitas* (het heersend en het dienend erf dienden bij elkaar in de buurt te liggen) en de eis van een *perpetua causa* (het nut voor het heersend erf moest blijvend zijn).¹¹¹ Voorbeelden van de toepassing van deze beperkingen zijn onder meer te vinden in D. 8,1,8 *pr.* (Paulus):

‘Het verlof om appels te plukken, te wandelen of te picknicken op andermans grond, kan niet als erfdienstbaarheid worden gevestigd.’¹¹²

Verder valt te denken aan een aantal handelingen die in D. 43,24 bij de behandeling van het *interdictum quod vi aut clam* worden vermeld, zoals het uitstrooien van mest over andermans al vruchtbare akker,¹¹³ het gooien van stenen op het terrein van een buurman¹¹⁴ en het bederven van het water in de regenput van een buurman door er iets in te gieten.¹¹⁵ De bovenvermelde geldigheidsvereisten stonden in de weg aan de (theoretische) mogelijkheid

110 De mogelijkheid om met de *actio negatoria* te procederen wanneer de inbreuk op het eigendomsrecht nog niet had plaatsgevonden maar slechts dreigde (waarover § 3.4 sub b hierboven), wordt hier buiten beschouwing gelaten.

111 Kaser RP I, p. 442-443.

112 D. 8,1,8 *pr.* (Paulus): ‘Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.’

113 D. 43,24,7,6 (Ulpianus).

114 D. 43,24,15,1 (Ulpianus).

115 D. 43,24,11 *pr.* (Ulpianus).

om een erfdienstbaarheid te vestigen op grond waarvan de bevoegdheid in het leven werd geroepen om al dit soort handelingen te verrichten.¹¹⁶

Nadat aldus het belang van het onderscheid tussen de zienswijzen onder a. en b. is vastgesteld, komt thans de inhoudelijke keuze aan de orde. Voor het Romeinse recht staat mijns inziens vast dat met de *actio negatoria* niet tegen iedere inbreuk op het eigendomsrecht kon worden opgetreden. Vereist was dat de inbreukmakende handeling of toestand correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid.¹¹⁷ Dit kan in de eerste plaats gebaseerd worden op de hierboven al aangehaalde teksten uit de Instituten van Gaius en van Justinianus.¹¹⁸ Zowel Gaius als Justinianus omschrijft de *actio negatoria* nadrukkelijk als een actie ter ontkenning van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid, en niet als een algemene actie ter bescherming tegen inbreuken op het eigendomsrecht die niet gepaard gingen met depossederen. In de tweede plaats is van belang dat de *actio negatoria* in de Digesten niet wordt behandeld in een titel over de eigendom, maar in de titels 7,6 en 8,5, waarvan de opschriften respectievelijk luiden: 'Opvordering van het vruchtgebruik dan wel ontkenning dat het aan een ander toekomt'¹¹⁹ en 'Opeisen van een erfdienstbaarheid dan wel ontkenning dat zij aan een ander toekomt'.¹²⁰ Veelzeggend is D. 8,5,2 *pr.* (Ulpianus):

'Met betrekking tot erfdienstbaarheden komen ons zakelijke acties toe naar het voorbeeld van die welke het vruchtgebruik betreffen, zowel de *confessoria* als de *negatoria*: de *confessoria* aan hem die beweert dat hem erfdienstbaarheden toekomen, de *negatoria* aan de eigenaar die dit ontkent.'¹²¹

Teneinde het bestaan van een onlosmakelijke band tussen de *actio negatoria* en een recht van erfdienstbaarheid of vruchtgebruik aan te tonen, moet tot slot gewezen worden op D. 8,5,8,5-7 (Ulpianus), D. 8,5,17,2 (Alfenus) en D. 20,1,11,2 (Marcianus):

¹¹⁶ Bij alle vermelde handelingen valt geen (blijvend) nut voor het heersend erf te ontwaren (de vereisten van *utilitas fundi* en een *perpetua causa*).

¹¹⁷ Zo ook: Kaser RP I, p. 437, Brinz (1873), § 171, p. 664-665, Dernburg (1912), § 219, p. 463, Girard (1929), p. 373, Jörs/Kunkel (1949), p. 142, Hesse (1866c), p. 91, Siber (1928), p. 106, Picker (1972), p. 64, Hohloch (1976), p. 23 en p. 26 en Rainer (1987), p. 105-106. Anders: Windscheid/Kipp (1906), § 198, p. 1011 noot 8 en Vangerow (1863), § 353, p. 768.

¹¹⁸ Zie § 2.2 noot 14 en § 3.2 noot 16 hierboven, Gai. 4,3 respectievelijk Inst. Just. 4,6,2.

¹¹⁹ 'Si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur'.

¹²⁰ 'Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur'.

¹²¹ D. 8,5,2 *pr.* (Ulpianus): 'De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae ad usum fructum pertinent, tam confessoria quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat.'

D. 8,5,8,5-7 (Ulpianus): '5. Aristo heeft aan Cerellius Vitalis geantwoord dat hij van mening was dat men rechtens uit een kaasmakerij geen walm mag laten binnendringen in hoger gelegen gebouwen, tenzij de eigenaar daarvan een erfdienstbaarheid met een dergelijke strekking op die zaak toestaat. En hij heeft ook gezegd: het is evenmin geoorloofd om vanuit een hoger gelegen terrein op lager gelegen terreinen water of iets anders te lozen. Immers, het staat iemand slechts vrij op zijn eigen grond dingen te doen, voorzover hij niets op het terrein van een ander laat binnendringen; en in het geval van walm – evenals in dat van water – is er wel sprake van laten binnendringen. De eigenaar van het hoger gelegen terrein kan dus tegen degene van wie het lager gelegen terrein is een actie instellen, waarin gesteld wordt dat laatstgenoemde geen recht heeft zo te handelen. Tenslotte schrijft – naar Aristo beweert – Alfenus dat ik kan procederen met als eis dat de ander het recht niet heeft op zijn eigen terrein op zodanige wijze stenen te houwen, dat de brokstukken op mijn terrein vallen. Aristo zegt derhalve dat aan degene die van de gemeente Minturnae een kaasmakerij heeft gehuurd, door de eigenaar van een hoger gelegen gebouw¹²² verboden kan worden walm te laten binnendringen, maar dat de gemeente Minturnae op grond van de huur jegens de betrokkene aansprakelijk is. En hij zegt dat tegen degene die deze walm laat binnendringen, geprocedeerd kan worden met als eis dat hij niet het recht heeft walm te laten binnendringen. Bijgevolg kan men omgekeerd procederen met als eis dat men het recht heeft walm te laten binnendringen. Ook daarmee lijkt Aristo het eens te zijn. Het interdict *uti possidetis* kan echter eveneens van toepassing zijn, indien men wordt verhinderd zijn eigendom te gebruiken zoals men wil. 6. Bij Pomponius wordt in het 41e boek van zijn Aantekeningen twijfel geuit of iemand kan procederen met als eis dat het hem geoorloofd is lichte rook, bijvoorbeeld uit een haard, op zijn eigen terrein te ontwikkelen of dat dit de gedaagde niet geoorloofd is. En hij zegt meer te voelen voor de opvatting dat er dan niet geprocedeerd kan worden, net zo min als er geprocedeerd kan worden met de eis dat men het recht heeft om op zijn eigen terrein vuur te maken, te zitten of te wassen. 7. Dezelfde jurist stemt wel in met een actie voor een ander geval.¹²³ want, zo zegt hij, men heeft aangenomen dat ook ten aanzien van dampen uit een badhuis dergelijke erfdienstbaarheden gevestigd kunnen worden, toen Quintilla een afvoerbuiss had laten aanleggen tot aan het terrein van Ursus Julius.¹²⁴

122 Spruit (1994) vertaalt '*a superiore*' met 'door de bewoner van een hoger gelegen gebouw'. Bedacht moet echter worden dat niet iedere bewoner, maar alleen de eigenaar-naar-*ius-civile* actief gelegitimeerd was tot de *actio negatoria* (zie § 3.6 hierboven).

123 Spruit (1994) vertaalt: 'een actie met een tegenovergesteld doel'.

124 D. 8,5,8,5-7 (Ulpianus): '5. Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitute talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenus denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis

In D. 8,5,8,5 (Ulpianus) gaat het om het volgende: in de omgeving van Minturnae bevindt zich een kaasfabriek, die stinkende walmen uitstoot. De vraag is of – en, zo ja, op welke wijze – de eigenaar van een hoger gelegen gebouw waarin de walmen binnendringen, hiertegen kan ageren. Ulpianus haalt een advies aan van Aristo, die zich op zijn beurt weer beroept op Alfenus. In het eerste gedeelte van de tekst wordt de mogelijkheid geopperd om een erfdienstbaarheid te vestigen met de strekking dat het in een hoger gelegen gebouw laten binnendringen van walm geoorloofd is, alvorens wordt vastgesteld dat zonder het bestaan van een dergelijke erfdienstbaarheid de eigenaar van het hoger gelegen gebouw de *actio negatoria* kan instellen. In het tweede gedeelte van tekst – waarin als complicerende factor wordt toegevoegd dat de kaasfabriek verhuurd wordt en de *actio negatoria* tegen de huurder wordt ingesteld – wordt de redenering nog eens andersom beproefd:

‘En hij zegt dat tegen degene die deze walm laat binnendringen, geprocedeerd kan worden met als eis dat hij niet het recht heeft walm te laten binnendringen. Bijgevolg kan men omgekeerd procederen met als eis dat men het recht heeft walm te laten binnendringen.’

Waar een erfdienstbaarheid gevestigd kon worden, kon met de *actio negatoria* worden opgetreden en waar met de *actio negatoria* kon worden opgetreden, kon dus ook een erfdienstbaarheid gevestigd worden.¹²⁵

De vraag die Ulpianus vervolgens bezighoudt is waar de grens lag tussen activiteiten die wel en die niet op de eigen grond mochten worden ontplooid. Of met andere woorden: de vraag tegen welke activiteiten van de eigenaar van een naburig erf wel en tegen welke niet met de *actio negatoria* kon worden opgetreden. De onlosmakelijke band tussen de *actio negatoria* en de bestaanbaarheid van een bepaalde erfdienstbaarheid, bracht mee dat Ulpianus de vraag aldus benaderde dat hij zich afvroeg welke erfdienstbaarheden al dan niet gevestigd konden worden. Waar Ulpianus in D. 8,5,8,6 Pomponius aanhaalt die vaststelt dat er geen erfdienstbaarheid gevestigd kon worden met als strekking dat men op zijn eigen grond mocht zitten, wassen of een vuur maken, wil hij zeggen dat de eigenaar van een naburig erf tegen deze handelingen dus niet met de *actio negatoria* kon optreden. Hetzelfde zou volgens deze

prohibeatur, qualiter velit, suo uti. 6. Apud Pomponium dubitatur libro quadragensimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare. 7. Idem in diversum probat: nam et in balineis, inquit, vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iuli instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.’

125 Zie ook Boháček (1939), p. 169: ‘Infatti per i giuristi classici la questione sull’ammissibilità della relativa *actio in rem* positivamente formulata doveva esser cardinale nella ricerca della corrispettiva *actio negatoria*.’

tekst moeten gelden voor het op eigen terrein ontwikkelen van een lichte rook. Ulpianus zegt hier dus in wezen dat de bevoegdheid om sommige activiteiten op het eigen terrein te verrichten (zoals hierop zitten, wassen of een vuur maken) in het eigendomsrecht besloten lag, terwijl andere activiteiten op het eigen terrein (zoals het omhoog laten stijgen van stinkende kaaswalmen) alleen op grond van een hiertoe strekkende erfdienstbaarheid mochten worden verricht: wanneer in dit laatste geval een dergelijke erfdienstbaarheid niet bestond, kon de eigenaar van een naburig erf met de *actio negatoria* tegen de betreffende activiteit optreden. Ulpianus behandelt in D. 8,5,8,7 vervolgens een grensgeval. Het gaat in deze tekst om het uitstoten van dampen uit een badhuis. Ulpianus merkt op dat Pomponius een erfdienstbaarheid die inhield dat de dampen over andermans terrein mochten worden uitgestoten, bestaanbaar achtte. Wat Ulpianus hiermee op deze plaats wil zeggen, is dat dáárom – bij het ontbreken van een dergelijke erfdienstbaarheid – met de *actio negatoria* kon worden geageerd.

Een andere tekst die duidelijk het verband aangeeft tussen de *actio negatoria* en de mogelijkheid tot vestiging van een erfdienstbaarheid met de strekking dat een handeling werd toegestaan die in beginsel ongeoorloofde hinder veroorzaakte (in dit geval het laten indringen van vocht in andermans muur), is D. 8,5,17,2 (Alfenus):

‘Een buur had tegen andermans muur een mestvaalt aangelegd, waardoor de muur vochtig werd. De ander vroeg om raad op welke wijze hij de buurman kon dwingen de mestvaalt weg te nemen. Ik heb geadviseerd: als hij dit op een openbare plaats heeft gedaan, kan hij met een interdict gedwongen worden; als hij het echter op een particulier terrein heeft gedaan, behoort op grond van erfdienstbaarheid geprocedeerd te worden. Indien hij bij stipulatie garantie wegens dreigende schade had bedongen, kan hij, als hij ten gevolge van die situatie enige schade zou hebben geleden, deze door die stipulatie vergoed krijgen.’¹²⁶

Volgens bovenstaande tekst kon de buurman gedwongen worden de mestvaalt weg te halen door *de servitute agere* (op grond van een erfdienstbaarheid te procederen). De tekst is alleen begrijpelijk wanneer onder *de servitute agere* een proces op grond van de *actio negatoria* wordt verstaan. Het proces ging over een in beginsel bestaanbare erfdienstbaarheid, waarvan het bestaan werd ontkend.

126 D. 8,5,17,2 (Alfenus): ‘Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleretur. respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.’

Voorbeelden van de *actio negatoria* als actie ter ontkenning van een recht dat correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik, zijn in de Digesten dun gezaaid. Gewezen kan worden op het bijzondere geval van D. 20,1,11,2 (Marcianus):

‘De vraag is opgeworpen of een vruchtgebruik in pand of hypotheek kan worden gegeven, zowel voor het geval dat een bloot-eigenaar de overeenkomst is aangegaan als voor het geval dat iemand die alleen maar het vruchtgebruik heeft dat doet. Papinianus schrijft in het 11e boek van zijn *Adviezen* dat de schuldeiser beschermd moet worden en dat, als de bloot-eigenaar tegen de schuldeiser wil procederen met de stelling “dat de betrokkene niet het recht heeft om tegen zijn wil de zaak te gebruiken en de vruchten ervan te trekken”, de praetor hem zal beschermen met de volgende exceptie: “tenzij tussen de schuldeiser en degene aan wie het vruchtgebruik toekomt, overeengekomen is dat het vruchtgebruik als pand zal dienen”. Want wanneer de praetor ook de koper van een vruchtgebruik beschermt, waarom zou hij dan niet ook de pandcrediteur beschermen? Om dezelfde reden kan de exceptie ook de schuldenaar worden tegengeworpen.’¹²⁷

Om deze tekst op de juiste wijze te duiden, dient hij in verband gebracht te worden met de direct eraan voorafgaande tekst van D. 20,1,11,1 (Marcianus). Hierin wordt het zogeheten *antichresis*-beding behandeld. Dit was een beding dat deel kon uitmaken van de overeenkomst van pand en dat inhield dat de schuldeiser de zaak mocht gebruiken en de vruchten ervan mocht plukken.¹²⁸ Wanneer de vruchtgebruiker het vruchtgebruik op deze manier had verpand, deed zich de in D. 20,1,11,2 (Marcianus) omschreven situatie voor. De schuldeiser aan wie het vruchtgebruik verpand was, gebruikte de zaak en plukte hiervan de vruchten. Doordat de schuldeiser zich gedroeg als vruchtgebruiker zonder dit te zijn, stelde hij zich bloot aan een door de bloot-eigenaar in te stellen *actio negatoria* ter ontkenning van het recht van vruchtgebruik (*‘non esse ei ius uti frui invito se’*). Aangezien hij op grond van het pandrecht echter wel bevoegd was tot de bedoelde handelingen, was bescherming door de praetor met een exceptie op zijn plaats. Zoals D. 8,5,8,5-7 (Ulpianus) voorbeelden geeft van de *actio negatoria* als actie om op te treden tegen handelingen die uiterlijk overeenstemden met de uitoefening van een bepaalde erfdienstbaarheid, zo geeft D. 20,1,11,2 (Marcianus) een voorbeeld van de *actio negatoria* als actie om op te treden tegen handelingen die uiterlijk overeenstemden met

127 D. 20,1,11,2 (Marcianus): ‘Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet. et scribit Papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere “non esse ei ius uti frui invito se”, tali exceptione eum praetor tuebitur: “si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet convenerit, ut usus fructus pignori sit” nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? eadem ratione et debitori obicietur exceptio.’

128 Zie Kaser RP I, p. 470 noot 4 en Feenstra (1994), § 199, p. 112-113.

de uitoefening van het recht van vruchtgebruik. De mogelijkheid om met de *actio negatoria* te ageren, beperkte zich tot dit soort gevallen.

Het hierboven verdedigde standpunt verschilt van dat van Windscheid. Deze stelt dat de eigenaar met de *actio negatoria* beëindiging kon vorderen van iedere op het eigendomsrecht inbreukmakende (niet met depossederend gepaard gaande) toestand, onverschillig of die inbreukmakende toestand correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid, of niet.¹²⁹ Ter bestrijding van deze mening kan niet alleen worden gewezen op de in deze paragraaf aangevoerde argumenten, maar ook op de hierboven in § 3.3 verdedigde stelling dat de *actio negatoria* geen rechtstreeks op het eigendomsrecht gebaseerde actie was, maar een actie waarmee (formeel) werd gestreden over het al dan niet bestaan van een erfdienstbaarheid of een recht van vruchtgebruik. De mening van Windscheid is met dit karakter van *actio negatoria* niet in overeenstemming.¹³⁰

Windscheids mening wordt gedeeld door Vangerow. Evenals Windscheid gaat deze ervan uit dat de *actio negatoria* een rechtstreeks op het recht van eigendom gebaseerde actie was. Vangerow ondersteunt zijn mening door erop te wijzen dat:

‘... die negatorische Klage gar nicht auf den Fall beschränkt ist, wenn ein Dritter sich eine Servitut anmaßt, sondern auch bei andern partiellen Eingriffen in das Eigenthum, und selbst auch bei solchen anwendbar ist, die unmöglich als Folge einer Servitut erscheinen können.’¹³¹

Vervolgens vermeldt Vangerow – naast de hieronder in de volgende paragraaf te behandelen teksten van D. 8,5,11 (Marcellus), D. 8,2,26 (Paulus), D. 8,5,14,1 (Pomponius) en D. 8,5,17 *pr.* (Alfenus) over de *actio negatoria* tegen een mede-eigenaar – een aantal teksten die alle betrekking hebben op inbreukmakende handelingen die wel degelijk correspondeerden met de feitelijke uitoefening van een bepaalde theoretisch denkbare erfdienstbaarheid:¹³² D. 8,5,8,5 (Ulpianus) over uit een kaasfabriek opstijgende walmen; D. 8,5,13 (Proculus) over het laten stromen van water van het ene land naar het andere; D. 43,27,2 (Pomponius) over een boom die over het terrein van de buurman is gaan hangen; en tot slot D. 47,7,6,2 (Pomponius) over de wortels van een boom die in een naburig perceel groeien. Deze teksten vormen – anders dan Vangerow

129 Windscheid/Kipp (1906), § 198, p. 1011 noot 8.

130 Logischerwijze dacht Windscheid dan ook anders over het karakter van de *actio negatoria*. Zie Windscheid/Kipp (1906), § 198, p. 1012, alsmede § 2.5 hierboven.

