



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).

6 | De ontwikkelingen in het gerecipieerde Romeinse recht

6.1 DE TE HANTEREN WERKWIJZE

Zoals hierboven in de Inleiding werd vermeld, gaat het in dit onderzoek van de *actio negatoria* in het gerecipieerde Romeinse recht om de vraag of – en zo ja, wanneer – de *actio negatoria* zich heeft ontwikkeld van een *actio de servitute* tot een *actio de dominio*. Kenmerkend voor de *actio negatoria* als *actio de dominio* is dat de actie rechtstreeks op het eigendomsrecht gebaseerd is en dientengevolge tegen iedere (niet met deposedering gepaard gaande) inbreuk op het eigendomsrecht kan worden ingesteld, onafhankelijk dus van de vraag of de inbreuk correspondeert met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid. Twee vragen staan dan ook centraal bij de onderstaande besprekingen van de werken van enkele juristen die zich met het gerecipieerde Romeinse recht bezighielden. In de eerste plaats de vraag wat naar de mening van ieder van hen de grondslag vormde van de *actio negatoria* en in de tweede plaats de vraag tegen wie de *actio negatoria* met succes kon worden ingesteld.

6.2 ERFDIENSTBAARHEID, VRUCHTGEBRUIK EN SERVITUUT; ENIGE TERMINOLOGISCHE OPMERKINGEN

Het is nuttig voorafgaand aan de behandeling van de ontwikkelingen in het gerecipieerde recht een opmerking te maken over de begrippen erfdienstbaarheid, vruchtgebruik en servituut. Justinianus rekende in zijn *Corpus iuris civilis* onder het begrip servituut (*servitus*) niet alleen de erfdienstbaarheden (die onder het oudere recht ook al met *servitutes* werden aangeduid), maar ook de zogeheten *servitutes personales*.¹ Het ging dan vooral om het vruchtgebruik (*ususfructus*), maar ook het recht van gebruik (*usus*) en het recht van bewoning (*habitatio*) vielen hieronder. In het gerecipieerde Romeinse recht werd het begrip servituut eveneens als verzamelnaam gebruikt voor zowel dienstbaarheden ten gunste van een bepaald erf, als dienstbaarheden ten gunste van een bepaalde persoon. Daarnaast kwam het begrip servituut echter ook voor in de beperktere betekenis van erfdienstbaarheid. In het onderstaande wordt het

1 Zie Kaser RP II, p. 299.

woord servituut voornamelijk gebruikt als verzamelnaam. Waar het volstrekt duidelijk is dat alleen op een erfdienstbaarheid wordt gedoeld, zal het woord *servitus* als erfdienstbaarheid worden vertaald. Overigens valt het op dat men zich bij de behandeling van de *actio negatoria* in het gerecipieerde Romeinse recht vaak beperkte tot de bespreking van deze actie in haar verhouding tot de erfdienstbaarheden zonder aandacht te besteden aan het vruchtgebruik. Dit hangt ongetwijfeld samen met het gegeven dat het praktische belang van de *actio negatoria* lag in de ontkenning van het bestaan van een bepaalde erfdienstbaarheid en niet in de ontkenning van het bestaan van een recht van vruchtgebruik.²

6.3 DE ACTIO NEGATORIA BIJ ACCURSIUS

Accursius, die vermoedelijk van 1185 tot 1263 leefde,³ stelde halverwege de dertiende eeuw een compilatie samen van de aantekeningen (glossen) die de eerdere glossatoren sinds Irnerius in de manuscripten van het *Corpus iuris civilis* hadden bijgeschreven. Dit werk van Accursius staat bekend als de *Glossa ordinaria*. De plaats waar de *actio negatoria* in de *Glossa ordinaria* het uitvoerigst aan bod komt (de *sedes materiae*) is Inst. 4,6,2. Accursius behandelt hier de vraag waarom de *actio negatoria* en de *actio confessoria* zakelijke acties zijn. Zijn antwoord hierop luidt dat dit het geval is omdat zij naar het voorbeeld van de revindicatie worden gegeven. Hierna volgt:

‘Want zoals die <de revindicatie> op grond van de eigendom of *quasi*-eigendom wordt gegeven, zo worden deze <*actio confessoria* en *actio negatoria*> dat ook: want merk op dat de *actio confessoria* op grond van de eigendom wordt gegeven, dat wil zeggen aan de eigenaar van de grond waaraan een erfdienstbaarheid verschuldigd is. (...) Ditzelfde geldt voor de *actio negatoria*: want ook deze wordt op grond van de eigendom gegeven aan de eigenaar van de grond die ontkent dat een erfdienstbaarheid verschuldigd is...’⁴