131 Vangerow (1863), § 353, p. 768.

132 Hierbij moet bedacht worden dat de erfdienstbaarheden geen gesloten categorie vormden. Binnen de grenzen van de algemene geldigheidsvereisten konden de meest uiteenlopende erfdienstbaarheden worden gevestigd (Zie Kaser RP I, p. 440-442 en Feenstra (1994), § 156, p. 86-87).

doet voorkomen – geen illustraties van inbreuken op het eigendomsrecht die onmogelijk in de vorm van een erfdienstbaarheid gegoten konden worden: in alle gevallen is voldaan aan de eisen van *utilitas fundi*, *vicinitas* en *perpetua causa*.¹³³ De door Vangerow vermelde tekst van D. 8,5,13 (Proculus) verdient evenwel enige nadere uitleg:

‘Ik heb buizen, waardoor ik water leid, langs een openbare weg; deze breken en maken uw muur drijfnat. Ik meen dat u terecht tegen mij kan procederen met als eis dat ik het recht niet heb een waterstroom te laten vloeien van mijn land naar uw muur.’¹³⁴

De erfdienstbaarheid waarvan het bestaan in het onderhavige geval ontkend wordt, is de *servitus fluminis*: het recht om water door buizen naar andermans land af te voeren.¹³⁵ Proculus spreekt over: ‘...recte agere ius mihi non esse flumina ex meo in tuum parietem fluere.’ De bijzonderheid van het onderhavige geval schuilt hierin dat het water door de buizen niet rechtstreeks van het ene naar het andere erf stroomde, maar eerst geleid werd langs een openbare weg. De indirectheid van de toevoer van het water belet Proculus echter niet om te spreken van een *flumen* die *ex meo* (van mijn denkbeeldig heersende erf) *in tuum parietem* (op uw denkbeeldig dienende erf) kwam. De vestiging van een *servitus fluminis* was in dit geval dus (theoretisch) denkbaar, en dáárom kon de *actio negatoria* worden ingesteld.

Concluderend kan worden vastgesteld dat het toepassingsgebied van de *actio negatoria* beperkt was tot het optreden tegen een op het eigendomsrecht inbreukmakende handeling of toestand die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid. Een verklaring voor deze beperking van het toepassingsgebied van de *actio negatoria* moet gezocht worden in haar ontstaansgeschiedenis.¹³⁶ Zoals hierboven in § 3.1 uiteengezet is, zijn de bewoordingen van de *intentio* van de *actio negatoria* afgeleid van de tekst van de *contravindicatio* zoals die bij het proces *per legis actionem sacramento in rem* werd uitgesproken wanneer een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid werd opgeëist. Deze bewoordingen zijn daarom specifiek gericht op de ontkenning van het bestaan van een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid, en niet – in zijn afge-

133 Zo ook Brinz (1873), § 171, p. 665 die stelt dat: ‘...kein Negatorienfall vorkommt, in welchem der abzuwehrende Eingriff nicht als Servitutenanmaßung zu denken wäre...’ en Schmidt (1850), p. 173.

134 D. 8,5,13 (Proculus): ‘Fistulas, quibus aquam duco, in via publica habeo et hae ruptae inundant parietem tuum: puto posse te mecum recte agere ius mihi non esse flumina ex meo in tuum parietem fluere.’

135 Zie over deze erfdienstbaarheid: Kaser RP I, p. 442.

136 Zie ook Dernburg (1912), § 219, p. 463-464.

meenschap – op de ontkenning van de bevoegdheid om inbreuk te maken op het eigendomsrecht van de eiser.

Ad b. en c.:

Bij het onderscheid tussen de categorieën b. en c. gaat het om de vraag of het voor de passieve legitimatie tot de *actio negatoria* vereist was dat de met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid corresponderende inbreuk op het eigendomsrecht geschiedde door een gedaagde die daadwerkelijk aanspraak maakte op het vruchtgebruik of de erfdienstbaarheid. Dit was niet het geval.¹³⁷ Anders dan ten tijde van het proces *per legis actionem sacramento in rem*, was tegenspraak ten tijde van het *formula*-proces geen vereiste meer om te kunnen procederen: tegenover de bewering van de eiser dat het vruchtgebruik of de erfdienstbaarheid niet bestond, hoefde geen bewering van de gedaagde te volgen met als strekking dat zo'n recht wel bestond. De vraag naar de passieve legitimatie tot de *actio negatoria* werd objectief benaderd. Het ging niet om de intentie van de gedaagde; van belang was alleen of de gewraakte handelingen correspondeerden met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid.¹³⁸ Dit gegeven had belangrijke gevolgen voor de functie van de *actio negatoria*. De *actio negatoria* kon niet alleen worden ingezet wanneer er een daadwerkelijke strijd bestond over het al dan niet bestaan van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid, maar fungeerde ook meer in het algemeen als middel ter bescherming van het eigendomsrecht tegen inbreuken die correspondeerden met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid.¹³⁹

137 Zie Puchta (1877), § 172, p. 257 en Hesse (1866c), p. 91 en p. 98, alsmede Boháček (1936-1937), p. 24 noot 3 en Boháček (1939), p. 184. De suggestie dat de gedaagde wel een recht voor zich in aanspraak diende te nemen, wordt gewekt door onder meer: Girard (1929), p. 373, Kaser RP I, p. 407 en p. 437 noot 57, Schulz (1951), p. 375, Siber (1928), p. 106, Jörs/Kunkel (1949), p. 142, Rodger, p. 3, Ogorek (1979), p. 44 noot 6 en Van Oven (1945), p. 106.

138 Zie Dernburg (1912), § 219, p. 464: 'Die Handlungen müssen darauf hinweisen, daß man sich dauernd wie ein dinglich an fremder Sache Berechtigter betragen will.' Zie ook Boháček (1939) p. 186 die spreekt over: '...turbative manifestantesi esteriormente come esercizio di usufrutto o di una servitù.'

139 Vergelijk met betrekking tot de *actio negatoria* ter ontkenning van een vruchtgebruik Boháček (1936-1937), p. 25: 'In altri termini l'actio negativa dell'usufrutto nella procedura formolare non serve semplicemente per affermare l'inesistenza dello ius uti frui, ma è divenuta strumento più generale con cui il proprietario si difende contro chiunque si trovi di fatto nell'esercizio dell'usufrutto.' En vergelijk voor de *actio negatoria* met betrekking tot de ontkenning van een erfdienstbaarheid Boháček (1939), p. 184-185: 'In una formula generale si potrebbe dunque dire, che queste azioni negative abbiano servito in certe condizioni al proprietario contro le turbative che per loro contenuto costituivano l'esercizio di servitù.'

De persoon van de gedaagde

Na de behandeling van de vraag tegen welk soort inbreuk met de *actio negatoria* kon worden opgetreden, komt nu de vraag aan de orde door wie deze inbreuk moest zijn gepleegd, wilde de *actio negatoria* met succes kunnen worden ingezet. Deze vraag naar de persoon van de gedaagde levert geen moeilijkheden op wanneer men kijkt naar het geval waarin de *actio negatoria* werd ingesteld tegen iemand die inbreuk maakte op andermans eigendomsrecht op een wijze die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik: de gedaagde was in dit geval degene die de bedoelde inbreuk maakte. De vraag is minder eenvoudig te beantwoorden wanneer men de gevallen in ogenschouw neemt waarin het ging om een inbreuk op het eigendomsrecht die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid. Formeel gezien werd in zo'n geval geprocedeerd over de vraag of de gedaagde al dan niet een bepaalde bevoegdheid aan een erfdienstbaarheid kon ontlelen. Hieruit mag niet de conclusie worden getrokken dat deze gedaagde de eigenaar van het (vermeend) heersende erf moest zijn. Omdat een erfdienstbaarheid niet werkte ten behoeve van de eigenaar maar ten behoeve van het erf, kon ook een ander dan de eigenaar van het heersende erf bevoegdheden ontlelen aan een erfdienstbaarheid.

Hesse neemt aan dat de *actio negatoria*, als *actio in rem*, kon worden ingesteld tegen de bezitter van het (vermeend) heersende erf.¹⁴⁰ Dit lijkt mij juist mits men – anders dan Hesse¹⁴¹ – aan het begrip ‘bezitter’ dezelfde ruime betekenis toekent als Ulpianus in D. 6,1,9 doet bij de behandeling van de passieve legitimatie tot de revindicatie.¹⁴² Onder het begrip bezitter valt dan ook bijvoorbeeld de huurder. Dit is in overeenstemming met D. 8,5,8,5 (Ulpianus), waarin uitdrukkelijk gesteld wordt dat de *actio negatoria* ter bestrijding van de door de kaasfabriek te Minturnae uitgestoten stinkende walmen, kon worden ingesteld tegen de huurder van deze fabriek.¹⁴³ Een argument voor de stelling dat de *actio negatoria* kon worden ingesteld tegen de door Ulpianus in D. 6,1,9 bedoelde bezitters, kan ook ontleend worden aan D. 43,8,2,38 (Ulpianus). Het is hierbij van belang te bedenken dat een met een erfdienstbaarheid corresponderende inbreuk op het eigendomsrecht kon bestaan in een bepaalde handeling (een *facere*) of in het in stand houden van een bepaalde onrechtmatige toestand (een *habere*). In het laatste geval was de stelling van de eiser dat het de gedaagde niet was toegestaan een bepaalde toestand in stand te houden (*ius non esse ...ita habere*).¹⁴⁴ Met betrekking tot deze gevallen

140 Hesse (1866 c), p. 91, p. 97 en p. 110 alsmede Hesse (1866a), p. 50. Vgl. D. 44,7,25 *pr.* (Ulpianus).

141 Hesse (1866c), p. 97.

142 Zie hierover p. 59 hieronder.

143 Zie p. 41-42 hierboven.

144 Zie bijvoorbeeld D. 8,5,14,1 (Pomponius) hierboven geciteerd in § 3.4 noot 36 en D. 9,2,29,1 (Ulpianus) hieronder geciteerd in § 3.9 noot 164.

valt uit D. 43,8,2,38 (Ulpianus) af te leiden dat de bezitter (in de ruime door Ulpianus in D. 6,1,9 bedoelde zin) van het (vermeend) heersende erf passief gelegitimeerd was tot de *actio negatoria*. Deze was blijkens de tekst immers in staat te *habere*.

D. 43,8,2,38 (Ulpianus): “‘Hebben’ <*habere*> zeggen wij van degene die het gebruik heeft en die het bezitsrecht geniet, daargelaten of hij het werk zelf tot stand heeft gebracht dan wel het op grond van koop of huur, of door legaat of erfopvolging of op een andere manier verworven heeft.”¹⁴⁵

Aangenomen mag worden dat vanaf het van kracht worden van C. 3,19,2 (een constitutie van keizer Constantijn uit het jaar 331) de ‘bezitter in naam van een ander’ tegen wie de *actio negatoria* werd ingesteld, verplicht was om zijn achterman in het geding te roepen (de zogeheten *laudatio auctoris*) teneinde hem in de gelegenheid te stellen het geding over te nemen.¹⁴⁶ De regeling van C. 3,19,2 had namelijk niet alleen betrekking op de revindicatie, maar op alle zakelijke rechtsovereenkomsten met betrekking tot onroerende goederen.

3.8 DE *ACTIO NEGATORIA* INGESTELD DOOR EEN MEDE-EIGENAAR TEGEN EEN MEDE-EIGENAAR

In het bovenstaande is meerdere malen aan de orde gekomen dat de *actio negatoria* twee aspecten had. Materieel gezien was het een actie ter verhinderend van bepaalde inbreuken op het eigendomsrecht. Formeel gezien was het een actie ter ontkenning van het bestaan van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid. De regel dat de *actio negatoria* alleen kon worden ingesteld tegen iemand die inbreuk maakte op het recht van de eigenaar op een wijze die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid, maakte dat beide aspecten in de regel samenvielen. Van een samenvallen van het materiële en het formele aspect was echter geen sprake wanneer een mede-eigenaar op een met de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid corresponderende wijze inbreuk maakte op het mede-eigendomsrecht van zijn mede-eigenaar. Stel dat mede-eigenaar A tegen de wil van mede-eigenaar B op een gemeenschappelijk stuk grond een werk

¹⁴⁵ ‘Habere eum dicimus, qui utitur et iure possessionis fruitur, sive ipse opus fecit sive ex causa emptionis vel conductionis vel legato vel hereditate vel quo alio modo adquisiit.’ Deze tekst heeft betrekking op het in D. 43,8,2,35 (Ulpianus) vermelde interdict ‘Quod in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas.’ (‘Hetgeen u op een openbare straat of op een openbare weg hebt dat daar tot stand gebracht of ingebracht is waardoor die straat of die weg in slechtere toestand is geraakt of zal geraken, dat moet u ongedaan maken en de oude toestand herstellen.’).

¹⁴⁶ Zie over C. 3,19,2: Wenger (1925), p. 83 en Girard (1929), p. 366 noot 2.

had aangebracht.¹⁴⁷ Diende nu het materiële aspect te overheersen en moest de *actio negatoria* worden toegestaan omdat op het mede-eigendomsrecht van B inbreuk was gemaakt op een wijze die – in abstracto – correspondeerde met een bestaansbare erfdienstbaarheid?¹⁴⁸ Of diende het formele aspect te overheersen en moest de *actio negatoria* worden afgewezen omdat met betrekking tot een gemeenschappelijke zaak de ene mede-eigenaar geen erfdienstbaarheid ten behoeve van de andere mede-eigenaar kon vestigen?¹⁴⁹ Voorzover er alleen een gemeenschappelijk erf in het geding was, en niet tevens een privé-erf van een van de deelgenoten, werd de *actio negatoria* tussen deelgenoten afgewezen.

D. 8,2,26 (Paulus): 'Met betrekking tot een gemeenschappelijke zaak kan geen van de mede-eigenaars op grond van een recht van erfdienstbaarheid iets doen tegen de zin van de ander, of verhinderen dat die ander iets doet: aan niemand kan immers een erfdienstbaarheid op zijn eigen zaak toekomen. Zodoende komt de zaak meestal wegens eindeloze meningsverschillen tot verdeling. En door de delingsactie kan een van de mede-eigenaars bereiken dat een werk niet wordt uitgevoerd of dat men een reeds uitgevoerd werk weghaalt, indien tenminste de verwijdering ervan de hele gemeenschap tot nut strekt.'¹⁵⁰

Paulus kent de mede-eigenaar de *actio negatoria* jegens zijn mede-eigenaar niet toe. Het weghalen van een door de mede-eigenaar aangebracht werk kon volgens hem alleen gevorderd worden met de verdelingsactie (*actio communi dividundo*). Dezelfde gedachte komt naar voren bij Papinianus:

D. 10,3,28 (Papinianus): '...Maar hoewel ten aanzien van een gemeenschappelijke zaak de ene eigenaar de andere kan verhinderen iets te doen, kan die ander niet gedwongen worden iets dat al gemaakt is te verwijderen, wanneer eerstgenoemde,

147 Het tot stand brengen van wijzigingen in de toestand van een gemeenschappelijke zaak behoeft de toestemming van alle mede-eigenaars. Op grond van het zogeheten *ius prohibendi* konden de andere mede-eigenaars eigenmachtig optreden tegen de totstandbrenging van ongeoorloofde wijzigingen (zie D. 8,2,27,1 (Pomponius), D. 10,3,28 (Papinianus) en Kaser RP I, p. 411). In deze paragraaf gaat het echter om de vraag of ook (eventueel achteraf) met de *actio negatoria* kon worden opgetreden.

148 Te denken valt aan een erfdienstbaarheid op grond waarvan het geoorloofd was om grensoverschrijdend te bouwen. Er stond dus een toepasselijke *formula* op het *album* van de *praetor* waarvan de *intentio* luidde: '*ius aedificandi non esse*' ('dat hij het recht om te bouwen niet heeft') of '*ius non esse ita aedificatum habere*' ('dat hij het recht niet heeft om het gebouw te handhaven').

149 Zie met betrekking tot deze regel: D. 8,2,26 (Paulus), hieronder geciteerd in de volgende noot.

150 D. 8,2,26 (Paulus): 'In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat: nulli enim res sua servit. itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit. sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.'

hoewel hij het had kunnen verhinderen, heeft nagelaten dit te doen. Daarom zal dan door middel van de delingsactie de schade kunnen worden vergoed...¹⁵¹

De mening van Marcellus is minder duidelijk:

D. 8,5,11 (Marcellus): 'De vraag wordt opgeworpen of een van de mede-eigenaars op een gemeenschappelijke plaats tegen de wil van de anderen rechtens kan bouwen, dat wil zeggen of hij, indien hem dit door zijn mede-eigenaars wordt verhinderd, tegen hen een vordering kan instellen dat hij het recht heeft te bouwen, en of zijn mede-eigenaars tegen hem kunnen procederen met als eis dat zij het recht hebben hem het bouwen te verhinderen dan wel dat hij het recht om te bouwen niet heeft; en of zij soms, als er al gebouwd is, tegen hem een geding kunnen aanspannen met als eis dat hij het recht niet heeft om het daar gebouwde te handhaven. Het verdient de voorkeur te zeggen dat een mede-eigenaar veeleer het recht heeft om handelingen te verhinderen dan om ze te verrichten: hij immers die, zoals ik gezegd heb, probeert iets te doen, eigent zich in zekere zin ook andermans rechten toe, indien hij als ware hij enig eigenaar naar eigen goeddunken van een gemeenschappelijk recht gebruik wil maken.'¹⁵²

Marcellus stelt (onder meer) de vraag of de ene mede-eigenaar tegen een andere mede-eigenaar die iets op een gemeenschappelijke plaats bouwt of heeft gebouwd, de *actio negatoria* in kan stellen ('*agere possint... ius aedificandi non esse*' repectievelijk '*experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere...*'). Vervolgens antwoordt hij alleen dat de mede-eigenaar het al eerder in het fragment aan de orde gekomen recht heeft om de handelingen van de mede-eigenaar te verhinderen (het *ius prohibendi*¹⁵³). Biondi leidt hieruit mijns inziens terecht af dat ook Marcellus de *actio negatoria* tussen mede-eigenaars niet toeliet.¹⁵⁴

De voorgaande gevallen, waarin alleen een gemeenschappelijk erf in het geding was, moeten worden onderscheiden van de gevallen waarin eveneens een naburig erf in het geding was dat privé-eigendom was van een van de mede-eigenaars. In die gevallen was het denkbaar dat er een erfdienstbaarheid bestond, waarbij het gemeenschappelijke erf het heersende erf en het privé-erf

151 D. 10,3,28 (Papinianus): '...Sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit...'

152 D. 8,5,11 (Marcellus): 'An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, non possit cum eo ita experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit.'

153 Zie met betrekking tot het hier bedoelde *ius prohibendi* in deze paragraaf noot 147 hierboven.

154 Biondi (1938), p. 314. Zo ook Brinz (1873), p. 666 noot 8 en Hesse (1866b), p. 70.

het dienende erf was, of andersom.¹⁵⁵ Daarom was het in die gevallen ook mogelijk dat de ene mede-eigenaar tegen de andere mede-eigenaar de *actio negatoria* instelde.¹⁵⁶ Dit verklaart waarom een proces op grond van de *actio negatoria* tussen twee mede-eigenaars in de onderstaande Digestenteksten werd toegelaten.