Een oppervlakkige lezing van het bovenstaande fragment zou tot de conclusie kunnen voeren dat door Accursius de grondslag van de *actio negatoria* al zonder meer in het eigendomsrecht wordt gezocht. Hij schrijft immers dat de *actio negatoria* op grond van de eigendom (*ratione domini*) werd gegeven. Deze conclusie mag echter niet getrokken worden. In dit verband is in de eerste plaats van belang dat Accursius de nauwe koppeling tussen de *actio*

² Zie daarover p. 66 hierboven.

³ Zie Lange (1997), p. 335-336.

⁴ Inst. 4,6,2 gl. ‘*Altius tollendi*’: ‘Sicut enim illa ratione domini vel quasi datur, sic et istae: ut ecce ratione domini datur confessoria, scilicet domino fundi cui servitus debetur. (...) Hoc idem in negatoria: nam ipsa ratione domini datur domino fundi qui negat servitutum deberi...’

negatoria en de *actio confessoria* in stand houdt. Zij worden in één adem genoemd: *istae*. Belangrijker is echter dat de betekenis van de uitspraak van Accursius dat de *actio negatoria* op grond van de eigendom (*ratione domini*) werd gegeven, sterk wordt gerelativeerd doordat hij óók de *actio confessoria* als een actie op grond van de eigendom bestempelt. De eigendom als grondslag van zowel de *actio confessoria* als de *actio negatoria* betekent in de ogen van Accursius dan ook niet meer dan dat het de eigenaar was ten behoeve van wie en ten laste van wie een erfdienstbaarheid kon bestaan. Het was daarom de eigenaar die met de *actio confessoria* een erfdienstbaarheid geldend kon maken of met de *actio negatoria* het bestaan van een erfdienstbaarheid kon ontkennen. De *actio negatoria* bleef bij Accursius een actie waarmee over het al dan niet bestaan van een erfdienstbaarheid werd geprocedeerd. De werkelijke grondslag van de *actio negatoria* was de afwezigheid van een bepaalde op het eigendomsrecht drukkende erfdienstbaarheid. Dit beeld wordt bevestigd wanneer men de vraag in ogenschouw neemt tegen wie de *actio negatoria* met succes kon worden ingesteld. Accursius merkt hierover op dezelfde plaats het volgende op:

‘En op grond van het bezit wordt de actie ingesteld tegen hem die de zaak op grond van <vermeend> vruchtgebruik bezit of een *quasi* bezit heeft, bijvoorbeeld wanneer iemand een zaak gebruikt in verband met een bepaalde erfdienstbaarheid waarvan hij zegt dat deze verschuldigd is.’⁵

Accursius schetst op deze plaats de overeenkomsten tussen de revindicatie en de *actio negatoria*. Net als de revindicatie werd volgens Accursius ook de *actio negatoria* tegen de bezitter ingesteld: hetzij tegen degene die het bezit had op grond van een (vermeend) recht van vruchtgebruik, hetzij tegen degene die het *quasi*-bezit⁶ had van een recht van erfdienstbaarheid. Uit het fragment kan worden afgeleid dat de categorie van inbreuken op het eigendomsrecht waartegen met de *actio negatoria* kon worden opgetreden, in de ogen van Accursius beperkt was tot inbreuken die correspondeerden met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid. Deze beperking volgt ook uit D. 8,5,2 *pr.* gl. ‘Qui negat’, waarin het gaat om de maatregelen die een rechter op grond van de *actio negatoria* diende te treffen:

5 Inst. 4,6,2 gl. ‘*Altius tollendi*’: ‘Et e contra ratione possessionis intenditur contra eum qui possidet rem ratione ususfructus vel quasi possidet ut si re utatur propter illam servitutem quam sibi dicit debitam...’

6 Met *quasi* bezit wordt hier bedoeld op het in ieder geval door Justinianus erkende bezit van een recht (*possessio iuris*). Zie daarover Kaser RP I, p. 390 en Kaser RP II, p. 255-256.