D. 8,2,27 *pr.* (Pomponius): ‘Maar als het Titius-gebouw aan u en mij gemeenschappelijk toebehoort en van hieruit een balk ten onrechte ingebracht is in een ander mij alleen toebehorend gebouw, dan kan ik uiteraard tegen u procederen of tot verdeling van de zaak overgaan. Hetzelfde gebeurt als uit uw eigen gebouw een balk net zo werd ingebouwd in een huis dat aan u en mij gemeenschappelijk toebehoort. Want dan heb ikzelf als enige een actie tegen u.’¹⁵⁷

D. 8,5,14,1 (Pomponius): ‘Als een gemeenschappelijke muur als gevolg van een door u uitgevoerd werk naar mijn huis overhelt, zal ik tegen u kunnen procederen, stellende dat u het recht niet hebt die muur in die toestand te houden.’¹⁵⁸

D. 8,5,17 *pr.* (Alfenus): ‘Indien tussen twee huizen een muur loopt, die zo krom staat dat hij een halve voet of meer overhelt naar het huis van de buurman, dan moet men procederen met als stelling dat er geen recht bestaat om zonder zijn toestemming die muur zover boven zijn grond te laten uitsteken.’¹⁵⁹

3.9 DE VERHOUDING TUSSEN DE *ACTIO NEGATORIA* EN DE *ACTIO CONFESSORIA*

Een eigenaar die geconfronteerd werd met een (dreigende) inbreuk op zijn eigendomsrecht die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een erfdiensbaarheid, was in beginsel bevoegd om zijn eigendomsrecht eigenmachtig te handhaven. Gedacht kan daarbij worden aan het plaatsen van een omheining teneinde degene die zich een recht van weg aanmatigde te weren of aan het treffen van maatregelen die moesten voorkomen dat een vruchtgebruikpretendent een zaak in bezit kon nemen. Wanneer de eigenaar erin slaagde de inbreuk op zijn eigendomsrecht te verijdelen, dan was het aan de wederpartij om het door hem gepretendeerde recht van vrucht-

155 Zie Hesse (1866b), p. 67 en Biondi (1938), p. 309, alsmede D. 8.2.30,1 (Paulus).

156 Zie ook Hesse (1866b), 67 en Biondi (1938), p. 309.

157 D. 8,2,27 *pr.* (Pomponius): ‘Sed si inter te et me communes sunt Titianae aedes et ex his aliquid non iure in alias aedes meas proprias immisum sit, nempe tecum mihi agere licet aut rem perdere (vertaald is conform Spruit (1994): *partiri*). idem fiet, si ex tuis propriis aedibus in communes meas et tuas aedes quid similiter esset proiectum: mihi enim soli tecum est actio.’

158 D. 8,5,14,1 (Pomponius): ‘Si paries communis opere abs te facto in aedes meas se inclinaverit, potero tecum agere ius tibi non esse parietem illum ita habere.’

159 D. 8,5,17 *pr.* (Alfenus): ‘Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedum aut amplius procumberet, agi oportet ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se.’

gebruik of erfdienstbaarheid met de *actio confessoria* geldend te maken. Zoals in de volgende paragraaf zal worden besproken, was deze situatie voor de eigenaar vanuit bewijsrechtelijk oogpunt te prefereren boven het zelf instellen van de *actio negatoria*. Onder bepaalde omstandigheden was de eigenaar echter genoodzaakt de *actio negatoria* in te stellen. Hieronder wordt een drietal situaties onderscheiden waarin dit het geval was.

In de eerste plaats kan gedacht worden aan de situatie waarin een eigenaar van een erf als gedaagde op een eerder tijdstip geweigerd had in te gaan op een tegen hem ingestelde *actio confessoria* die diende om een erfdienstbaarheid (bijvoorbeeld een recht van weg) geldend te maken. Zoals blijkt uit D. 39,1,15 (Africanus)¹⁶⁰ moest de gedaagde in zo'n geval een *cautio* afleggen met als strekking dat hij de eiser de uitoefening van de erfdienstbaarheid niet zou verhinderen, zolang hij zelf niet met de *actio negatoria* over het niet-bestaan van de erfdienstbaarheid had geprocedeerd. De (voormalige) gedaagde die onder deze omstandigheden de uitoefening van een erfdienstbaarheid wilde verhinderen, was dus gedwongen om met de *actio negatoria* te procederen.

In de tweede plaats was er aanleiding om de *actio negatoria* in te stellen in die gevallen waarin het eigenmachtig verhinderen van de inbreuk op het eigendomsrecht feitelijk onmogelijk of praktisch niet goed uitvoerbaar was. Feitelijk onmogelijk was het verhinderen van de inbreuk op het eigendomsrecht bijvoorbeeld in het in D. 8,5,8,5 (Ulpianus) omschreven geval waarin een kaasfabriek stinkende walmen verspreidde.¹⁶¹ Bij het praktisch niet goed uitvoerbaar zijn kan gedacht worden aan een eigenaar van een zeer uitgestrekt landgoed die geconfronteerd werd met iemand die zich een recht van weg aanmatigde. Het plaatsen van een omheining rond het hele terrein was mogelijk, maar zeer kostbaar. Wanneer de identiteit van de inbreukmaker bekend was, was het goed denkbaar dat de eigenaar voor het instellen van de *actio negatoria* opteerde.

In de derde plaats kon er aanleiding zijn de *actio negatoria* in te stellen in het geval waarin het de eigenaar niet was toegestaan om een inbreuk op zijn eigendomsrecht eigenmachtig te verhinderen of ongedaan te maken. Dit deed zich onder meer voor wanneer een toestand die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een bepaalde erfdienstbaarheid, al tot stand was gebracht. D. 8,2,20 *pr.* (Paulus) geeft als voorbeelden van dergelijke situaties, het ingebouwd hebben van balken in andermans gebouw (*tignum immissum*), het hebben hangen van een balkon boven andermans grond (*menianum immissum*) of het lozen van regenwater (*stillicidium*) op andermans erf.

D. 8,2,20 *pr.* (Paulus): 'Erfdienstbaarheden die op opstallen gevestigd zijn, worden door bezit behouden. Als ik bijvoorbeeld vanuit mijn gebouw een balk in uw

¹⁶⁰ Zie daarover p. 32-33 hierboven.

¹⁶¹ Zie p. 41-43 hierboven.

gebouw heb ingebouwd, bezit ik namelijk het recht om hem ingebouwd te hebben ten gevolge van de toestand van de balk, doordat ik hem voortdurend zo heb. Hetzelfde zal gebeuren, indien ik een balkon boven uw grond heb hangen of regenwater uit mijn goot op uw grond laat lopen, aangezien ik gebruik maak van iets op uw grond en aldus als het ware door een feitelijke toestand bezit.¹⁶²

Degene die een in de bovenstaande tekst vermelde erfdienstbaarheid feitelijk uitoefende, werd aangemerkt als bezitter en genoot als zodanig bezitsbescherming. Dit betekende dat de eigenaar die het bestaan van zo'n erfdienstbaarheid ontkende, een beroep diende te doen op de *actio negatoria*. Dit sluit aan bij D. 8,5,8,3 (Ulpianus):

'Maar als de vraag wordt gesteld wie de rol van bezitter en wie die van eiser heeft, dient men te weten dat indien de balken reeds zijn ingebouwd, diegene de rol van bezitter heeft, die beweert dat hem de erfdienstbaarheid verschuldigd is; indien de balken daarentegen niet zijn ingebouwd, degene die de erfdienstbaarheid ontkent.'¹⁶³

Het bovenstaande is ook in overeenstemming met D. 9,2,29,1 (Ulpianus), waarin de onderhavige problematiek wordt geplaatst in het kader van onrechtmatig toegebrachte schade:

D. 9,2,29,1 (Ulpianus): 'Proculus schrijft dat ik, als u mijn afdak, dat ik zonder enig recht boven uw huis had, hebt afgezaagd, tegen u een actie wegens onrechtmatig toegebrachte schade kan instellen; u had immers een actie tegen mij moeten instellen, met het argument dat ik niet het recht had om het afdak te hebben; het is ook niet billijk dat ik schade lijdt doordat u mijn balken hebt afgezaagd.'¹⁶⁴

Het eigenmachtig afzagen van een overhangend afdak leidt volgens de tekst tot de plicht om de schade te vergoeden. De eigenaar van het huis waarboven het afdak zich bevond, wordt gewezen op de mogelijkheid om de *actio negatoria* in te stellen.

162 D. 8,2,20 *pr.* (Paulus): 'Servitudes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur. nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. idem eveniet et si menianum in tuum immissum habuero aut stillicidium in tuum proiecero, quia in tuo aliquid utor et si quasi facto quodam possideo.'

163 D. 8,5,8,3 (Ulpianus): 'Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi debere ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat.'

164 D. 9,2,29,1 (Ulpianus): 'Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo iure habebam, reccidisses, posse me tecum damni iniuria agere Proculus scribit: debuisti enim mecum ius mihi non esse protectum habere agere: nec esse aequum damnum me pati reccisis a te meis tignis.'

In de in D. 8,2,20 *pr.* (Paulus) genoemde gevallen ging de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid gepaard met het bezit van een bepaalde zaak (een overhangend balkon, een ingebouwde balk, een goot die voor afloop van regenwater zorgde). De bezitsbescherming kon daarom in deze gevallen rechtstreeks gebaseerd worden op het hieronder¹⁶⁵ te bespreken *interdictum uti possidetis*.¹⁶⁶ Daarnaast werd de feitelijke uitoefening van bepaalde andere erfdienstbaarheden ook beschermd door speciale op het *interdictum uti possidetis* geënte interdicten. Het *interdictum de itinere actuque privato* beschermde de feitelijke uitoefening van de verschillende rechten van weg (*iter*, *actus* of *via*).¹⁶⁷ Voorwaarde was dat de erfdienstbaarheid gedurende het afgelopen jaar tenminste voor een periode van dertig dagen niet-vitieux, dat wil zeggen niet met geweld (*vi*), heimelijk (*clam*) of ter bede (*precario*), was uitgeoefend.¹⁶⁸ Het *interdictum de aqua cottidiana et aestiva* beschermde de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid die betrekking had op de toevoer van water.¹⁶⁹ Degene die op enig moment in het afgelopen jaar niet-vitieux de toevoer van water had genoten, werd door het interdict beschermd.¹⁷⁰ Een soortgelijke bescherming – door het *interdictum de fonte* – genoot degene die het water aan een bron onttrok.¹⁷¹ In alle bovenvermelde gevallen beschermde de *praetor* de feitelijke uitoefening van de erfdienstbaarheid, onafhankelijk van de vraag of deze met of zonder recht geschiedde. Het enige middel dat de eigenaar in deze gevallen ter beschikking stond, was de *actio negatoria*.¹⁷²

3.10 DE BEWIJSLAST BIJ DE *ACTIO NEGATORIA*

De centrale vraag met betrekking tot de bewijslast bij de *actio negatoria* is of de eiser het niet-bestaan van het vruchtgebruik of de erfdienstbaarheid diende te bewijzen, of dat hij kon volstaan met het bewijzen van zijn eigendomsrecht

¹⁶⁵ Zie § 3.13.5 hieronder.

¹⁶⁶ Zie Dernburg (1912), § 220, p. 467 en vgl. Boháček (1939), p. 165-166 alsmede D. 43,17,3,6 (Ulpianus).

¹⁶⁷ Zie D. 43,19,1 *pr.* (Ulpianus). Zie over de verschillende rechten van weg: § 3.2 noot 18 hierboven.

¹⁶⁸ Zie D. 43,19,1,2 (Ulpianus).

¹⁶⁹ Zie D. 43,20,1 *pr.* (Ulpianus).

¹⁷⁰ Zie D. 43,20,1,4 (Ulpianus) en D. 43,20,1,10 (Ulpianus).

¹⁷¹ Zie D. 43,22,1 *pr.* (Ulpianus).

¹⁷² Uit het bovenstaande volgt dat het een misvatting is om aan te nemen (zoals Hohloch (1976), p. 23 en Picker (1972), p. 63) dat – in de gevallen waarin een toestand correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid – de terreinwinst van de *actio negatoria* ten opzichte van het eigenmachtig optreden door de eigenaar, pas geboekt was op het moment dat Justinianus het 'bezit van recht' (*possessio iuris*) erkende en dit bezit door interdicten beschermde. De feitelijke uitoefening van bepaalde erfdienstbaarheden werd namelijk al eerder (vóór het verschijnen van het begrip *possessio iuris*) door interdicten beschermd, zodat in deze situaties ook al eerder met de *actio negatoria* kon en moest worden opgetreden.

waarna het vervolgens op de weg van de gedaagde lag om het bestaan van het vruchtgebruik of de erfdienstbaarheid te bewijzen.¹⁷³ De wijze waarop deze vraag door rechtshistorici beantwoord wordt, blijkt nauw samen te hangen met hun visie op het rechtskarakter van de *actio negatoria*. De schrijvers die ervan uitgaan dat de *actio negatoria* een rechtstreeks op het eigendomsrecht steunende zakelijke actie was, nemen op die grond aan dat de eiser in de *actio negatoria* alleen zijn eigendomsrecht hoefde te bewijzen.¹⁷⁴ Zoals de eigenaar in geval van depossederende, wanneer hij op grond van revindicatie procedeerde, kon volstaan met het bewijzen van zijn eigendomsrecht, zo moest hij hiermee ook kunnen volstaan wanneer hij op grond van de *actio negatoria* procedeerde in verband met een niet met depossederende gepaard gaande (dus minder ernstige) inbreuk op zijn eigendomsrecht. Zoals hierboven echter uiteen is gezet, was de *actio negatoria* geen rechtstreeks op het eigendomsrecht steunende zakelijke actie, maar een zakelijke actie waarmee (formeel) geprocedeerd werd over het al dan niet bestaan van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid.¹⁷⁵ Vanuit dat perspectief ligt het voor de hand dat ook hier de algemene procesrechtelijke regel gold dat wie in de *intentio* iets beweerde (in het geval van de *actio negatoria* dus dat het vruchtgebruik of de erfdienstbaarheid niet bestond), dit moest bewijzen.¹⁷⁶ Ter nadere ondersteuning van deze stelling dat de eiser in de *actio negatoria* het niet-bestaan van het vruchtgebruik of de erfdienstbaarheid diende te bewijzen, kan ook nog gewezen worden op de hierboven in § 3.5 besproken regeling die gold wanneer een gedaagde weigerde op de zakelijke *actio negatoria* in te gaan. Onder verwijzing naar D. 39,1,15 (Africanus) werd aangetoond dat het gevolg hiervan was dat de procesposities van de partijen werden omgedraaid. De weigerachtige gedaagde werd gedwongen een *cautio* af te leggen met als strekking dat hij het betwiste recht niet meer zou uitoefenen, totdat hij het zelf met de *actio confessoria* geldend zou hebben gemaakt. Deze regeling was bedoeld om een gedaagde ertoe te bewegen wel op de *actio negatoria* in te gaan, door hem in het geval van weigering een minder gunstige procespositie in het vooruitzicht te stellen waarin hij – aldus het slot van D. 39,1,15 (Africanus) – gedwongen werd om zijn recht (dat wil zeggen het bestaan van het recht van erfdienstbaar-

173 Dat de eiser die de *actio negatoria* instelde de eigendom van de zaak, waarvan hij beweerde dat die niet met een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid belast was, moest bewijzen, volgt uit D. 7,6,5 *pr.* (Ulpianus), hierboven geciteerd in § 3.6 noot 98.

174 Zie onder meer Windscheid/Kipp (1906), § 198, p. 1013, Puchta (1877), § 172, p. 256-257, Arndts (1883), § 169, p. 298, Vangerow (1863), § 353, p. 770, Dernburg (1912), § 219, p. 465, Jörs/Kunkel (1949), § 79, p. 142, Sintenis (1868), p. 537-538, Francke (1838), p. 32-33, Mittermaier (1836), p. 289, Hesse (1880), p. 312 en Schmidt (1850), p. 169.

175 Zie § 3.3 hierboven.

176 Zo ook Girard (1929), p. 374-375 noot 4, Boháček (1939), p. 167, Brinz (1873), § 171, p. 667-668, Du Roi (1857), p. 35, Heise (1857), p. 50 en Glück (1808), § 687, p. 256. Zie met betrekking tot de regel dat de eiser het in de *intentio* vermelde diende te bewijzen D. 22,3,21 (Marcianus) waarvan de slotzin luidt: 'De bewijslast rust immers altijd op degene die procedeert.' ('quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.').

heid) te bewijzen (*de iure suo probare necesse haberet*). Deze regeling zou geen betekenis hebben wanneer een gedaagde ook bij de *actio negatoria* dit recht zou moeten bewijzen.¹⁷⁷

De conclusie dat bij de *actio negatoria* de eiser het niet-bestaan van het in de *intentio* vermelde recht van vruchtgebruik of erfdienstbaarheid diende te bewijzen, roept onmiddellijk de vraag op of dit voor de eigenaar niet een onmogelijke opgave was. Het antwoord op deze vraag luidt dat het leveren van het benodigde bewijs onder bepaalde omstandigheden inderdaad aanzienlijke moeilijkheden zal hebben opgeleverd. Ter relativering van het probleem kan echter het volgende worden aangevoerd.

In de eerste plaats speelde het probleem van de bewijsnood alleen wanneer met de *actio negatoria* werd opgetreden ter ontkenning van het bestaan van een recht van erfdienstbaarheid. Zoals hieronder¹⁷⁸ nog nader uiteen zal worden gezet, kon de eigenaar tegen een inbreuk op zijn eigendomsrecht die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik, ook met de revindicatie optreden. In dat geval hoefde hij alleen zijn eigendom – en niet het niet-bestaan van het vruchtgebruik – te bewijzen.

In de tweede plaats konden zich situaties voordoen waarin het leveren van het bewijs van het niet-bestaan van een erfdienstbaarheid, geen bijzondere problemen opleverde. Hierbij valt te denken aan het geval waarin sprake was van een erfdienstbaarheid die wel had bestaan, maar die teniet was gegaan, bijvoorbeeld als gevolg van *non usus* of als gevolg van afstand door de eigenaar van het heersende erf.¹⁷⁹

In de derde plaats kon de eiser de gedaagde opdragen een eed af te leggen (*delatio*) met betrekking tot de juistheid van de grondslag van de vordering van de eiser. Wanneer de gedaagde weigerde een dergelijke eed af te leggen,

¹⁷⁷ Zie ook Du Roi (1857), p. 37, Heise (1857), p. 54, Boháček (1939), p. 167 en Brinz (1873), § 171, p. 668. Vangerow (Vangerow (1863), § 353, p. 772-773) probeert dit argument op ingenieuze maar weinig overtuigende wijze te weerleggen. Hij stelt dat de gedaagde die weigerde op de *actio negatoria* in te gaan – ook wanneer men ervan uitgaat dat de eiser niet het niet-bestaan van het aangemateerde recht hoefde te bewijzen – wel degelijk in een (bewijsrechtelijk) nadeliger positie kwam wanneer hij zelf met de *actio confessoria* moest procederen. In dat geval hoefde de voormalige eiser in de *actio negatoria* namelijk niets te bewijzen, terwijl hij bij een proces op grond van de *actio negatoria* nog het onderspit zou delven wanneer hij er niet in zou slagen zijn eigendomsrecht te bewijzen. Vangerow gaat er hierbij echter aan voorbij dat uit het slot van D. 39,1,15 (Africanus) valt af te leiden dat de weigerachtige gedaagde *als gevolg van zijn weigering om op de actio negatoria in te gaan – bij wijze van straf – zijn recht van erfdienstbaarheid moest bewijzen*.

¹⁷⁸ Zie § 3.11 hieronder.