‘En bij de *actio negatoria* is het de taak van de rechter te bevelen dat degene die het proces op grond van de *actio negatoria* heeft gewonnen, niet door de uitoefening van een servituut wordt gestoord, en dat hieromtrent een *cautio* wordt afgelegd.’⁷

Op beide bovenvermelde plaatsen refereert Accursius aan de mening van Placentinus⁸ met betrekking tot de passieve legitimatie tot de *actio negatoria*. Placentinus zou op dit punt een zeer restrictieve opvatting hebben gehuldigd, inhoudende dat alleen met de *actio negatoria* geprocedeerd kon worden wanneer de omstreden erfdienstbaarheid op enig moment had bestaan, maar vervolgens (volgens de eiser) teniet was gegaan, bijvoorbeeld door verjaring. Accursius verzet zich in Inst. 4,6,2 gl. ‘*Altius tollendi*’ tegen deze gedachte door – onder verwijzing naar D. 8,5,13 (Proculus) en D. 8,5,4,7 (Ulpianus) – vast te stellen dat de *actio negatoria* ook werd toegelaten wanneer er nooit een erfdienstbaarheid was gevestigd (*competit enim et si nulla fuit*). In D. 8,5,2 pr. gl. ‘*Qui negat*’ komt dezelfde controverse met Placentinus aan de orde. Op deze plaats gebruikt Accursius als argument tegen Placentinus dat in D. 8,5,13 (Proculus) de *actio negatoria* werd toegelaten in een geval waarin niet alleen nooit een erfdienstbaarheid was gevestigd, maar ook geen erfdienstbaarheid kón worden gevestigd. D. 8,5,13 (Proculus) gaat over langs de openbare weg gelegen buizen die breken en een muur drijfnat maken:

‘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 stelling dat ik het recht niet heb een waterstroom te laten vloeien van mijn land naar uw muur.’⁹

De onmogelijkheid om in dit geval een erfdienstbaarheid te vestigen, baseert Accursius op D. 8,1,14,2 (Paulus):

‘Wanneer ergens een openbaar terrein of openbare weg tussen ligt, kan daar wel een recht van waterhaling gevestigd worden, maar niet dat van waterleiding. Het is echter de gewoonte de keizer toestemming te vragen om het water over de openbare weg te mogen leiden, voorzover dit geen ongemak voor het publiek verkeer meebrengt...’¹⁰

7 D. 8,5,2 pr. gl. ‘*Qui negat*’: ‘*Et e contra in negatoria est eius officium, ut iubeat ne ille inquietetur ratione servitutis qui in negatoria obtinet, et de hoc ipso cautio exponitur.*’

8 Placentinus (gestorven in 1192) studeerde in Bologna en doceerde vervolgens lange tijd in Montpellier (zie Lange (1997), p. 207-209).

9 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.*’

10 D. 8,1,14,2 (Paulus): ‘*Publico loco interveniente vel via publica haustus servitus imponi potest, aquae ductus non potest: a principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat...*’

Om meerdere redenen biedt deze tekst echter geen argument voor de stelling dat de vestiging van een erfdienstbaarheid in het geval van D. 8,5,13 (Proculus) niet mogelijk was. In de eerste plaats is het maar zeer de vraag wat Paulus precies tot uitdrukking wil brengen wanneer hij zegt dat in het geval van een tussenliggende openbare weg een erfdienstbaarheid van waterhaling (*aquae haustus*) wél en een erfdienstbaarheid van waterleiding (*aquae ductus*) níet gevestigd kon worden. Het is aannemelijk dat Paulus hier slechts wil zeggen dat in het ene geval (waterhaling) een erfdienstbaarheid het betreffende recht voor de eigenaar van het heersende erf zonder meer in het leven riep, terwijl in het andere geval (waterleiding) een eventuele erfdienstbaarheid nog geen recht in het leven riep dat zonder meer – zonder nadere toestemming van de keizer – kon worden uitgeoefend. Wanneer zich tussen terrein A en terrein B een openbare weg bevond, en de eigenaar van terrein A ten behoeve van het terrein van B een erfdienstbaarheid wilde vestigen inhoudende dat de eigenaar van terrein B water mocht halen uit een zich op terrein A bevindende put, dan was de vestiging van een dergelijke erfdienstbaarheid volgens Paulus mogelijk: de aanwezigheid van de tussenliggende openbare weg stond blijkbaar niet in de weg aan het voldoen aan het vereiste van naburigheid (*vicinitas*). Het uit de erfdienstbaarheid voortvloeiende recht kon in dit geval ook daadwerkelijk worden uitgeoefend, omdat de eigenaar van terrein B ook zonder meer het recht had om met emmers water over de tussenliggende openbare weg te gaan. Dit lag anders wanneer de eigenaar van terrein A aan de eigenaar van terrein B wilde toestaan om water van terrein A naar terrein B te leiden. In dat geval zou een buizenstelsel onder of over de openbare weg aangelegd moeten worden, waarvoor volgens het hierboven aangehaalde D. 8,1,14,2 (Paulus) toestemming van de keizer was vereist. Dit neemt niet weg dat ook nu juridisch vorm gegeven moest worden aan de bevoegdheid van de eigenaar van terrein B om met betrekking tot het eerste stuk (over terrein A: van de bron tot de openbare weg) een buizenstelsel in stand te houden. De aangewezen weg hiervoor was de vestiging van een erfdienstbaarheid. Omdat de tussenliggende weg bij de erfdienstbaarheid van waterhaling niet in de weg stond aan het voldoen aan het vereiste van naburigheid, mag men aannemen dat zulks in het geval van een erfdienstbaarheid van waterleiding niet anders was. Ondanks het gestelde in D. 8,1,14,2 (Paulus) kon dus wel degelijk een erfdienstbaarheid van waterleiding gevestigd worden, zij het een die niet zonder nadere toestemming van een derde daadwerkelijk kon worden uitgeoefend.

Meer in het algemeen kan men zich ook afvragen of D. 8,1,14,2 (Paulus) wel enige relevantie heeft voor de uitleg van D. 8,5,13 (Proculus). Anders dan Accursius lijkt te menen gaat het in deze laatste tekst namelijk niet om de ontkenning van het bestaan van een recht van waterleiding, maar om de ontkenning van het bestaan van een andere erfdienstbaarheid, te weten de *servitus fluminis*: het recht om water door buizen naar andermans land af te

2voeren.¹¹ Bij de behandeling van de vraag of in het onderhavige geval de *actio negatoria* kon worden ingesteld (en de hiermee samenhangende vraag of vestiging van een *servitus fluminis* onder de geschetste omstandigheden mogelijk zou zijn), lijkt Proculus op het probleem te stuiten dat het water niet rechtstreeks van het ene (heersende) erf naar het andere (dienende) erf liep, maar via buizen die langs de openbare weg waren gelegen. De indirectheid van de toevoer van het water belet Proculus echter niet om te spreken van een *flumen* die *ex meo* (van mijn heersende erf) *in tuum parietem* (op uw denkbeeldig dienende erf) komt. De vestiging van een *servitus fluminis* was in dit geval dus (theoretisch) denkbaar, en dáárom kon de *actio negatoria* worden ingesteld.¹² Met de mogelijkheid om in het in D. 8,1,14,2 (Paulus) geschetste geval een erfdienstbaarheid van waterleiding te vestigen, heeft dit alles niets te maken.

In aansluiting aan de bovenstaande bestrijding van de visie van Accursius op D. 8,5,13 (Proculus) in verbinding met D. 8,1,14,2 (Paulus), dient wel onmiddellijk te worden opgemerkt dat het in het kader van een onderzoek naar de ontwikkeling van de *actio negatoria* van geen enkel belang is of de visie van Accursius op de vermelde teksten vanuit Romeinsrechtelijk perspectief juist was of niet. Van belang is of zijn visie ook consequenties heeft gehad voor het door hem gedachte toepassingsgebied van de *actio negatoria*. De vraag is dan of Accursius de *actio negatoria* van toepassing achtte bij iedere niet met deposedering gepaard gaande inbreuk op het eigendomsrecht (in welke zin zijn stelling dat de *actio negatoria* ook van toepassing was wanneer geen erfdienstbaarheid gevestigd kón worden, zou kunnen worden uitgelegd), of dat hij het toepassingsgebied beperkte tot inbreuken die correspondeerden met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid. Uit Accursius' visie op de grondslag van de *actio negatoria* en zijn beschrijving van de uit de actie voortvloeiende remedies,¹³ volgt duidelijk dat dit laatste het geval was.¹⁴

De vraag die Accursius en Placentinus verdeeld hield, vertoont een zekere overeenkomst met de hierboven in het eerste deel behandelde vraag of het voor het kunnen instellen van de *actio negatoria* vereist was dat de gedaagde