¹⁷⁹ Zie ook Glück (1808), § 687, p. 256.

stond het de rechter vrij om dit gegeven bij de beantwoording van de uiteindelijke bewijsvraag mee te wegen.¹⁸⁰

In de laatste plaats is het van belang om vast te stellen dat de *actio negatoria* in veel gevallen niet het enige (rechts)middel was waarmee de eigenaar kon optreden. Tegen een (nog) niet door een interdict beschermde feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid,¹⁸¹ kon de eigenaar daarnaast namelijk eigenmachtig of met het hieronder¹⁸² te bespreken *interdictum uti possidetis* optreden: in dit verband was het dus in eerste instantie zaak voor de eigenaar om te voorkomen dat een inbreukmaker in een door een interdict beschermde positie kwam. Voorts bestond in bepaalde gevallen voor de eigenaar de mogelijkheid om in plaats van met de *actio negatoria*, met de *actio aquae pluviae arcendae*, de *interdicta de arboribus caedendis* of het *interdictum quod vi aut clam* op te treden.¹⁸³

3.11 DE VERHOUDING TUSSEN DE ACTIO NEGATORIA EN DE REVINDICATIE

De revindicatie laat zich kernachtig omschrijven als de actie waarmee de niet-bezittende eigenaar zijn zaak kon opeisen van een bezittende niet-eigenaar.¹⁸⁴ Ter illustratie kan gewezen worden op het eerste deel van D. 44,7,25 *pr.* (Ulpianus):

‘Zakelijke is een actie door middel waarvan wij een zaak die ons toebehoort en die door een ander in bezit wordt gehouden, opeisen...’¹⁸⁵

Het is echter voor het Romeinse recht niet duidelijk wanneer er sprake was van een vorm van bezit (*possessio*) respectievelijk een vorm van bezitsverlies die vereist was voor de passieve respectievelijk de actieve legitimatie tot de revindicatie. In dit verband is D. 6,1,9 (Ulpianus) van groot belang:

180 De mogelijkheid om in het kader van het *negatoria*-proces de wederpartij op te dragen om een eed af leggen, wordt geopperd door Glück (1808), § 687, p. 256 en door Du Roi (1857), p. 43. Zie in het algemeen over de bewijseed in de fase *apud iudicem*: Wenger (1925), p. 189-190. Volgens Kaser/Hackl ZP, p. 366 is het twijfelachtig of een bewijseed met betrekking tot de grondslag van de actie bestond.

181 Zie over de interdictenbescherming van feitelijk uitgeoefende erfdienstbaarheden: § 3.9 hierboven.

182 Zie § 3.13.5 hieronder.

183 Zie met betrekking tot de *actio aquae pluviae arcendae* § 3.13.2 hieronder, met betrekking tot de *interdicta de arboribus caedendis* § 3.13.7 hieronder en met betrekking tot het *interdictum quod vi aut clam* § 3.13.6 hieronder.

184 Vgl. Van Oven (1945), p. 96.

185 D. 44,7,25 *pr.* (Ulpianus): ‘in rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus...’

‘De ambtsplicht van de rechter bestaat bij deze actie hierin dat de rechter onderzoekt of de gedaagde het bezit heeft. Het doet niet ter zake op welke grond hij bezit. Zodra ik namelijk heb bewezen dat een zaak aan mij toebehoort, zal een bezitter die niet een of andere exceptie heeft opgeworpen, deze moeten afgeven. Toch hebben sommige juristen, zoals Pegasus, gemeend dat deze actie alleen dát bezit regardeert dat het voorwerp is van het *interdictum uti possidetis* of het *interdictum utrubi*. Dientengevolge merkt hij op dat geen eigendomsactie kan worden ingesteld tegen degene bij wie de zaak in bewaring of in bruikleen is gegeven of tegen degene die de zaak heeft gehuurd of die de zaken onder zich heeft gekregen teneinde legaten veilig te stellen, ten behoeve van een bruidsschat of een ongeborn kind dan wel omdat geen formele garantiebelofte is afgelegd wegens dreigende schade: al deze personen bezitten immers niet. Ik ben nochtans van mening dat kan worden gevorderd van al degenen die de zaak houden en in de gelegenheid zijn haar af te geven.’¹⁸⁶

Het woord ‘bezitten’ (*possidere*) wordt in de bovenstaande tekst in verschillende betekenissen gebruikt. In ruime algemene zin bedoelt Ulpianus met bezitten, het uitoefenen van feitelijke macht over een zaak. Daarnaast wordt het woord bezitten in een technische betekenis opgevoerd: bezit volgens Pegasus is de uitoefening van die feitelijke macht over een zaak waaraan een bepaald rechtsgevolg verbonden is, namelijk bescherming op grond van de bezitsinterdicten *uti possidetis* of *utrubi*.¹⁸⁷ De controverse tussen Pegasus en Ulpianus richtte zich op de vraag of de revindicatie tegen de *possessor* in ruime zin kon worden ingesteld, of slechts tegen de door het *interdictum uti possidetis* of het *interdictum utrubi* beschermde *possessor*.¹⁸⁸

Zonder inhoudelijk in te gaan op de controverse tussen Pegasus en Ulpianus, kan uit D. 6,1,9 op voorhand al één conclusie met betrekking tot de verhouding tussen de *actio negatoria* en de revindicatie getrokken worden: in alle gevallen waarin de *actio negatoria* zag op het optreden tegen een inbreuk op het eigendomsrecht die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van

186 D. 6,1,9 (Ulpianus): ‘Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.’

187 Interdictenbezitter was degene die te goeder of te kwader trouw voor zichzelf bezat, alsmede de erfpachter, de precarist, de pandhouder en de *sequester* (zie Kaser RP I, p. 387-389).

188 Een constitutie van keizer Constantijn (C. 3,19,2) uit het jaar 331 (waarover p. 49 hierboven) bepaalde dat een zakelijke actie met betrekking tot onroerend goed tegen iedere bezitter kon worden ingesteld, maar dat een bezitter in naam van een ander verplicht was om zijn achterman te noemen (*laudatio auctoris*) opdat deze in het geding kon worden geroepen en het geding kon overnemen.

een erfdienstbaarheid, stond voor de eigenaar de revindicatie niet open. Noch in de visie van Pegasus, noch in de ruime visie van Ulpianus, verkreeg degene die zich een erfdienstbaarheid aanmatigde een vorm van bezit over de zaak die hem passief legitimeerde tot de revindicatie. De directe feitelijke macht over de zaak bleef in deze gevallen bij de eigenaar. Hieraan stond niet in de weg dat de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid door interdicten beschermd kon zijn.¹⁸⁹

De vraag naar de samenloop tussen de revindicatie en de *actio negatoria* was alleen relevant wanneer de *actio negatoria* gericht was op de ontkenning van een recht van vruchtgebruik. In dat geval zal de inbreuk op het eigendomsrecht immers veelal inderdaad gepaard zijn gegaan met ontzetting van de eigenaar uit de directe feitelijke macht, zodat de mogelijkheden om in deze gevallen (eveneens) met de revindicatie op te treden, nader moeten worden onderzocht. Hierbij zal onderscheid worden gemaakt tussen de situatie waarin de (vermeende) vruchtgebruiker zijn recht beweerde af te leiden van de eiser zelf en de situatie waarin de (vermeende) vruchtgebruiker zich erop beriep dat het vruchtgebruik hem (rechtsgeldig) door een ander dan de eiser was verleend.

Rechtsmiddelen tegen de 'eigen' vruchtgebruiker

Vooropgesteld moet worden dat de controverse tussen Ulpianus en Pegasus geen betrekking had op de vraag naar de mogelijkheid om de revindicatie in te stellen tegen iemand die in een bepaalde contractuele of zakenrechtelijke verhouding tot de eiser zelf stond. Ulpianus breidt de kring van passief gelegitimeerden tot de revindicatie ten opzichte van de leer van Pegasus uit met onder meer 'degene aan wie iets in bewaring is gegeven', 'de bruiklener' en 'de huurder'. Hiermee doelt Ulpianus slechts op degene aan wie door een derde – en niet door de eiser in revindicatie zelf – iets in bewaring of bruikleen is gegeven, dan wel is verhuurd.¹⁹⁰ Aangenomen mag worden dat Ulpianus en Pegasus eenzelfde regime voorstonden met betrekking tot de vraag hoe de eigenaar de zaak na afloop van een contractuele of zakenrechtelijke verhouding van de wederpartij kon terugvorderen. Wanneer het ging om een contractuele verhouding, dan vormde een persoonlijke actie uit het desbetreffende contract de aangewezen weg.¹⁹¹ Ook na afloop van een zakenrechtelijke ver-

189 Zie daarover § 3.9 hierboven.

190 Zie Siber (1928), p. 97 noot 7, Weiss (1949), p. 203 en Honsell/Mayer-Maly/Selb (1987), p. 537.

191 Zie Kaser (1981), p. 92-93, Siber (1907), p. 29 en Weiss (1949), p. 202. Kaser (1981), p. 93 gaat ervan uit dat de revindicatie in theorie ook ter beschikking stond aan degene die een persoonlijk terugvorderingsrecht geldend kon maken. Wanneer in een dergelijke situatie de revindicatie werd ingesteld, speelde de controverse tussen Ulpianus en Pegasus geen rol: iemand die voor een ander bezat en de zaak na afloop van de contractuele of zakenrechtelijke verhouding weigerde terug te geven, hield op voor die ander te bezitten en werd

houding kon er een mogelijkheid bestaan om de zaak met een persoonlijke actie terug te vorderen. Zo stond de pandgever bij vuistpand de uit de pand-overeenkomst voortvloeiende persoonlijke *actio pignoratitia* ter beschikking.¹⁹² Aan vruchtgebruik – waar het in deze paragraaf om gaat – lag in de meeste gevallen geen overeenkomst, maar een legaat ten grondslag. De erfgenaam (bloot-eigenaar) kon, alvorens de zaak in vruchtgebruik te geven, verlangen dat een zogeheten *cautio usufructuaria* werd afgelegd. Deze *cautio* zag er onder meer op dat de vruchtgebruiker na het einde van het vruchtgebruik de zaken die aan het vruchtgebruik waren onderworpen, teruggaf.¹⁹³ Hiermee gaf de vruchtgebruiker de bloot-eigenaar een persoonlijke actie in handen – namelijk de *actio ex stipulatu* – waarmee deze laatste na de beëindiging van het vruchtgebruik kon ageren. Dit was dan ook het wapen dat door de eigenaar normaliter werd gehanteerd in de relatie tot zijn ‘eigen’ vruchtgebruiker.¹⁹⁴ De ruimte voor beschouwingen over de verhouding tussen de *revindicatie* en de *actio negatoria* is – waar het deze eerste categorie van rechtsmiddelen tegen een ‘eigen’ vruchtgebruiker betreft – dan ook beperkt tot de gevallen waarin niet met de *actio ex stipulatu* kon worden opgetreden omdat er geen *cautio usufructuaria* was afgelegd. Hierbij kunnen drie – hieronder onder a. tot en met c. te behandelen – situaties worden onderscheiden.

- a. *De cautio usufructuaria was niet afgelegd terwijl de eigenaar erkende dat het vruchtgebruik bestond*

Wanneer de eigenaar het bestaan van het vruchtgebruik erkende, was er over het algemeen weinig reden om na te denken over de vraag of een revindicatie dan wel de *actio negatoria* kon worden ingesteld. De zaak, en daarmee de mogelijkheid om de vruchten ervan te plukken, diende bij de vruchtgebruiker te blijven. Een bijzonder geval waarin de eigenaar de zaak opvorderde terwijl hij het vruchtgebruik van de gedaagde erkende, wordt beschreven in D. 7,9,7 *pr.* (Ulpianus):

‘Als bij de overdracht van een zaak op grond van vruchtgebruik geen zekerheid is gesteld, kan de erfgenaam, zegt Proculus, de zaak opeisen. En indien de exceptie wordt opgeworpen, dat de zaak op grond van vruchtgebruik is overgedragen, zal een repliek opgeworpen moeten worden. Deze zienswijze is redelijk, maar ook

zelf een door interdicten beschermde bezitter, op grond waarvan hij zowel volgens Pegasus als volgens Ulpianus tot de kring van de passief gelegitimeerden tot de revindicatie behoort (zie ook Kaser RP I, p. 433 noot 11 en Kaser RP II, p. 293 noot 16).

192 Zie Kaser RP I, p. 536-537.

193 Zie Kaser RP I, p. 451 en D. 7,9,1 *pr.* (Ulpianus).

194 Zie Siber (1907), p. 29 en 88, Siber (1928), p. 96 en Boháček (1936-1937), p. 26.

het afleggen van de stipulatie zelf zal met de *condictio* kunnen worden gevorderd.¹⁹⁵

De erfgenamen hebben in deze casus een zaak waarvan het vruchtgebruik gelegateerd was, aan de legataris afgegeven zonder de *cautio usufructuaria* te bedingen. Vervolgens stelden de erfgenamen de revindicatie in met de bedoeling om na het herkrijgen van de zaak, die pas weer af te geven nadat alsnog door de vruchtgebruiker een *cautio* was afgelegd. De eisers slaagden in deze opzet. De door de gedaagde op zichzelf terecht opgeworpen exceptie dat de zaak op grond van vruchtgebruik was overgedragen, werd ontkracht door een aan de eisers verleende repliek. Wat betreft de verhouding tussen de revindicatie en de *actio negatoria*, moet worden opgemerkt dat de *actio negatoria* in de onderhavige casus geen toepassing kon vinden. Het was onbetwist dat de gedaagde het recht had het vruchtgebruik uit te oefenen, zodat het geen zin had te procederen met een *actio* waarvan de *intentio* dit recht juist ontkende.

De bovenstaande lezing van D. 7,9,7 *pr.* (Ulpianus) wordt aanvankelijk door Siber verdedigd.¹⁹⁶ In een later werk neemt hij daarvan echter afstand. Op grond van de veronderstelling dat de laatste zin van de tekst in zijn geheel geïnterpoleerd zou zijn, neemt hij aan dat de tekst gaat over een revindicatie die, wanneer geen *cautio usufructuaria* was afgelegd, door de eigenaar werd ingesteld na afloop van het vruchtgebruik.¹⁹⁷ Deze categorie van gevallen wordt hieronder behandeld.

- b. *De cautio usufructuaria was niet afgelegd en de eigenaar erkende dat het vruchtgebruik had bestaan, maar beriep zich erop dat het inmiddels was beëindigd*

Zoals vermeld heeft het hierboven aangehaalde D. 7,9,7 *pr.* (Ulpianus) mogelijk betrekking op de thans aan de orde zijnde situatie waarin de *cautio usufructuaria* niet was afgelegd en de eigenaar na beëindiging van het vruchtgebruik de zaak wilde opeisen. Een tekst die in ieder geval op deze situatie betrekking heeft, is D. 7,9,12 (Ulpianus):

‘Als het vruchtgebruik speciaal van vaatwerk is nagelaten, zal niet de bij het senaatsbesluit vastgestelde garantie nodig zijn, maar alleen deze, “dat het vruchtgebruik uitgeoefend zal worden overeenkomstig het oordeel van een verstandig man”. Als dus vaatwerk is overgedragen om er het genot van te hebben, betwijfelt niemand dat dit niet eigendom wordt van degene die het ontvangen heeft. Het wordt immers niet overhandigd met de bedoeling dat degene die overdraagt de

195 D. 7,9,7 *pr.* (Ulpianus): ‘Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit. quae sententia habet rationem: sed et ipsa stipulatio condici poterit.’

196 Siber (1907), p. 88 en 95. Zie ook Kaser RP I, p. 451.

197 Siber (1928), p. 96-97 noot 6. Zie ook Boháček (1936-1937), p. 26 noot 4.

eigendom kwijtraakt, maar dat de legataris het vruchtgebruik ervan kan hebben. Omdat dus het vaatwerk niet van de vruchtgebruiker wordt, kan het door de eigenaar worden opgeëist, wanneer er geen garantie is gegeven. Nagegaan moet worden of ook de *condictio* toepassing zou kunnen vinden. Welnu, van oudsher is gesteld dat niemand zijn eigen goed met een *condictio* kan vorderen, behalve van een dief.¹⁹⁸

De bovenstaande tekst maakt melding van de regel dat in bepaalde gevallen de *cautio usufructuaria* (op grond waarvan de eigenaar de zaak na afloop van het vruchtgebruik kon terugvorderen) niet hoefde te worden afgelegd, maar dat er kon worden volstaan met de minder vergaande *cautio* dat het vruchtgebruik uitgeoefend zou worden overeenkomstig het oordeel van een verstandig man. Het ontbreken van een *cautio* die betrekking had op teruggave van de zaak – en daarmee het ontbreken van de mogelijkheid om met de *actio ex stipulatu* te procederen – stelde de juristen voor de vraag op welke wijze de eigenaar na beëindiging van het vruchtgebruik de (overgebleven) zaken kon terugvorderen. In de onderhavige tekst wordt de revindicatie als mogelijkheid aangedragen. De vraag die vervolgens rijst, is of de mogelijkheid om na beëindiging van het vruchtgebruik tegen de voormalige vruchtgebruiker met de revindicatie op te treden, beperkt was tot de bijzondere situatie van D. 7,9,12 (Ulpianus) waarin een wettelijke verplichting om de *cautio usufructuaria* af te leggen ontbrak, of dat de revindicatie in alle gevallen waarin om welke reden dan ook geen *cautio* was afgelegd, het geëigende middel was om op te treden. Dit laatste lijkt aannemelijk.¹⁹⁹

Wat betreft de verhouding tussen de revindicatie en de *actio negatoria* in de aan de orde zijnde gevallen, moet worden aangenomen dat naast de revindicatie de *actio negatoria* toepassing kon vinden.²⁰⁰ Aan het vereiste voor het inroepen van deze actie was voldaan. Er werd door iemand die daartoe niet (meer) bevoegd was, inbreuk gemaakt op het eigendomsrecht van de eiser op een wijze die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik. Voor de bewijslastverdeling maakte het in de onderhavige gevallen niet uit of met de *actio negatoria* dan wel met de revindicatie werd geprocedeerd. Wanneer met de *actio negatoria* geprocedeerd werd, gold de hierboven in § 3.10 weergegeven regel dat de eigenaar het niet-bestaan van het vruchtgebruik moest bewijzen. Dat was in het onderhavige geval alleszins

198 D. 7,9,12 (Ulpianus): ‘Si vasorum ipsorum usus fructus relictus sit, non erit cautio senatus consulti necessaria, sed illa sola “boni viri arbitrato usum fructum”. si igitur tradita sunt fructuaria causa, nemo dubitat non fieri eius qui accepit: non enim ideo traduntur, ut dominium recedat ab eo qui tradit, sed ut utatur fruatur legatarius. ergo cum non fiant fructuaria vasa, vindicari a proprietario possunt cautione non data. videndum est de conditione, an possit locum habere: et proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse.’

199 Zie ook Siber (1928), p. 96 en Boháček (1936-1937), p. 26 die (mede) op grond van D. 7,9,7 pr. (Ulpianus) tot deze conclusie komen.

200 Zo ook Windscheid/Kipp (1906), § 198, p. 1012 noot 10.

redelijk: de eigenaar die stelde dat het vruchtgebruik was beëindigd, moest dit ook maar bewijzen. Kon de eigenaar nu eenvoudig aan deze bewijslast ontkomen door op grond van de revindicatie te procederen, in welk geval hij slechts zijn eigendomsrecht zou moeten bewijzen? Het antwoord luidt ontkennend. De gedaagde kon in dat geval namelijk de exceptie opwerpen dat de zaak op grond van vruchtgebruik was overgedragen.²⁰¹ Het bewijs hiervoor was eenvoudig te leveren aangezien ook de eiser erkende dat op enig moment een geldig vruchtgebruik tot stand gekomen was. De eiser was vervolgens aangewezen op de repliek waarin hij stelde dat het vruchtgebruik inmiddels was beëindigd. Ook bij de revindicatie rustte de bewijslast van deze stelling aldus op de eiser.

- c. *De gedaagde wierp zich op als vruchtgebruiker in naam van de eiser zelf, terwijl de eiser ontkende dat de gedaagde ooit vruchtgebruiker was geweest*

Ook wanneer de gedaagde zich opwierp als vruchtgebruiker in naam van de eiser, terwijl de eiser ontkende dat de gedaagde ooit vruchtgebruiker was geweest, stonden aan de eiser zowel de revindicatie als de *actio negatoria* ter beschikking.²⁰² Een belangrijk verschil met de voorgaande situatie (onder b.) was dat het in het onderhavige geval vanuit bewijsrechtelijk oogpunt wel van belang was met welke actie de eiser procedeerde. Anders dan in de vorige situatie spitste de bewijsproblematiek zich in dit geval toe op de vraag of de zaak aan de gedaagde op grond van vruchtgebruik was overgedragen. Wanneer de eiser met de revindicatie procedeerde, moest de gedaagde bewijzen dat dit het geval was. Wanneer echter met de *actio negatoria* werd geprocedeerd, moest de eiser bewijzen dat dit niet het geval was. Vanzelfsprekend koos de eiser altijd voor de eerste optie. Door de keuze voor de revindicatie open te stellen, werd de eiser een bewijsrechtelijk voordeel in de schoot geworpen. Hiervoor was echter een goede reden. Wanneer de eigenaar namelijk op de *actio negatoria* zou zijn aangewezen, zou iedere dief, door enkel te roepen dat hij vruchtgebruiker was, de eiser in een bewijsrechtelijk lastig parket kunnen brengen waarin hij niet kon volstaan met het bewijs van zijn eigendomsrecht maar tevens het niet-bestaan van het vruchtgebruik moest aantonen.

201 Zie D. 7,9,7 *pr.* (Ulpianus), hierboven in deze paragraaf geciteerd in noot 195.

202 Zie Windscheid/Kipp (1906), § 198, p. 1012 noot 10 die in het onderhavige geval uitgaat van concurrentie tussen de *actio negatoria* en de revindicatie en Boháček (1936-1937), p. 27 die in het onderhavige geval de revindicatie van toepassing acht zonder zich expliciet uit te spreken over de toepasselijkheid van de *actio negatoria*. Anders: Lenel (1991), p. 405 en Hijmans (1926), p. 164 die de eigenaar in deze gevallen slechts de *actio negatoria* toekennen.

Rechtsmiddelen tegen degene die een recht van vruchtgebruik in naam van een ander dan de eiser uitoefende

Thans komt de vraag aan de orde naar de verhouding tussen de *actio negatoria* en de revindicatie in het geval waarin een eiser die zich op zijn eigendomsrecht beriep, geconfronteerd werd met iemand die in naam van een ander dan de eiser een recht van vruchtgebruik uitoefende. Bij de beantwoording van de vraag of de revindicatie kon worden ingesteld tegen deze (vermeende) vruchtgebruiker, valt op dat degene die een recht van vruchtgebruik uitoefende in naam van een ander dan de eiser, binnen de in D. 6,1,9 (Ulpianus) beschreven controverse tussen Pegasus en Ulpianus een bijzondere positie innam. Enerzijds behoorde hij niet zonder meer tot de degenen wier bezit werd beschermd door het *interdictum uti possidetis* of het *interdictum utrubi*, zoals voor de passieve legitimatie tot de revindicatie werd vereist door Pegasus: het bezit van de vruchtgebruiker werd immers slechts beschermd door een *interdictum uti possidetis utile* en een op het *interdictum unde vi* geënt interdict.²⁰³ Anderzijds werd het vruchtgebruik niet door Ulpianus genoemd op de plek waar hij de kring van passief gelegitimeerden tot de revindicatie uitbreidt met degenen die krachtens een overeenkomst van huur, bruikleen of inbewaarneming, een zaak – voor een ander dan de eiser – feitelijk onder zich hebben. Aangezien een vruchtgebruiker werd beschermd door een *interdictum uti possidetis utile*, is het aannemelijk dat de vruchtgebruiker (in naam van een ander dan de eiser) niet alleen in de leer van Ulpianus maar ook in de leer van Pegasus passief gelegitimeerd was tot de revindicatie. Deze actie stond in de onderhavige situatie dus aan de eiser ter beschikking. Daarnaast kon de eiser met de *actio negatoria* procederen. Dit was echter slechts van theoretisch belang, omdat deze laatste actie de eiser geen voordelen bood ten opzichte van de revindicatie.

Conclusie met betrekking tot de verhouding tussen de actio negatoria en de revindicatie

De gevallen waarin met de *actio negatoria* kon worden opgetreden ter ontkenning van het bestaan van een recht van vruchtgebruik, vertonen een zeer grote overlap met de gevallen waarin met de revindicatie kon worden opgetreden. Dit hoeft geen verbazing te wekken wanneer men bedenkt dat het procederen met de stelling dat de gedaagde het recht van vruchtgebruik niet toekwam, over het algemeen pas zinvol was wanneer het recht van vruchtgebruik al feitelijk werd uitgeoefend.²⁰⁴ Dit betekende echter dat aan de eiser de feitelijk

203 Zie Kaser RP I, p. 451 en 453 en Vat. § 90. Over de eventuele bescherming van een vruchtgebruiker van roerende zaken door een aangepast *interdictum utrubi* is niets bekend (Kaser RP I, p. 453 noot 64).

204 In D. 7,6,5,6 (Ulpianus) wordt echter de mogelijkheid geopperd dat een bezittende eigenaar (preventief) de *actio negatoria* ter ontkenning van het bestaan van een recht van vruchtgebruik instelde. Zie daarover § 3.4 sub b hierboven.

macht over de zaak al was ontnomen, hetgeen inhield dat hij ook met de revindicatie kon optreden. Vanuit bewijsrechtelijk oogpunt bood deze laatste actie in de meeste gevallen voordelen. Het geringe praktische belang van de *actio negatoria* als middel om op te treden ter ontkenning van het bestaan van een recht van vruchtgebruik blijkt ook uit het zeer beperkte aantal hierop betrekking hebbende gevallen dat in de Digesten beschreven wordt. D. 7,6,5,6 (Ulpianus) noemt in zijn algemeenheid de mogelijkheid om met de *actio negatoria* de vruchten van een zaak op te eisen en vermeldt dat ook een bezittende eigenaar (preventief) met *actio negatoria* kon optreden. D. 20,1,11,2 (Marcianus) behandelt het bijzondere geval waarin de *actio negatoria* werd ingesteld tegen iemand aan wie een recht van vruchtgebruik was verpand.²⁰⁵ Uit het bovenstaande volgt dat de *actio negatoria* haar betekenis vooral ontleende aan de gevallen waarin ermee werd opgetreden tegen inbreuken op het eigendomsrecht die corresponderden met de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid. In die gevallen bleef de eigenaar namelijk in het bezit van de zaak, zodat de revindicatie geen uitkomst kon bieden.

3.12 DE VERHOUDING TUSSEN DE *ACTIO NEGATORIA* EN DE *ACTIO LEGIS AQUILIAE*

De *actio legis Aquiliae* was een actie die de eigenaar ten dienste stond wanneer aan een zaak op onrechtmatige wijze schade was toegebracht (*damnum iniuria datum*).²⁰⁶ Het begrip *iniuria* betekende meer dan onrechtmatig in de zin van zonder recht: ook het vereiste van schuld (*culpa*) werd in het begrip gelezen.²⁰⁷ Voor de toepassing van de *actio legis Aquiliae* was voorts vereist dat de schade direct – zonder tussenliggende oorzaak – was veroorzaakt door het handelen van de dader.²⁰⁸ Deze strenge causaliteitseis werd gemitigeerd doordat de *praetor* een op de *actio legis Aquiliae* geënte *actio utilis* of *actio in factum*²⁰⁹ verleende in gevallen waarin de schade niet rechtstreeks door het handelen van de gedaagde werd toegebracht.²¹⁰ Dit deed zich bijvoorbeeld voor wanneer iemand een landvast doorsneed waardoor een schip op drift raakte en verging.²¹¹ Daarnaast kon onder bijzondere omstandigheden op grond van een *actio utilis* of een *actio in factum* ook vermogensnadeel dat niet met zaakbeschadiging gepaard ging, voor vergoeding in aanmerking komen.

205 Zie verder nog D. 44,2,21,3 (Pomponius) waarover Wubbe (2003), p. 108-110.

206 Zie Kaser RP I, p. 619 en Hausmaninger (1990), p. 19 en p. 25.

207 Zie Kaser RP I, p. 620.

208 Zie Kaser RP I, p. 620 en Hausmaninger (1990), p. 12 alsmede Gai. 3,219 en Inst. Just. 4,3,16.

209 Het verlenen van een *actio utilis* of een *actio in factum* hield in dat de *praetor* zelf rechtsvormend handelde. Buiten het bestaande edict om, stond hij op grond van een bepaald feitencomplex een proces toe. Zie over de *actio utilis* en de *actio in factum* nader § 2.1 nota 4 hierboven.

210 Zie Kaser RP I, p. 621 en Hausmaninger (1990), p. 12.

211 D. 9,2,28,5 (Ulpianus).

Een voorbeeld geeft Inst. Just. 4,3,16: iemand bevrijdde uit medelijden ander-mans slaaf uit de boeien, waarna de slaaf ontvluchtte.

Na deze korte kenschets van de *actio legis Aquiliae* kan op voorhand één conclusie met betrekking tot de verhouding tussen de *actio negatoria* en de *actio legis Aquiliae* getrokken worden. Beide acties hadden gemeen dat zij – anders dan de revindicatie – konden worden ingesteld in het geval van een inbreuk op het eigendomsrecht die niet met bezitsontneming gepaard ging. Het belangrijkste verschil tussen de *actio legis Aquiliae* en de *actio negatoria* was hierin gelegen dat voor het met succes instellen van de *actio legis Aquiliae* (of een hierop geënte *actio utilis* of *actio in factum*) onrechtmatige, aan schuld te wijten, zaakbeschadiging²¹² was vereist. Met de *actio negatoria* kon daarentegen worden opgetreden tegen iedere (met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid corresponderende) in objectieve zin onrechtmatige handeling of toestand, zonder dat schuld of zaakbeschadiging werd vereist.²¹³

Een andere vraag is hoe de *actio negatoria* zich verhiel tot de *actio legis Aquiliae* wanneer een op grond van de *actio negatoria* aanvechtbare inbreuk op het eigendomsrecht, wel gepaard ging met onrechtmatige, aan schuld te wijten zaakbeschadiging. Te denken valt aan het geval waarin een hek beschadigd werd bij het zich een weg verschaffen over andermans terrein, of aan het geval waarin bij het inbouwen van een balk in andermans muur, deze muur beschadigd raakte. Windscheid gaat ervan uit dat de restitutieclausule, die deel uitmaakte van de *formula* van de *actio negatoria*,²¹⁴ in deze gevallen een grondslag bood om de zaakschade te verhalen.²¹⁵ Een dergelijke opvatting valt echter niet in overeenstemming te brengen met de inhoud van het begrip *restituere*. Uit hetgeen hierboven²¹⁶ over het begrip *restituere* uiteen is gezet, volgt dat het begrip in het geval van de *actio negatoria* inhield dat de eigenaar in die positie moest worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd wanneer hij vanaf het tijdstip van de *litis contestatio* de ongestoorde eigendom van zijn zaak zou hebben genoten. Schade die voorafgaand aan dit tijdstip was ontstaan (zoals in veel gevallen de zaakschade die bij de uitvoering van een op grond van de *actio negatoria* aanvechtbare handeling ontstond), kwam niet op grond van de restitutieclausule voor vergoeding in aanmerking.²¹⁷ Geconcludeerd kan dan ook worden dat de *actio negatoria* geen grond-

212 Of in het bijzondere geval van Inst. Just. 4,3,16: vermogensnadeel.

213 Zie ook Hesse (1866c), p. 92.

214 Zie § 3.3 hierboven.

215 Windscheid/Kipp (1906), § 198, p. 1010 noot 5. Zie ook Arndts (1883), § 169, p. 298.

216 Zie § 2.5 hierboven.

217 Zie Levy (1915), p. 56-57 en Kaser RP I, p. 436 (met betrekking tot het geval waarin een te revindiceren zaak vóór de totstandkoming van de *litis contestatio* was beschadigd) en Medicus (1962), p. 246-247 (met betrekking tot *actiones arbitrarie* in het algemeen). Vgl. ook D. 39,3,6,6 (Ulpianus) waar wordt vastgesteld dat de plicht om op grond van de *actio*

slag bood voor vergoeding van zaakschade voorzover die was ontstaan voor het tijdstip van de *litis contestatio*.²¹⁸ Wanneer er sprake was van dergelijke zaakschade, diende de eigenaar zich te beroepen op de *actio legis Aquiliae* of onder bepaalde omstandigheden op de regeling van de *cautio damni infecti*²¹⁹ of het *interdictum quod vi aut clam*.²²⁰ Voorzover de schade daarentegen na het tijdstip van de *litis contestatio* was ontstaan, moet worden aangenomen dat de op de samenloop tussen de revindicatie en de *actio legis Aquiliae* betrekking hebbende regeling van D. 6,1,13 (Ulpianus) analoog van toepassing was.²²¹ Dit betekent dat de rechter in het kader van de *actio negatoria* rekening hield met de na het tijdstip van de *litis contestatio* geleden schade (in zijn *iussum de restituendo* en eventueel bij de *litis aestimatio*²²²) mits de eiser een *cautio* aflegde dat hij met betrekking tot dezelfde schade de gedaagde niet ook met de *actio legis Aquiliae* zou aanspreken.

3.13 ENIGE ANDERE RECHTSMIDDELEN DIE DE EIGENAAR TEN DIENSTE STONDEN IN HET GEVAL VAN EEN NIET MET DEPOSSEDERING GEPAARD GAANDE INBREUK OP HET EIGENDOMSRECHT EN HUN VERHOUDING TOT DE ACTIO NEGATORIA

In het onderstaande worden enige andere rechtsmiddelen behandeld die de eigenaar ten dienste stonden in het geval van een niet met depossedering gepaard gaande inbreuk op het eigendomsrecht. Hierbij wordt tevens ingegaan op de vraag hoe deze rechtsmiddelen zich verhielden tot de *actio negatoria*.

aquae pluviae arcendae schade te vergoeden, beperkt was tot de na het tijdstip van de *litis contestatio* geleden schade.

218 Zie Rodger (1972), p. 4 en vgl. Jhering (1876), p. 26 noot 42a en p. 27 waar echter in zijn algemeenheid wordt gesteld dat op grond van de *actio negatoria* geen schadevergoeding kon worden gevorderd.

219 Zie daarover § 3.13.3 hieronder.

220 Zie daarover § 3.13.6 hieronder.

221 D. 6,1,13 (Ulpianus): 'Niet alleen met de afgifte van de zaak maar ook met haar eventuele waardevermindering zal de rechter rekening moeten houden. Want stel dat een slaaf verzwakt, gegeseld of gewond wordt teruggegeven: dan zal de rechter er in ieder geval mee rekening houden, hoeveel hij minder waard is geworden. Trouwens, ook met een actie uit de *Lex Aquilia* is de bezitter aan te spreken. Daarom doet de vraag zich voor of de rechter de schade niet alleen dan moet schatten, als wordt afgezien van de actie uit de *Lex Aquilia*. Labeo is van mening dat de eiser de garantie behoort te geven dat hij niet met een actie uit de *Lex Aquilia* zal procederen; deze opvatting is juist.' ('Non solum autem rem restituui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debebat: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restituui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. et Labeo putat cavere petitem oporere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est.'). De bovenstaande tekst had alleen betrekking op beschadigingen die na het tijdstip van het tot stand komen van de *litis contestatio* waren ontstaan. Zie Levy (1922), p. 3.

222 Zie met betrekking het *iussum de restituendo* en de *litis aestimatio*: § 2.5 hierboven.

Aan de orde komen de *actio iniuriarum*, de *actio aquae pluviae arcendae*, de *cautio damni infecti*, de regelingen met betrekking tot de *operis novi nuntiatio*, het *interdictum quod vi aut clam* en het *interdictum uti possidetis*.

3.13.1 *Actio iniuriarum*

De *actio iniuriarum* was een actie waarmee kon worden opgetreden tegen het bewust neerhalen van andermans persoon.²²³ Hiervan was niet alleen sprake in het geval van verwonding of aantasting van de eer door belediging, maar ook wanneer iemand een ander verhinderde om zijn recht uit te oefenen.²²⁴ In dit laatste geval kon de *actio iniuriarum* het beperkte toepassingsbereik van de *actio negatoria* aanvullen.²²⁵ De middeleeuwse jurist Pierre de Belleperche geeft als voorbeeld van een geval waarin niet met de *actio negatoria* maar wel met de *actio iniuriarum* kon worden opgetreden, het geval waarin iemand een ander verhinderde om in zijn eigen meer te vissen.²²⁶ De *actio negatoria* kon volgens hem in dit geval niet worden ingesteld, omdat de betreffende stoornis '*non cadit in formam servitutis*' ('niet in de vorm van een erfdienstbaarheid valt', dat wil zeggen: niet correspondeert met de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid).²²⁷ In D. 47,10,23 (Paulus) vervult de *actio iniuriarum* ten opzichte van de *actio negatoria* dezelfde aanvullende rol:

'Tegen iemand die het huis van een ander tegen de wil van de eigenaar binnen zou gaan, staat, ook al brengt hij een dagvaarding uit, de *actio iniuriarum* ten dienste, zegt Ofilius.'²²⁸

De in de bovenstaande tekst aan de orde zijnde inbreuk op het eigendomsrecht – bestaande in het (eenmalig) betreden van andermans huis teneinde een dagvaarding uit te brengen – correspondeerde niet met de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid. De *actio negatoria* kon daarom niet worden ingesteld, maar wel (aldus Ofilius) de *actio iniuriarum*.

223 Kaser RP I, p. 623-624.

224 Zie Hesse (1880), p. 332 en D. 47,10,13,7 (Ulpianus) volgens welke tekst de *actio iniuriarum* onder meer van toepassing is: '*...si quis re mea uti me non permittat*.' ('...als iemand mij niet toestaat mijn zaak te gebruiken.').

225 Zie Hesse (1880), p. 332-333 en Schmidt (1850), p. 175.

226 Ad Inst. 4,6,2 *Econtra*, Bellapertica (Lectura), p. 437. Zie nader over Pierre de Belleperche § 6.5.2 hieronder.

227 Ad Inst. 4,6,2 *Econtra*, Bellapertica (Lectura), p. 437.

228 D. 47,10,23 (Paulus): '*Qui in domum alienam invito domino introiret, quamvis in ius vocat, actionem iniuriarum in eum competere Ofilius ait*.'

Blijkens D. 47,10,44 (Javolenus) – gelezen in samenhang met D. 8,5,8,5 (Ulpianus)²²⁹ – bestond er tussen Labeo en Javolenus verschil van mening over de vraag of ook met de *actio iniuriarum* geprocedeerd kon worden wanneer tevens een beroep op de *actio negatoria* mogelijk was:

‘Indien de eigenaar van een lager gelegen gebouw rook maakte om de buurman van het hoger gelegene in de rook te zetten, of als de hoger gelegen buurman iets op het lager liggende gebouw geworpen of uitgegoten heeft, zegt Labeo dat er niet met de *actio iniuriarum* geprocedeerd kan worden. Ik acht dit onjuist, als men juist om een krenking te begaan iets <naar het andere gebouw> laat gaan.’²³⁰

3.13.2 *Actio aquae pluviae arcendae*

De *actio aquae pluviae arcendae* was gericht op het ongedaan maken van bepaalde door mensenhanden vervaardigde werken die een wijziging van de natuurlijke waterloop tot gevolg hadden. De eigenaar van een lager gelegen erf kon met de actie optreden tegen de eigenaar van een hoger gelegen erf wanneer door een op diens grond vervaardigd werk (bijvoorbeeld een afwateringskanaal) de waterstroom vergroot was.²³¹ Anderzijds kwam de actie ook toe aan de eigenaar van een hoger gelegen erf wanneer de eigenaar van een lager gelegen erf door bijvoorbeeld het aanleggen van een dijk voorkwam dat van nature stromend water over diens land naar beneden liep.²³² De *actio aquae pluviae arcendae* beschermde alleen tegen (dreigende) schade die verband hield met een teveel aan water. Aan de actie kon geen recht op de natuurlijke toevoer van water worden ontleend: wanneer de eigenaar van een hoger gelegen erf door een op zijn grond vervaardigd werk verhinderde dat water op een lager erf stroomde, bood de *actio aquae pluviae arcendae* geen soelaas.²³³

De met de *actio aquae pluviae arcendae* beoogde maatregelen werden geëffectueerd op grond van de *clausula arbitraria* die deel uitmaakte van de *formula* van de *actio aquae pluviae arcendae*.²³⁴ De eigenaar die het gewraakte werk zelf had vervaardigd, werd gedwongen om bij wijze van restitutie het werk op eigen kosten te verwijderen en de schade te vergoeden die na het tijdstip

229 Zie p. 41 hierboven.

230 D. 47,10,44 (Javolenus): ‘Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut proiecerit aut infuderit, negat Labeo iniuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa inmittitur.’