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

12 Zie over D. 8,5,13 (Proculus) ook p. 46 hierboven.

13 Zie p. 98-100 hierboven.

14 Anders: Landsberg (1883), p. 318 die stelt dat volgens Accursius met de *actio negatoria* tegen iedere eigendomsstoornis kon worden opgetreden. Landsberg erkent dat dit nergens met zoveel woorden in de Glosse valt te lezen, maar hij schrijft: 'Hat man nämlich einmal aus l. 13 D.h.t. 8,5 geschlossen, daß zur Anstellung der negatoria eine Servitut als früher bestanden habend nicht vorausgesetzt werden muß, so wird man wol kaum sich der Nothwendigkeit entschlagen können, auch einen Schritt weiter zu thun und zu folgern, daß überhaupt gar nicht einer Servitut entsprechender Thatbestand vorzuliegen braucht.'

daadwerkelijk pretendeerde gerechtigd te zijn tot een servituut.¹⁵ Placentinus lijkt hierbij de zijde te kiezen van degenen die deze vraag bevestigend beantwoordden. De gevallen waarin hij de *actio negatoria* toeliet (er is een servituut geweest, maar dit is teniet gegaan) zijn namelijk typisch gevallen waarin daadwerkelijk een strijd werd gevoerd over het bestaan van een erfdienstbaarheid, in die zin dat de ene partij stelde dat het servituut bestond en de andere partij dit ontkende. Accursius lijkt een ander standpunt in te nemen. Ook als duidelijk was dat nooit een servituut had bestaan (en de gedaagde zich hierop dus niet beriep), was er ruimte voor de *actio negatoria*. Toch valt aan de hand van de Glosse niet met zekerheid te zeggen welk standpunt Accursius innam. In een hierboven al weergegeven fragment uit dezelfde glosse (Inst. 4,6,2 gl. 'Altius tollendi') waarin Accursius zich afzet tegen Placentinus, zegt hij dat de *actio negatoria* kon worden ingesteld tegen de *quasi* bezitter van een erfdienstbaarheid die beweerde dat deze erfdienstbaarheid hem verschuldigd was.¹⁶ Daarnaast is er nog een andere tekst in de *Glossa ordinaria* die minder goed met het beeld in overeenstemming valt te brengen dat een pretentie van recht volgens Accursius niet was vereist. Het gaat om D. 8,5,14,1 gl. 'Ita habere'. De hier becommentarieerde Digestentekst van Pomponius gaat over de mogelijkheid om met de *actio negatoria* te procederen in het geval waarin een gemeenschappelijke muur door werkzaamheden van de gedaagde naar het huis van de eiser overhelt. Nadat Accursius eerst heeft vastgesteld dat het in deze tekst om de *actio negatoria* gaat, vervolgt hij:

'Indien tenminste de mede-eigenaar beweert de muur zo te hebben op grond van een erfdienstbaarheid. Hoe zou de *actio negatoria* anders van toepassing kunnen zijn?'¹⁷

De vraag in de laatste zin laat zich lezen als de volgende retorische vraag: 'tegen wie anders dan tegen degene die beweert op grond van een erfdienstbaarheid bevoegd te zijn een muur zo te hebben, zou de *actio negatoria* kunnen worden ingesteld?'. Een dergelijke lezing betekent echter dat Accursius hier de pretentie van een recht als voorwaarde stelt voor de passieve legitimatie tot de *actio negatoria*, hetgeen regelrecht in strijd is met de oppositie van Accursius in D. 8,5,2 *pr.* gl. 'Qui negat' en Inst. 4,6,2 gl. 'Altius tollendi' tegen het standpunt van Placentinus. Ondanks de twijfel die vooral gezaaid wordt door D. 8,5,14,1 gl. 'Ita habere', moet op grond van de positie die Accursius in de controverse met Placentinus innam, worden aangenomen dat Accursius de *actio negatoria* ook toeliet wanneer de gedaagde zich niet op het bestaan van een servituut beriep.

15 Zie p. 47 hierboven.

16 Zie in deze paragraaf noot 4 hierboven.

17 D. 8,5,14,1 gl. 'Ita habere': 'Si tamen socius contendat iure servitutis ita habere: alias qualiter haberet locum negatoria?'