231 Zie D. 39,3,1,1 (Ulpianus), D. 39,3,1,10 (Ulpianus) en D. 39,3,1,13 (Ulpianus), alsmede Van Oven (1945), p. 107 en Glück (1881), p. 63.

232 Zie D. 39,3,1,1 (Ulpianus), D. 39,3,1,10 (Ulpianus) en D. 39,3,1,13 (Ulpianus), alsmede Van Oven (1945), p. 107 en Glück (1881), p. 63.

233 Zie D. 39,3,1,11 (Ulpianus) en D. 39,3,1,21 (Ulpianus).

234 Zie Lenel (1927), p. 376, Van Oven (1945), p. 107 en D. 39,3,6,6 (Ulpianus).

van de *litis contestatio* als gevolg van het werk was ontstaan.²³⁵ De eigenaar die het werk niet zelf had vervaardigd (bijvoorbeeld omdat dit door zijn pachter was gedaan of door een vorige eigenaar) hoefde slechts te dulden dat het werk ongedaan werd gemaakt.²³⁶ De vervaardiger van het werk kon in dat geval door de eiser worden aangesproken met het hieronder²³⁷ te behandelen *interdictum quod vi aut clam* voor de kosten van het herstel in de oude toestand en de eventueel als gevolg van het werk ontstane schade.²³⁸

Blijkens D. 39,3,1,17 (Ulpianus) was de *actio aquae pluviae arcendae* alleen van toepassing wanneer overvloedig regenwater schade toebracht aan een akker en niet wanneer schade werd toegebracht aan een gebouw. In dezelfde tekst treedt tevens de verhouding tussen de *actio aquae pluviae arcendae* en de *actio negatoria* mooi aan het licht.

‘Voorts dient men te weten dat deze actie alleen van toepassing is als het regenwater schade toebrengt aan een akker. Brengt het daarentegen schade toe aan een gebouw of een nederzetting, dan is deze actie niet toepasselijk, maar zal men wel kunnen procederen met als stelling dat de betrokkene niet het recht heeft water te doen druppelen of weglopen. Daarom zeggen Labeo en Cascellius dat de actie tot wering van regenwater van specifieke, maar de actie inzake waterloop en waterdrop van algemene aard is en dat met deze laatste actie in alle gevallen geprocedeerd kan worden. Kortom, met behulp van de actie tot wering van regenwater zal water dat aan een akker schade toebrengt in bedwang gehouden kunnen worden.’²³⁹

Waar in de hierboven aangehaalde tekst in verband met het lozen van regenwater gesproken wordt over *agere (...) ius non esse stillicidia flumina immittere*, wordt bedoeld op het instellen van de *actio negatoria* ter ontkenning van het bestaan van de *servitus stillicidii* en de *servitus fluminis*.²⁴⁰ De tekst geeft duidelijk aan wat de verhouding was tussen de *actio aquae pluviae arcendae* en de *actio negatoria*. De *actio negatoria* was de algemene actie, waarmee in alle gevallen kon worden opgetreden en de *actio aquae pluviae arcendae* was de specifieke actie die alleen kon worden ingesteld in het geval waarin door een vervaardigd

²³⁵ Zie D. 39,3,6,6-7 (Ulpianus).

²³⁶ Zie D. 39,3,6,7 (Ulpianus).

²³⁷ Zie § 3.13.6 hieronder.

²³⁸ Zie voor een door de pachter vervaardigd werk: D. 39,3,4,2 (Ulpianus) en D. 39,3,5 (Paulus) en voor een door de vorige eigenaar vervaardigd werk: D. 39,3,13 (Gaius).

²³⁹ D. 39,3,1,17 (Ulpianus): ‘Item sciendum est hanc actionem non alias locum habere, quam si aqua pluvia agro noceat: ceterum si aedificio vel oppido noceat, cessat actio ista, agi autem ita poterit ius non esse stillicidia flumina immittere. et ideo Labeo et Cascellius aiunt aquae quidem pluviae arcendae actionem specialem esse, de fluminibus et stillicidiis generalem et ubique agi ea licere. itaque aqua, quae agro nocet, per aquae pluviae arcendae actionem coercebitur.’

²⁴⁰ Zie over de *servitus stillicidii* en de *servitus fluminis*: Kaser RP I, p. 442.

werk een vergroting van de waterstroom ontstond waardoor schade aan een akker dreigde.

Dit roept de vraag op wat de zelfstandige betekenis van de *actio aquae pluviae arcendae* naast de *actio negatoria* was. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet onderscheid worden gemaakt tussen de twee verschillende gevallen waarin de *actio aquae pluviae arcendae* toepassing vond. Wanneer er sprake was van het vergroten van de natuurlijke waterstroom van een hoger gelegen erf naar een lager gelegen erf, kwam aan de *actio aquae pluviae arcendae* geen zelfstandige betekenis toe. Tegen de zich in dat geval voordoende (met de feitelijke uitoefening van een *servitus stillicidii* of een *servitus fluminis* corresponderende) inbreuk op het eigendomsrecht kon door de eigenaar van het lager gelegen erf ook met de *actio negatoria* worden opgetreden. Dit was anders in het geval waarin de *actio aquae pluviae arcendae* werd ingesteld omdat een op het lagere erf vervaardigd werk (bijvoorbeeld een dam) de natuurlijke afloop van het regenwater verhinderde, als gevolg waarvan schade dreigde aan een hoger gelegen akker. In dit geval was er geen sprake van een met de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid corresponderende inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar van de hoger gelegen akker: de eigenaar van het lager gelegen erf had immers alleen iets op zijn eigen erf gebouwd. De *actio negatoria* kon in dit geval geen toepassing vinden. De *actio aquae pluviae arcendae* – welke actie in dit geval materieel beschouwd een beperking van de bevoegdheid van de eigenaar van het lager gelegen erf meebracht – speelde hier een zelfstandige rol.²⁴¹

3.13.3 *Cautio damni infecti*

De *cautio damni infecti* was er, net als de *actio aquae pluviae arcendae*, in beginsel op gericht om de vergoeding van schade veilig te stellen op een moment waarop deze nog niet was geleden.²⁴² De regeling zag op gevallen waarin schade dreigde als gevolg van een gebrek aan een huis, een terrein of een bouwwerk.²⁴³ De eigenaar²⁴⁴ van, bijvoorbeeld, een bouwvallig huis kon op verzoek van zijn buurman²⁴⁵ door de *praetor* verplicht worden een *cautio* af te leggen die inhield dat hij aan de buurman de schade zou vergoeden die

²⁴¹ Vgl. Glück (1881), p. 94-96 en p. 116.

²⁴² Zie D. 39,2,7,1 (Ulpianus) en D. 39,3,14,2 (Paulus), alsmede Rainer (1987), p. 98.

²⁴³ Zie bijvoorbeeld D. 39,2,24,2 (Ulpianus) en D. 39,2,24,12 (Ulpianus), alsmede Rainer (1987), p. 97. Daarnaast kon men blijkens D. 39,2,24,9 (Ulpianus) ook verplicht worden een *cautio* te stellen met betrekking tot gebrekkige bomen (zie ook Lenel (1927), p. 551).

²⁴⁴ Naast de eigenaar waren passief gelegitimeerd: de *bonae fidei possessor* (D. 39,2,13 *pr.* (Ulpianus)), de vruchtgebruiker (D. 39,2,9,5 (Ulpianus)), de opstalhouder (D. 39,2,9,4 (Ulpianus)) en de pandhouder (D. 39,2,11 (Ulpianus)). Zie ook Rainer (1987), p. 97.

²⁴⁵ Actief gelegitimeerd waren naast de eigenaar: de vruchtgebruiker en de opstalhouder (D. 39,2,13,8 (Ulpianus), de pandhouder en de *bonae fidei possessor* (D. 39,2,11 (Ulpianus)),

ten gevolge van een eventuele instorting zou ontstaan. Wanneer de eigenaar geen gehoor gaf aan de oproep om de *cautio* af te leggen, verleende de *praetor* de buurman machtiging om het huis in beslag te nemen, waarna – indien er daarna nog steeds geen *cautio* werd afgelegd – de *praetor* het bezit verleende op grond waarvan de buurman door verjaring eigenaar kon worden.²⁴⁶

De *cautio damni infecti* diende ertoe om schadevergoeding mogelijk te maken in een aantal gevallen waarin er geen andere rechtsmiddelen ter beschikking stonden om schade vergoed te krijgen. Wanneer schade was veroorzaakt als gevolg van een gebrek aan een huis, een terrein of een bouwwerk – bijvoorbeeld wanneer een bouwvallig huis was ingestort op andermans terrein en daar schade had veroorzaakt – dan kwam deze schade niet op grond van de *actio legis Aquiliae* voor vergoeding in aanmerking, aangezien er geen sprake was van aan schuld te wijten handelen.²⁴⁷ De *cautio damni infecti* vulde hier de *actio legis Aquiliae* aan. Illustratief in dit verband is de eerste zin van D. 39,2,6 (Gaius):

‘Soms gebeurt het dat, wanneer er schade is aangericht, ons geen enkele actie toekomt, omdat van tevoren geen garantieverklaring is afgelegd, bijvoorbeeld als het bouwvallige huis van mijn buurman bovenop mijn huis is ingestort. Dit gaat zo ver, dat de meeste juristen hebben gekozen voor de opvatting dat de buurman zelfs niet gedwongen kan worden het puin op te ruimen, als hij maar alles wat er ligt als prijsgegeven beschouwt.’²⁴⁸

Onder bepaalde omstandigheden kon de eigenaar van een gebrekkige zaak ná de schadeveroorzakende gebeurtenis alsnog gedwongen worden om een *cautio* af te leggen waarin hij beloofde de reeds toegebrachte schade te vergoeden. Dit was het geval wanneer hij zijn op andermans terrein terechtgekomen zaken (bijvoorbeeld de brokstukken van een ingestort huis) wilde wegnemen. Deze mogelijkheid om weg te nemen was aan twee voorwaarden gebonden. In de eerste plaats moest de eigenaar álle op het andere terrein terechtgekomen zaken, dus ook de onbruikbare, wegnemen. In de tweede plaats diende hij

alsmede, in het algemeen, degene bij wie het risico van de zaak berustte (*‘cuius periculo res est’*) (D. 39,2,18 *pr.* (Paulus)). Vgl. Rainer (1987), p. 97.

246 Zie D. 39,2,4,1 (Ulpianus) en D. 39,2,15,11 (Ulpianus) en, met betrekking tot het verlenen van het bezit op grond waarvan men door verjaring eigenaar kon worden, D. 39,2,5 *pr.* (Paulus) en D. 39,2,15,16 (Ulpianus). Zie ook Van Oven (1945), p. 108.

247 Zie Windscheid/Kipp (1906), § 460, p. 999 noot 3, Rainer (1987), p. 98, Johnston (1999), p. 73 en Hijmans (1926), p. 172-173.

248 D. 39,2,6 (Gaius): ‘Evenit, ut nonnumquam damno dato nulla nobis competat actio non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint: adeo ut plerisque placuerit nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia quae iaceant pro derelicto habeat.’

de bovenbedoelde *cautio* met betrekking tot de reeds toegebrachte schade (*damnum iam factum*) af te leggen. De eigenaar had echter ook steeds de mogelijkheid om, als alternatief voor het wegnemen, de betreffende zaken prijs te geven. Een en ander blijkt duidelijk uit D. 39,2,7,2 (Ulpianus):

‘Vandaar de vraag of tegen de eigenaar enige actie beschikbaar staat, als een huis is ingestort voordat een garantie gegeven is en de eigenaar de brokstukken niet wil opruimen en deze prijsgeeft. Toen Julianus geraadpleegd werd over de kwestie van een bouwvallig huis dat was ingestort voordat er een stipulatie wegens dreigende schade was afgelegd, en hem gevraagd werd wat degene op wiens huis de brokstukken terechtgekomen waren in zo’n geval zou moeten doen om te bereiken dat de schade hem vergoed zou worden, heeft hij geantwoord dat als de eigenaar van het ingestorte huis iets wil weghalen, hem dit alleen toegestaan mag worden als hij alles – dat wil zeggen ook alles wat onbruikbaar is – weghaalt, en dat hij dan niet alleen ter zake van toekomstige schade, maar ook ter zake van schade uit het verleden een garantie moet geven; en als de eigenaar van het ingestorte huis niets doet, moet – zo luidde zijn antwoord – aan degene op wiens huis de brokstukken terechtgekomen zijn, een interdict worden verleend waarmee de buurman gedwongen zal worden ofwel de brokstukken op te ruimen ofwel het gehele <ingestorte> gebouw als prijsgegeven te beschouwen.’²⁴⁹

In zijn verhouding tot de *actio negatoria* kon de *cautio damni infecti* dienst doen als middel om te komen tot vergoeding van schade – veroorzaakt door een op grond van de *actio negatoria* aanvechtbare handeling of toestand – die niet met de *actio negatoria* zelf verhaald kon worden. Van belang in dit verband is dat met de *actio negatoria* geen vergoeding kon worden gevorderd van schade die vóór het tijdstip van de *litis contestatio* was toegebracht.²⁵⁰ D. 8,5,17,2 (Alfenus) geeft een voorbeeld van de gecombineerde toepassing van de *actio negatoria* en de *cautio damni infecti*:

‘Een buur had tegen andermans muur een mestvaalt aangelegd, waardoor de muur vochtig werd. De ander vroeg om raad op welke wijze hij de buurman kon dwingen de mestvaalt weg te nemen. Ik heb geadviseerd: als hij dit op een publieke plaats heeft gedaan, kan hij met een interdict gedwongen worden; als hij het echter op een particulier terrein heeft gedaan, behoort op grond van erfdiensbaarheid geprocedeerd te worden. Indien hij bij stipulatie garantie wegens dreigende schade

249 D. 39,2,7,2 (Ulpianus): ‘Unde quaeritur, si ante, quam caveretur, aedes deciderunt neque dominus rudera velit egerere eaque derelinquat, an sit aliqua adversus eum actio. et Iulianus consultus, si prius, quam damni infecti stipulatio interponeretur, aedes vitiosae corruissent, quid facere deberet is, in cuius aedes rudera decidissent, ut damnum sarciretur, respondit, si dominus aedium, quae ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est et quae inutilia essent, auferret, nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere eum debere: quod si dominus aedium, quae deciderunt, nihil facit, interdictum reddendum ei, in cuius aedes rudera decidissent, per quod vicinus compelletur aut tollere aut totas aedes pro derelicto habere.’ Zie ook D. 39,2,9,2 (Ulpianus).

250 Zie § 3.4 sub c en § 3.12 noot 217 hierboven.

had bedongen, kan hij, als hij ten gevolge van die situatie enige schade zou hebben geleden, deze door die stipulatie vergoed krijgen.²⁵¹

De tekst behandelt het geval waarin een mestvaalt op een particulier terrein zodanig was aangelegd dat er vocht binnendrong in andermans muur. De *actio negatoria*²⁵² en de *cautio damni infecti* speelden elk hun eigen rol. Met de *actio negatoria* kon de beëindiging worden gevorderd van het ongeoorloofd in de muur laten binnendringen van het vocht. De *cautio damni infecti* diende in het onderhavige geval om de vergoeding veilig te stellen van de aan de muur toegebrachte schade.²⁵³ Zoals hierboven vermeld, vond de *cautio damni infecti* alleen toepassing wanneer schade dreigde als gevolg van een gebrek aan een huis, een terrein of een bouwwerk. In het geval van D. 8,5,17,2 (Alfenus) kon de vochtige mestvaalt worden aangemerkt als een gebrek in het terrein waardoor schade dreigde. Van belang daarbij was dat de mestvaalt op het terrein was *aangebracht* en het ‘gebrek’ in het terrein (dat wil zeggen: de hoge vochtigheidsgraad) aldus een externe oorzaak had. Dit wordt geëist in D. 39,2,24,2 (Ulpianus), in welke tekst een moerassig of zanderig terrein niet wordt aangemerkt als een gebrekkig terrein in de zin van de regeling van de *cautio damni infecti*.

D. 39,2,13,10 (Ulpianus) maakt melding van de mogelijkheid om ook in een ander geval de *cautio damni infecti* naast de *actio negatoria* in te stellen:

‘Julianus behandelt de vraag of, als iemand een aanzegging tot staking van nieuwbouw heeft gedaan, aan hem ook nog eens een garantie wegens dreigende schade gegeven moet worden. Hij voelt meer voor de opvatting dat er inderdaad een garantie gegeven moet worden; want, zo zegt hij, ook aan degene die geprocedeerd heeft over de stelling dat de tegenpartij het recht niet heeft een gebouw hoger op te trekken moet een garantie worden gegeven. Verder zegt Julianus dat ook iemand tegen wie het interdict *quod vi aut clam* beschikbaar is, de garantie moet geven;

251 D. 8,5,17,2 (Alfenus): ‘Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.’

252 Op p. 43 hierboven is vastgesteld dat met ‘procederen op grond van erfdiensbaarheid’ in deze tekst op de toepassing van de *actio negatoria* wordt bedoeld.

253 Zo ook Glück (1875), p. 240-241. Anders: Rainer (1987), p. 108 die er ten onrechte van uitgaat dat op grond van de *actio negatoria* alle met de onrechtmatige toestand verband houdende schade voor vergoeding in aanmerking kwam, en niet alleen de na het tijdstip van de *litis contestatio* geleden schade. Vgl. § 3.12 hierboven.

er is immers geen garantie betreffende een mankement aan het gebouw of door het gebouw veroorzaakte schade gegeven.²⁵⁴

Volgens deze tekst kon degene die had geprocedeerd over de stelling dat de tegenpartij niet het recht had om een gebouw hoger op te trekken, te zijnen behoeve de *cautio damni infecti* laten afleggen. Met betrekking tot de vraag om wat voor soort dreigende schade het in dit geval ging, kan in de eerste plaats gedacht worden aan de schade die eventueel zou worden geleden als gevolg van het ineensinken van het te hoog opgetrokken gedeelte. Blijkens D. 39,2,25 (Paulus) was dit echter niet de enige soort schade met betrekking waartoe de eiser in de *actio negatoria* een *cautio* kon doen afleggen. Ook de schade die iemand leed wanneer de lichtinval in zijn huis werd belemmerd als gevolg van het te hoog gebouwde, kwam voor vergoeding op grond van de *cautio damni infecti* in aanmerking. Hierbij kan gedacht worden aan gedeelde huurinkomsten doordat de huurders hun verduisterde appartementen verlieten.

De vraag is hoe de mogelijkheid om in de onderhavige gevallen schadevergoeding op grond van de *cautio damni infecti* te vorderen, zich verhielt tot de hierboven²⁵⁵ vermelde mogelijkheid om op grond van de restitutieclausule van de *actio negatoria* bepaalde schade vergoed te krijgen. Het antwoord op deze vraag luidt dat op grond van de *actio negatoria* alleen die schade voor vergoeding in aanmerking kwam, die was geleden tussen het tijdstip van de *litis contestatio* en het vonnis. De *cautio damni infecti* diende ertoe om de ná deze periode eventueel optredende schade af te dekken.

3.13.4 *Operis novi nuntiatio*

De *operis novi nuntiatio* was een informele aanzegging van de ene buur²⁵⁶ aan de andere²⁵⁷ om de bouw van een nieuw bouwwerk te staken. De bouwer

254 D. 39,2,13,10 (Ulpianus): 'Si quis opus novum nuntiaverit, an nihilo minus damni infecti ei caveri debeat, Iulianus tractat. et magis probat caveri oportere: nam et ei, qui egerit ius adversario non esse altius tollere aedificium, caveri debere. item eum, adversus quem interdictum quod vi aut clam competit, cavere debere Iulianus ait, quia non est cautum neque de vitio aedium neque de damno operis.'

255 Zie § 3.4 sub d hierboven.

256 Actief gelegitimeerd tot de *operis novi nuntiatio* was volgens D. 39,1,1,19 (Ulpianus) 'degene die bij die aangelegenheid belang heeft' ('is ad quem res pertinet'). Tot deze categorie behoort in ieder geval de eigenaar. Daarnaast vermelden de Digesten als actief gelegitimeerden: de opstaller (D. 39,1,3,3 (Ulpianus)) en de pandhouder (D. 39,1,9 (Gaius)). Met betrekking tot de vruchtgebruiker zijn er elkaar tegensprekende Digestenteksten aan te wijzen (waarover Rainer (1987), p. 158). D. 39,1,1,20 (Ulpianus) ontzegt de vruchtgebruiker de mogelijkheid om een aanzegging te doen en verwijst hem naar de *actio confessoria* om zijn vruchtgebruik geldend te maken. Volgens D. 43,25,1,4 (Ulpianus) was Iulianus van mening dat de vruchtgebruiker wel de aanzegging tot staking van nieuwbouw kon doen.

257 De *operis novi nuntiatio* richtte zich tot de eigenaar van de nieuwbouw, hetgeen overigens niet betekende dat de aanzegging aan de eigenaar persoonlijk moest worden gedaan (zie

diende aan deze aanzegging gehoor te geven, onafhankelijk van de vraag of zijn buurman die de aanzegging had gedaan, het recht had om de bouw te verbieden.²⁵⁸ Na de aanzegging dienden de partijen zich naar de *praetor* te begeven, waar degene die de aanzegging had gedaan allereerst een eed moest afleggen die inhield dat hij de aanzegging zonder chicaneuze bedoelingen had gedaan.²⁵⁹ Vervolgens konden zich vier verschillende situaties voordoen.

In de eerste plaats was het denkbaar dat degene tot wie de aanzegging was gericht, zonder meer gehoor gaf aan de aanzegging en de bouw staakte. De aanzegging had in dat geval zijn werk gedaan, zonder dat nadere stappen gezet hoefden te worden. In de tweede plaats kon zich de situatie voordoen dat degene tot wie de aanzegging gericht was, hier in het geheel geen gehoor aan gaf en gewoon doorbouwde. In dat geval verleende de *praetor* een interdict op grond waarvan degene tot wie de aanzegging gericht was, gedwongen werd om hetgeen hij na de aanzegging nieuw had gebouwd, af te breken (het zogeheten *interdictum demolitorium*).²⁶⁰ Hierbij was het van geen enkel belang of degene die de aanzegging had gedaan, daadwerkelijk bevoegd was de bouw te verbieden.²⁶¹ In de derde plaats was het mogelijk dat degene aan wie de aanzegging was gedaan, de *praetor* verzocht de aanzegging ongedaan te maken (de zogeheten *remissio*).²⁶² De *praetor* hief dan per decreet de werking van de aanzegging op,²⁶³ maar hij gebruikte hierbij dusdanige bewoordingen dat de ongedaanmaking van de aanzegging alleen gold voorzover mocht blijken dat degene die de aanzegging had gedaan, niet het recht had om het bouwen te verbieden.²⁶⁴ De werking van de aanzegging werd dus voorwaardelijk opgeheven, namelijk onder de voorwaarde dat het *ius prohibendi* (het recht om het bouwen te verbieden) niet bestond. Degene aan wie de aanzegging was gedaan kon nu doorgaan met de bouw.²⁶⁵ In reactie daarop kon degene die de aanzegging had gedaan echter het hierboven bij de tweede situatie vermelde *interdictum demolitorium* aanvragen. Dit interdict was zo geformuleerd dat op grond hiervan hetgeen vóór de opheffing van de aanzegging was gebouwd, moest worden afgebroken.²⁶⁶ In het kader van de behandeling van de vraag of hetgeen ná de voorwaardelijk geformuleerde *remissio* was gebouwd, op grond van het *interdictum demolitorium* moest worden afgebroken,

D. 39,1,5,3 (Ulpianus) en Rainer (1987), p. 162-163). Zie met betrekking tot de mogelijke uitbreiding van de kring van degenen tot wie de *operis novi nuntiatio* zich kon richten (met de pandhouder, de opstaller en de vruchtgebruiker): Rainer (1987), p. 163.

258 Zie D. 39,1,1 *pr.* (Ulpianus).

259 Zie D. 39,2,7 *pr.* (Ulpianus).

260 Zie D. 39,1,20 *pr.* (Ulpianus) en D. 39,1,21,1 (Ulpianus), alsmede Kaser RP I, p. 408.

261 Zie D. 39,1,20,1 (Ulpianus).

262 Zie D. 39,1,1 *pr.* (Ulpianus) en D. 43,25,1 *pr.* (Ulpianus), alsmede Kaser RP I, p. 409.

263 Zie Kaser RP I, p. 409.

264 Zie D. 43,25,1 *pr.* (Ulpianus).

265 Zie D. 39,1,8,4 (Paulus).

266 Zie D. 39,1,20 *pr.* (Ulpianus).

speelde dus allereerst de vraag of de aanzegging vanaf dat tijdstip was opgeheven of niet. Bij de beantwoording van deze laatste vraag ging het erom of op het tijdstip van het verlenen van de – voorwaardelijk geformuleerde – *remissio*, degene die de aanzegging had gedaan al dan niet het recht had om het bouwen te verhinderen. Teneinde op grond van het *interdictum demolitorium* de sloop van het gebouwde te bewerkstelligen, diende hij in deze derde situatie (anders dan in de tweede) in het kader van dit interdictenproces zijn *ius prohibendi* aan te tonen.²⁶⁷

Het *ius prohibendi* was gebaseerd op één van de drie gronden die in de volgende tekst van Ulpianus worden genoemd:

D. 39,1,5,9 (Ulpianus): 'Verder heeft Sextus Pedius in een fraaie omschrijving gezegd dat er om drie redenen een aanzegging tot staking van nieuwbouw kan worden gedaan: om een natuurlijke reden, om een publiekrechtelijke reden of om een door vestiging <van een erfdienstbaarheid> ontstane reden. Om een natuurlijke reden wanneer er iets wordt ingebouwd in ons huis of wordt gebouwd op onze grond; om een publiekrechtelijke reden wanneer wij door middel van de aanzegging tot staking van nieuwbouw de naleving van wetten, senaatsbesluiten of keizerlijke verordeningen trachten te bevorderen; en om een door vestiging van een erfdienstbaarheid ontstane reden wanneer iemand nadat hij zijn eigen recht verminderd en dat van de ander vergroot heeft – dat wil zeggen op zijn huis een erfdienstbaarheid gevestigd heeft – in strijd met deze erfdienstbaarheid gehandeld heeft.'²⁶⁸

In de derde situatie kon de door de *praetor* verleende *remissio* niet verhinderen dat de voortgang van de bouw belemmerd werd door het inroepen van het *interdictum demolitorium* en de hierop volgende procedure waarin de vraag behandeld werd of het interdict van toepassing was. In de vierde situatie lag dit anders. Deze deed zich voor wanneer degene aan wie de aanzegging was gericht, zeker van zijn zaak was en ongestoord wilde doorbouwen. Dit stond hem vrij wanneer hij een door borgtocht versterkte *stipulatio (satisfactio)* aflegde inzake het herstel in de oude toestand.²⁶⁹ Wanneer hij vervolgens bij het verder bouwen werd gestoord door degene die hem de aanzegging had gedaan, dan stond hem een interdict ter beschikking dat het ongestoord verder

267 Zie over deze gang van zaken: Lenel (1927), p. 484-485 en Kaser/Wubbe (1971), p. 115. Anders: Kaser RP I, p. 409 die stelt dat na het verlenen van de *remissio* degene die de aanzegging had gedaan zijn *ius prohibendi* met de *actio negatoria* of *actio servitutis* geldend diende te maken. Zie uitgebreid over deze materie met een overzicht van de verschillende meningen: Rainer (1987), p. 171-179.

268 D. 39,1,5,9 (Ulpianus): 'Et belle Sextus Pedius definiit triplicem esse causam operis novi nuntiationis, aut naturalem aut publicam aut impositicam: naturalem, cum in nostras aedes quid immittitur aut aedificatur in nostro, publicam causam, quotiens leges aut senatus consulta constitutionesque principum per operis novi nuntiationem tuemur, impositicam, cum quis postea, quam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est postea, quam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit.' Zie ook D. 39,1,1,16 (Ulpianus).

269 Zie Kaser RP I, p. 408 en Lenel (1927), p. 485, alsmede D. 39,1,5,17 (Ulpianus), D. 39,1,8,2 (Paulus), D. 39,1,8,4 (Paulus), D. 39,1,20,1 (Ulpianus) en D. 39,1,21,1 (Ulpianus).

bouwen waarborgde.²⁷⁰ De belofte inzake het herstel in de oude toestand trad volgens D. 39,1,21,4 (Ulpianus) in werking wanneer er een vonnis was gewezen of wanneer de zaak niet verdedigd werd (*'Sive autem res iudicetur sive res non defendatur...'*). Ulpianus verwijst hier naar de zakelijke actie die degene die de aanzegging had gedaan na de *satisfactio* kon instellen teneinde het door hem beweerde *ius prohibendi* geldend te maken. Het ging dan om de *actio servitutis* (wanneer het *ius prohibendi* gebaseerd was op een erfdienstbaarheid) of om de *actio negatoria* (wanneer door de bouw inbreuk gemaakt werd op een eigendomsrecht).

Na deze algemene opmerkingen over de werking van de *operis novi nuntiatio*, komt de vraag aan de orde hoe dit rechtsmiddel zich verhiel tot de *actio negatoria*. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de toepassingsgebieden van de *operis novi nuntiatio* en de *actio negatoria* elkaar grotendeels overlappen. Tijdens de bouw kon zowel de regeling van de *operis novi nuntiatio* worden ingeroepen, als de *actio negatoria* worden ingesteld. Dit volgt met zoveel woorden uit D. 39,1,19 (Paulus):

‘Men dient te weten dat wanneer geweigerd wordt om aan de aanzegging tot staking van nieuwbouw gevolg te geven, de wettelijke acties onaangetast blijven, zoals zij dat ook blijven in die gevallen waarin de praetor van meet af aan de aanzegging tot staking van nieuwbouw afwijst.’²⁷¹

Met de ‘wettelijke acties’ (*legitimae actiones*) wordt in deze tekst bedoeld op de *actio negatoria* (wanneer inbreuk werd gemaakt op het eigendomsrecht) en de *actio servitutis* (wanneer in strijd met een erfdienstbaarheid werd gehandeld). Het is aannemelijk dat de eiser, waar mogelijk, het snelle, informele en efficiënte middel van de *operis novi nuntiatio* zal hebben geprefereerd boven het instellen van een van deze wettelijke acties.

Een beperking van het toepassingsgebied van de *operis novi nuntiatio* ten opzichte van dat van de *actio negatoria* was dat met de *operis novi nuntiatio* niet meer kon worden opgetreden wanneer de bouw al voltooid was.²⁷²

Wat betreft de verhouding tussen de *operis novi nuntiatio* en de *actio negatoria* moet in de tweede plaats opgemerkt worden dat degene die een aanzegging had gedaan, in sommige gevallen vervolgens nog met de *actio negatoria* diende te procederen. Dit deed zich voor in de hierboven beschreven vierde situatie. Degene die ondanks de aanzegging wenste door te bouwen, had in dat geval

²⁷⁰ Zie Kaser RP I, p. 408 en Lenel (1927), p. 485, alsmede D. 39,1,20,9 (Ulpianus).

²⁷¹ D. 39,1,19 (Paulus): ‘Sciendum est denegata executione operis novi nihilo minus integras legitimas actiones manere, sicut in his quoque causis manent, in quibus ab initio operis novi denuntiationem praetor denegat.’

²⁷² Zie D. 39,1,1,1 (Ulpianus).

een met borgtocht versterkte *stipulatio* afgelegd waarin werd toegezegd dat de oude toestand hersteld zou worden indien er een voor de bouwer ongunstig vonnis werd gewezen of de zaak niet verdedigd werd. De *operis novi nuntiatio* bood de eiser ook in deze vierde situatie enige procesrechtelijke voordelen boven het direct (zonder eerst aan te zeggen) instellen van de *actio negatoria*. Het eerste voordeel bestond hierin dat wanneer degene die de aanzegging had gedaan in het hieropvolgende *negatoria*-proces won, het herstel van de oude toestand niet meer zoals hierboven in § 3.4 sub a beschreven, door de rechter onder de restitutieplicht hoefde te worden gebracht, maar rechtstreeks op de afgelegde *stipulatio* kon worden gebaseerd. Belangrijker was ongetwijfeld het tweede voordeel dat hierin bestond dat wanneer de zaak niet verdedigd werd, er op grond van de *stipulatio* direct een aanspraak op herstel in de oude toestand bestond, zonder dat daarvoor de hierboven in § 3.5 beschreven weg hoefde te worden bewandeld.

3.13.5 *Interdictum uti possidetis*

Het *interdictum uti possidetis* was een op het behoud van het bezit (*retinendae possessionis*) gericht interdict dat alleen betrekking had op onroerende zaken.²⁷³ De *praetor* sprak het navolgende verbod uit:

‘Zoals u dat huis waarover het geschil gaat, noch met geweld noch heimelijk noch ter bede ten opzichte van elkaar bezit, <ten aanzien daarvan> verbied ik dat geweld gebruikt wordt dat erop gericht is dat u niet langer op deze wijze bezit...’²⁷⁴

Het *interdictum uti possidetis* vond toepassing wanneer twee partijen elkaar het bezit van een onroerende zaak betwistten. Het interdict beoogde in die gevallen het bezit te doen toekomen aan die partij die ten opzichte van de ander het ‘beste’ bezit had. Dat wilde zeggen aan hem die het niet met geweld (*vi*), heimelijk (*clam*) of ter bede (*precario*) van de ander had verkregen. Het interdict verbood enerzijds om tegen de ‘beste’ bezitter geweld te gebruiken met als doel om hem uit zijn bezit te ontzetten; anderzijds machtigde het interdict de ‘beste’ bezitter die zijn bezit had verloren om dit eigenmachtig te hernemen.²⁷⁵ Het *interdictum uti possidetis* speelde dus een bezitsbeschermende rol, in die zin dat degene die uit zijn bezit dreigde te worden ontzet of hieruit al was ontzet, ermee kon optreden. Van belang voor dit onderzoek

²⁷³ Zie Gai. 4,143 in verbinding met Gai. 4,148-149 en D. 43,17,1,1 (Ulpianus).

²⁷⁴ D. 43,17,1 *pr.* (Ulpianus): ‘Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto...’

²⁷⁵ Zie Kaser RP I, p. 398. In het geval waarin de ‘beste’ bezitter zijn bezit op grond van het interdict herkeeg, had het *interdictum uti possidetis* dat door Gaius tot de *interdicta retinendae possessionis* werd gerekend (Gai 4,143 jo. Gai 4,148-149) een bezitsherkrijgende functie (*reciperandae possessionis*).

is echter dat de bezitsbeschermende rol van het *interdictum uti possidetis* verder reikte dan de bescherming tegen bezitsontneming. Het interdict bood ook een remedie tegen stoornissen in het bezit die niet leidden tot bezitsverlies.²⁷⁶ In de Digesten zijn verschillende voorbeelden van deze laatste toepassing te vinden. Het *interdictum uti possidetis* kon worden ingesteld tegen degene die verhinderde dat iemand op zijn eigen grond bouwde,²⁷⁷ tegen de huurder die de eigenaar verhinderde om herstelwerkzaamheden aan zijn huis te verrichten,²⁷⁸ tegen degene die wijnranken van zijn buurman naar zijn eigen terrein had geleid,²⁷⁹ tegen de buurman die stucwerk had aangebracht op de muur van zijn buurman,²⁸⁰ tegen degene die iets bouwde op andermans grond of iets inbouwde in of liet uitsteken boven andermans zaak²⁸¹ en tegen degene die vanuit een lager gelegen kaasfabriek stinkende walmen de lucht in deed stijgen.²⁸² Deze toepassingen van het *interdictum uti possidetis* lijken op het eerste gezicht moeilijk in overeenstemming te brengen met het karakter van het *interdictum uti possidetis* als middel om een strijd over het bezit te beëindigen. De beschreven stoornissen gingen namelijk niet met een aanspraak op het bezit gepaard, zodat het de vraag is wat degene die in zijn bezit gestoord werd, had aan een verbod van de *praetor* met als strekking dat geen geweld mocht geschieden (*vim fieri veto*) om in de bestaande (niet-vitieuze) bezitstoestand een wijziging te brengen. Ter verklaring van de werking van het *interdictum uti possidetis* in dit soort gevallen zijn de teksten van D. 43,17,3,2 (Ulpianus) en D. 43,16,11 (Pomponius) van belang. In D. 43,17,3,2 wordt in verband met het geval waarin iemand een ander verhindert om op zijn eigen grond te bouwen, de volgende stelling naar voren gebracht:

‘... u wordt immers geacht mij het bezit te betwisten wanneer u mij verhindert van mijn bezit gebruik te maken.’²⁸³

Door middel van een fictie werd degene die iemands bezit stoorde, dus aangemerkt als iemand die andermans bezit betwistte. De vraag die dan nog overblijft is wat in deze gevallen de betekenis was van het door de *praetor* verbieden van geweld waardoor de bezitstoestand niet langer eender was als daarvoor (*quo minus ita possideatis, vim fieri veto*). In dit verband is D. 43,16,11 verhelderend:

276 Van Oven (1945), p. 122 spreekt in dit verband over de ‘bezits-negatoria’.

277 Zie D. 43,17,3,2 (Ulpianus).

278 Zie D. 43,17,3,3 (Ulpianus).

279 Zie D. 43,17,3,4 (Ulpianus).

280 Zie D. 43,17,3,9 (Ulpianus).

281 Zie D. 39,1,5,10 (Ulpianus).

282 Zie D. 8,5,8,5 (Ulpianus), hierboven geciteerd op p. 41.

283 D. 43,17,3,2 (Ulpianus): ‘...etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione.’

‘Geweld pleegt hij die niet toelaat dat de bezitter datgene wat hij bezit naar eigen vrije wil gebruikt, door hetzij te zaaien, hetzij te graven, hetzij te ploegen, hetzij te bouwen, hetzij wat dan ook te doen waardoor hij zijn tegenstander niet het vrije bezit laat.’²⁸⁴

Uit deze tekst kan worden opgemaakt dat er sprake was van handelen ‘met geweld’ in de zin van het *interdictum uti possidetis*, in alle gevallen waarin zonder toestemming van de bezitter een feitelijke handeling ten aanzien van een onroerende zaak werd verricht.²⁸⁵

In hun onderlinge verband bestudeerd, leiden de teksten van D. 43,17,3,2 (Ulpianus) en D. 43,16,11 (Pomponius) niet alleen tot de conclusie dat het *interdictum uti possidetis* de materiële regel behelsde dat aan een niet-vitieuze bezitter het bezit niet mocht worden ontnomen, maar blijkt ook dat het in zijn algemeenheid niet was toegestaan een bezitter in zijn vrije bezit te storen.

Hier rijst natuurlijk de vraag hoe het *interdictum uti possidetis* zich als middel om op te treden tegen stoornissen in het bezit die niet met bezitsontneming gepaard gingen, verhield tot de *actio negatoria*. Voorop staat dat een samenloop van beide rechtsmiddelen mogelijk was. Dit blijkt duidelijk uit de hierboven²⁸⁶ besproken tekst van D. 8,5,8,5 (Ulpianus). Voor het overige was het toepassingsgebied van het *interdictum uti possidetis* enerzijds ruimer en anderzijds beperkter dan dat van de *actio negatoria*. Een verruiming van het toepassingsgebied bood het *interdictum uti possidetis* daar waar met dit middel door iedere interdictenbezitter²⁸⁷ kon worden opgetreden terwijl de *actio negatoria* alleen openstond voor de eigenaar-naar-*ius-civile*.²⁸⁸ Behalve een verruiming van de groep van personen die met het middel konden optreden, bood het *interdictum uti possidetis* ook een verruiming ten aanzien van het soort handelingen waartegen opgetreden kon worden. Anders dan met de *actio negatoria*,²⁸⁹ kon hiermee namelijk ook worden opgetreden tegen stoornissen in het bezit die niet corresponderden met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid. Een voorbeeld geeft D. 43,17,3,9 (Ulpianus) waar het gaat om het aanbrengen van stucwerk op andermans muur.

Een beperking van de toepasbaarheid van het *interdictum uti possidetis* ten opzichte van de *actio negatoria* was hierin gelegen dat niet iedere stoornis in

284 D. 43,16,11 (Pomponius): ‘Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive inserendo sive fodiendo sive arando sive quid aedificando sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit.’

285 Windscheid/Kipp (1906), § 159, p. 814 noot 4.

286 Zie p. 41-43 hierboven.

287 Zie over de interdictenbezitter § 3.11 noot 187 hierboven.

288 Zie § 3.6 hierboven. Hierbij moet bedacht worden dat een aantal interdictenbezitters waarschijnlijk een *actio negatoria utilis* kon instellen.

289 Zie p. 46-47 hierboven.

het eigendomsrecht tevens een stoornis in een bestaande bezitssituatie betekende die met het *interdictum uti possidetis* kon worden aangepakt. Ter illustratie kan gewezen worden op D. 43,17,3,5 (Ulpianus):

‘Laten wij ook bezien of, in het geval dat van iemand gezegd wordt dat hij zonder recht een boven de grond van zijn buurman uitstekende aanbouw heeft, het interdict *uti possidetis* met succes door de een tegen de ander gebruikt kan worden. Bij Cassius is vermeld dat het door geen van beiden gebruikt kan worden omdat de een de grond bezit en de ander met het huis datgene wat zich boven de grond bevindt.’²⁹⁰

De bovenstaande tekst beschrijft een toestand (de aanwezigheid van een uitstekende uitbouw) die mogelijk (behoudens een erfdiensbaarheid) in strijd was met het eigendomsrecht van de eigenaar van de grond, maar die niet tevens inbreuk maakte op het (door het *interdictum uti possidetis* beschermde) bezit van de eigenaar van de grond. De bezitter van het huis waaraan de uitstekende uitbouw vastzat, was tevens bezitter van die uitbouw. Een eventuele inbreuk op dát bezit (bijvoorbeeld wanneer de eigenaar van de grond een poging deed om de uitbouw af te breken) was een inbreuk op het bezit van het huis van de buurman en kon (onder meer) met het *interdictum uti possidetis* worden aangepakt.²⁹¹ De enige remedie die de eigenaar van de grond in het geschetste geval ten dienste stond was de *actio negatoria*.²⁹²

3.13.6 *Interdictum quod vi aut clam*

Het *interdictum quod vi aut clam* was een restitutorisch interdict, bedoeld om herstel in de vroegere toestand te bewerkstelligen.²⁹³ De *praetor* gebood:

‘Hetgeen met geweld of heimelijk tot stand is gebracht, waarover het geschil gaat, moet u, in de tijd waarin de gelegenheid om te procederen bestaat, ongedaan maken en de oorspronkelijke toestand herstellen.’²⁹⁴

Dit interdict was alleen van toepassing wanneer er sprake was van een conflict over werken die op de grond tot stand waren gebracht (*opera in solo*).²⁹⁵ Des-

290 D. 43,17,3,5 (Ulpianus): ‘Item videamus, si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. et est apud Cassium relatum utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem.’

291 Zie Dernburg (1912), § 220, p. 467 en Boháček (1939), p. 165-166 en vgl. D. 8,5,8,3 (Ulpianus) en D. 8,2,20 *pr.* (Paulus).

292 Zie ook Boháček (1939), p. 166.

293 Zie D. 43,24,1,1 (Ulpianus).

294 D. 43,24,1 *pr.* (Ulpianus): ‘Praetor ait: Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiendi potestas est, restituas.’

295 Zie D. 43,24,1,4 (Ulpianus) en D. 43,24,7,5 (Ulpianus).

alنيتtemin kwam aan het *interdictum quod vi aut clam* een groot toepassingsbereik toe, aangezien het begrip '*opera in solo*' ruim werd opgevat. Hieronder werd niet alleen het tot stand brengen van grondwerken verstaan, maar ook het afbreken hiervan, daaronder begrepen het omhakken van bomen of het afsnijden van andere beplantingen.²⁹⁶ Het interdict was daarnaast bijvoorbeeld van toepassing wanneer stenen op het terrein van de buurman werden gegooid, wanneer iemand onkruid tussen het zaad van een ander strooide en wanneer iemand een mesthoop verspreidde over andermans al vruchtbare akker.²⁹⁷ Samenvattend kan gesteld worden dat het interdict betrekking had op alle gevallen waarin sprake was van een wijziging in de toestand van een onroerend goed. De wijziging kon betrekking hebben op de toestand van het erf van degene die het *interdictum quod vi aut clam* inriep, of op de toestand van het erf van degene tegen wie het *interdictum quod vi aut clam* werd ingeroepen.²⁹⁸ Bij het eerste geval kan gedacht worden aan het werpen van stenen op het terrein van de buurman, het omhakken van een op het terrein van de buurman staande boom of het grensoverschrijdend bouwen. Het tot stand brengen of wijzigen van een werk op het eigen terrein kon voor de buurman aanleiding zijn om het *interdictum quod vi aut clam* in te roepen, wanneer deze beweerde de handeling op grond van een erfdiensbaarheid (bijvoorbeeld de *servitus altius non tollendi*) te mogen verbieden.²⁹⁹

Een vereiste voor de toepasbaarheid van het *interdictum quod vi aut clam* was verder dat de wijziging in de toestand van de onroerende zaak met geweld (*vi*) of heimelijk (*clam*) tot stand was gekomen. Van geweld (*vis*) in de zin van het *interdictum quod vi aut clam* was sprake wanneer een wijziging tot stand werd gebracht hoewel dit door de wederpartij verboden was.³⁰⁰ Een dergelijk verbod was niet aan enige vorm gebonden en kon kenbaar worden gemaakt door een mondelinge verklaring, door het opheffen van de hand of door het symbolisch werpen van een steentje.³⁰¹ Van geweld (*vis*) was eveneens sprake wanneer de wederpartij ervan weerhouden was een verbod kenbaar te maken, bijvoorbeeld doordat hij was bedreigd of doordat

296 Zie voor het afbreken van een huis: D. 43,24,7,4 (Ulpianus) en voor het omhakken van bomen en het afsnijden van andere beplantingen: D. 43,24,7,5 (Ulpianus).

297 Zie respectievelijk: D. 43,24,15,1, (Ulpianus), D. 9,2,27,14 (Ulpianus) en D. 43,24,7,6 (Ulpianus). Zie ook D. 43,24,11 *pr.*(Ulpianus) over het bederven van het water in de regenput van de buurman. Vgl. echter ook D. 43,24,9,3 (Ulpianus) waarin wordt gesteld dat het verspreiden van een afvalhoop over eens anders erf niet leidt tot aansprakelijkheid op grond van het *interdictum quod vi aut clam*.

298 Zie Kaser RP I, p. 409 noot 50, Johnston (1999), p. 74-75 en Rainer (1987), p. 234. Daarnaast kon het *interdictum quod vi aut clam* toepassing vinden in het geval van wijziging van de toestand op een publiek terrein (zie bijvoorbeeld: D. 43,24,20,5 (Paulus) en D. 43,24,7,8 (Ulpianus)). Deze gevallen worden echter onbesproken gelaten.

299 Zie Kaser RP I, p. 409 noot 50 en Johnston (1999), p. 74-75 en vgl. D. 39,3,21 (Pomponius).

300 Zie D. 43,24,1,5 (Ulpianus).

301 Zie D. 43,24,20,1 (Paulus) en voor het werpen van een steentje ook: D. 43,24,1,6 (Ulpianus).

de deur voor zijn neus was dichtgeslagen.³⁰² Een wijziging in de toestand van een onroerend goed werd geacht heimelijk (*clam*) tot stand te zijn gebracht wanneer de wederpartij niet in kennis was gesteld hoewel voor een geschil over de wijziging – en daarmee een verbod – werd gevreesd of behoorde te worden gevreesd.³⁰³ Een kennisgeving diende tijdig te worden gedaan en diende precies te vermelden wanneer welk werk zou worden uitgevoerd.³⁰⁴

Wanneer eenmaal vaststond dat een wijziging in de toestand van een onroerende zaak met geweld (*vi*) of heimelijk (*clam*) tot stand was gekomen, kon met het *interdictum quod vi aut clam* herstel in de oude toestand gevorderd worden, onafhankelijk van de vraag of de wederpartij het recht had om de wijziging aan te brengen:

D. 43,24,1,2 (Ulpianus): 'Het doet er daarbij nauwelijks toe, of de betrokkene al dan niet het recht heeft gehad om <een werk> tot stand te brengen; ongeacht namelijk of hij daartoe het recht had of niet, is hij aansprakelijk op grond van dit interdict wegens het feit dat hij het met geweld of heimelijk heeft gedaan. Hij had namelijk zijn recht moeten handhaven, maar niet op onrechtmatigheid moeten zinnen.'³⁰⁵

Wat betreft de verhouding tussen de *actio negatoria* en het *interdictum quod vi aut clam*, is het duidelijk dat zich gevallen konden voordoen waarin iemand beide rechtsmiddelen toekwamen. Gedacht kan hierbij worden aan het geval waarin met geweld (*vi*) of heimelijk (*clam*) een over het terrein van de buurman uitstekend balkon was gebouwd. In zo'n situatie was het om meerdere redenen aan te raden om op grond van het *interdictum quod vi aut clam* te procederen. In de eerste plaats was het bij een dergelijke procedure – anders dan bij de *actio negatoria* – van geen belang of de buurman op grond van een erfdiensbaarheid het recht had om het balkon daar te hebben. Zoals uit de hierboven aangehaalde tekst van D. 43,24,1,2 (Ulpianus) volgt, was het feit dat het balkon met geweld of heimelijk tot stand was gebracht, voldoende om afbraak te kunnen vorderen. De heimelijke of gewelddadige totstandkoming was dan ook het enige wat degene die het *interdictum quod vi aut clam* had aangevraagd, hoefde aan te tonen. Zoals hierboven in § 3.10 beschreven is, diende de eiser in de *actio negatoria* het (lastiger) bewijs te leveren dat de buurman niet het recht had het balkon daar te hebben.

302 Zie D. 43,24,20 *pr.* (Paulus).

303 Zie D. 43,24,3,7 (Ulpianus) en D. 43,24,4 (Venuleius).

304 Zie D. 43,24,5 *pr.* (Ulpianus) en D. 43,24,5,1 (Ulpianus).

305 D. 43,24,1,2 (Ulpianus): 'Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non: sive enim ius habuit sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci.' Zie ook: D. 43,24,1,3 (Ulpianus) waarin een exceptie inhoudende dat op grond van een aan de wederpartij toekomend recht is gehandeld, wordt verworpen.

In de tweede plaats bood het *interdictum quod vi aut clam* meer mogelijkheden om de geleden schade vergoed te krijgen dan de *actio negatoria*. Zoals hierboven in § 3.4 sub d vermeld is, was de mogelijkheid om met de *actio negatoria* schadevergoeding te vorderen beperkt tot het als ‘vruchten’ te construeren belang dat de eiser erbij had om ná het tot stand komen van de *litis contestatio* niet meer gestoord te worden in zijn eigendomsrecht. De ruimere mogelijkheid om met het *interdictum quod vi aut clam* schadevergoeding te vorderen, blijkt uit D. 43,24,15,7 (Ulpianus):

‘Bij dit interdict vindt de schatting van het procesobject plaats ten bedrage van het belang dat de eiser erbij heeft dat het werk niet <vertaald is de toevoeging *non*> tot stand was gebracht. Het behoort tot de taak van de rechter om bij vonnis te bepalen dat het herstel in de oude toestand zodanig plaats dient te vinden dat de positie van de eiser in alle opzichten dezelfde is als deze geweest zou zijn indien het werk waarover geprocedeerd is niet met geweld en niet heimelijk tot stand gebracht zou zijn.’³⁰⁶

Het restitueren bij het *interdictum quod vi aut clam* hield in dat de eiser in die positie moest worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd wanneer het werk niet tot stand zou zijn gebracht. Bij de *actio negatoria* ging het erom dat de eiser in die positie werd gebracht waarin hij zou verkeren wanneer de inbreuk op het eigendomsrecht na het tijdstip van de *litis contestatio* beëindigd zou zijn. Dat deze benaderingen tot verschillende uitkomsten konden leiden, blijkt uit het volgende voorbeeld. Stel dat de eiser het bewuste huis had verhuurd. De huurder ondervond zo’n overlast van een heimelijk tot stand gebracht balkon dat hij in overleg met de verhuurder de eerste maand na de bouw slechts de helft van de voorheen verschuldigde huur betaalde. De eigenaar wilde met betrekking tot het overhangende balkon een procedure instellen. Wanneer hij koos voor het *interdictum quod vi aut clam*, kwam ook de in de eerste maand gederfde (halve) huursom voor vergoeding in aanmerking. Koos hij voor de *actio negatoria*, dan kwam alleen de na het tijdstip van de *litis contestatio* gederfde huur voor vergoeding in aanmerking.

Naast de gevallen waarin het *interdictum quod vi aut clam* en de *actio negatoria* samenvielen, konden zich ook gevallen voordoen waarin ofwel alleen het *interdictum quod vi aut clam*, ofwel alleen de *actio negatoria* van toepassing was. Voorbeelden van gevallen waarin uitsluitend met het *interdictum quod vi aut clam* kon worden opgetreden, zijn te vinden in D. 43,24,7,6 (Ulpianus), D. 43,24,15,1 (Ulpianus) en D. 43,24,11 *pr.* (Ulpianus). In deze teksten ging

306 D. 43,24,15,7 (Ulpianus): ‘Hoc interdicto tanti lis aestimatur quanti actoris interest id opus factum <non> esse. officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum est, ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset.’

het respectievelijk om het uitstrooien van mest over andermans (al vruchtbare) akker, het gooien van stenen over het terrein van de buurman en het bederven van het water in de regenput van een buurman door er iets in uit te gieten. Aangezien er geen erfdienstbaarheden denkbaar waren op grond waarvan deze schadetoebrengende handelingen geoorloofd waren, kon hiertegen niet met de *actio negatoria* worden opgetreden.³⁰⁷ De uitsluitende toepasbaarheid van het *interdictum quod vi aut clam* hing in deze gevallen samen met de aard van de handeling waartegen opgetreden moest worden, maar zij kon ook samenhangen met de hoedanigheid van de persoon die op wilde treden. Waar de *actio negatoria* slechts aan de eigenaar-naar-*ius-civile* toekwam (en *utiliter* waarschijnlijk aan de Publiciaanse bezitter en een aantal beperkt zakelijk gerechtigden)³⁰⁸ en waar met betrekking tot een gemeenschappelijke zaak de *actio negatoria* niet door de ene mede-eigenaar tegen de andere mede-eigenaar kon worden ingesteld,³⁰⁹ kon met het *interdictum quod vi aut clam* worden opgetreden door ieder die daarbij een belang had,³¹⁰ dus ook door bijvoorbeeld een vruchtgebruiker of een pachter en door de ene mede-eigenaar tegen de andere.³¹¹

Wat betreft de situaties waarin alleen met de *actio negatoria* kon worden opgetreden, wordt hier uiteraard alleen stilgestaan bij die situaties die zich in abstracto wel voor toepassing van het *interdictum quod vi aut clam* zouden lenen, maar waarin dit interdict door de omstandigheden van het geval geen toepassing kon vinden. Te denken valt dan in de eerste plaats aan het geval waarin een werk dat inbreuk maakte op het eigendomsrecht van de buurman (bijvoorbeeld een overhangend balkon) niet op heimelijke of gewelddadige wijze tot stand was gebracht. Het *interdictum quod vi aut clam* bood dan vanzelfsprekend geen uitkomst, terwijl de *actio negatoria* nog wel openstond. In de tweede plaats kon de exclusieve toepasbaarheid van de *actio negatoria* samenhangen met de regel dat het *interdictum quod vi aut clam* – behoudens bijzondere omstandigheden – na verloop van één jaar (nadat het omstreden werk was voltooid of nadat men opgehouden was eraan te bouwen) niet meer ter beschikking stond.³¹² Wanneer de wijziging in de toestand van het onroerende goed in het onderhavige geval ook de mogelijkheid bood om met de *actio negatoria* te procederen, dan bleef deze mogelijkheid na verloop van één jaar als enige over.

307 Vgl. p. 46-47 hierboven.

308 Zie p. 36-37 hierboven.

309 Zie § 3.8 hierboven.

310 Zie D. 43,24,13,3 (Ulpianus).

311 Zie D. 43,24,12 (Venuleius) en D. 43,24,13,3 (Ulpianus).

312 Zie D. 43,24,15,4 (Ulpianus) en voor de bijzondere omstandigheden die een uitzondering rechtvaardigden: D. 43,24,15,5 (Ulpianus) en D. 43,24,15,6 (Ulpianus).

3.13.7 *Interdicta de arboribus caedendis*

Er bestonden in het Romeinse recht twee *interdicta de arboribus caedendis* die betrekking hadden op het geval waarin een boom – of takken hiervan – over andermans erf hing. Het eerste interdict was toepasselijk in het geval waarin een boom over eens anders huis hing. Aan dit interdict kon degene over wiens huis de boom hing, de bevoegdheid ontnemen om de boom bij de stam af te zagen en het hout mee te nemen, mits de buurman eerst in de gelegenheid was gesteld om zelf de boom te verwijderen.³¹³ Het tweede interdict had betrekking op het geval waarin een boom over eens anders landbouwgrond hing. In dat geval was de bevoegdheid tot zelfstandig optreden beperkt tot het rondom terugsnoeien van alle takken die lager hingen dan 15 voet (4,5 meter).³¹⁴

Naast de mogelijkheid om eigenmachtig op te treden op grond van de bovenvermelde interdicten, bestond volgens D. 43,27,2 (Pomponius) ook de mogelijkheid om met de *actio negatoria* de verwijdering van een overhangende boom te vorderen:

‘Als een boom vanaf de grond van uw buurman door een storm over uw grond heen is gaan hangen, kunt u krachtens de Wet der Twaalf Tafelen terecht over het verwijderen ervan procederen, <stellende> dat hem niet het recht toekomt de boom in die positie te hebben.’³¹⁵

Uit de bovenstaande tekst blijkt dat de Wet der Twaalf Tafelen voor een speciaal geval (te weten het geval waarin sprake was van een overhangende boom) al een op de ontkenning van een recht gebaseerde actie kende. Deze actie kan worden aangemerkt als een voorloper van de *actio negatoria*, die – als zelfstandige actie – immers pas later tot ontwikkeling kwam, toen het proces *per formulas* het proces *per legis actiones* verdrong.³¹⁶

313 Zie D. 43,27,1 *pr.* (Ulpianus) in verbinding met D. 43,27,1,2 (Ulpianus) en D. 43,27,1,6 (Ulpianus).

314 Zie D. 43,27,1,7-8 (Ulpianus) en voor de interpretatie van deze teksten: Watson (1968), p. 119 en Van Oven (1945), p. 109.

315 D. 43,27,2 (Pomponius): ‘Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege duodecim tabularum de adimenda ea recte agere potes ius ei non esse ita arborem habere.’

316 Zie § 3.1 hierboven.