Conclusie over het rechtskarakter van de actio negatoria en iets over de bewijslast

Geconcludeerd kan worden dat de *actio negatoria* zich bij Accursius nog niet heeft ontwikkeld van een *actio de servitute* tot een *actio de dominio* en dat – hiermee samenhangend – met de *actio negatoria*, net als in het ‘klassieke’¹⁸ Romeinse recht, alleen kon worden opgetreden tegen inbreuken op het eigendomsrecht die correspondeerden met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid. De constatering dat de *actio negatoria* een *actio de servitute* is gebleven, zou ook gevolgen moeten hebben voor de vraag naar de bewijslast bij de *actio negatoria*. Nu de grondslag van de *actio negatoria* niet gevormd werd door enkel het eigendomsrecht, maar door het eigendomsrecht dat volgens de eigenaar niet belast was met een servituut, ligt het voor de hand dat de eiser niet alleen zijn eigendomsrecht (en de inbreuk hierop) diende te bewijzen, maar ook de afwezigheid van het servituut. Deze gedachte zal ongetwijfeld niet vreemd zijn geweest aan Accursius. Hij ontkomt echter aan de consequentie hiervan door een *presumptio* aan te nemen. In D. 7,6,5 *pr.* gl. ‘Potiores’ stelt hij dat de eigenaar die de *actio negatoria* instelt, kan volstaan met het bewijzen van zijn eigendom, omdat een zaak geacht wordt vrij te zijn (‘...quia praesumitur res libera: nisi contra probetur...’).¹⁹

6.4 DE ACTIO NEGATORIA BIJ AZO

De *Summa Codicis* van Azo (leermeester van Accursius en gestorven rond 1230)²⁰ benadert de *actio negatoria* op dezelfde wijze die men later aantreft in de Accursische glosse. Azo behandelt de *actio negatoria* in zijn uiteenzetting over het recht van vruchtgebruik en het recht van gebruik en bewoning in C. 3,33. Het eerste van belang zijnde fragment luidt als volgt:

‘Aan hem echter die ontkent dat hij een recht van vruchtgebruik of een ander servituut verschuldigd is, staat de *actio negatoria* ter beschikking die net als de bovengenoemde <de *actio confessoria*> een zakelijke actie is en op grond van de

18 Met ‘klassiek’ duid ik hier de tegenstelling tot het gerecipieerde Romeinse recht aan. Het gaat hier dus om het Romeinse recht tot en met Justinianus. Dit in tegenstelling tot de gebruikelijke periodisering waarin met het klassieke Romeinse recht bedoeld wordt op de periode van het begin van de jaartelling tot halverwege de derde eeuw (zie bijvoorbeeld Kaser RP I, p. 2).

19 Zie over de bewijslast bij de *actio negatoria* ook D. 8,5,8,3 gl. ‘Possessoris’.

20 Zie Lange (1997), p. 258-259.

eigendom gegeven wordt aan de eigenaar van de grond die ontkent dat een servituut verschuldigd is.²¹

Wat betreft de constatering van Azo dat de *actio negatoria* '*ratione domini*' (op grond van de eigendom) werd gegeven, geldt hetzelfde als hierboven naar aanleiding van de Accursische glosse is opgemerkt.²² Met de eigendom als grondslag van de *actio negatoria* werd niet bedoeld op de eigendom op zichzelf, maar op de eigendom die niet belast was met een bepaald servituut.

Het hierboven aangehaalde citaat verschaft ook al enige duidelijkheid met betrekking tot de mening van Azo omtrent de passieve legitimatie tot de *actio negatoria*. Hij zegt dat de *actio negatoria* toekwam aan hem die ontkende dat een vruchtgebruik of een ander servituut verschuldigd was. Op grond hiervan mag worden aangenomen dat Azo ervan uitging dat de *actio negatoria* alléén kon worden ingesteld tegen degene die inbreuk maakte op het eigendomsrecht op een wijze die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een servituut. Dit sluit aan bij zijn beschrijving van de maatregelen die een rechter in het kader van een op de *actio negatoria* gegrond proces diende te treffen:

'Bij een proces op grond van de *actio negatoria* is het echter de taak van de rechter om ten behoeve van degene die het proces wint, aan de ander te bevelen dat deze hem niet op basis van een servituut op zo'n manier stoort dat het vrij gebruik van zijn grond wordt aangetast en dat hij met betrekking hiertoe een *cautio* aflegt.'²³

Wat betreft de passieve legitimatie tot de *actio negatoria*, verzet Azo zich op dezelfde gronden die de Accursische glosse later in Inst. 4,6,2 gl. '*Altius tollendi*' en D. 8,5,2 *pr.* gl. '*Qui negat*' aanvoert, tegen de beperkte opvatting van Placentinus:

'Zoals ik ook van mening ben dat het onjuist is wat Placentinus zegt, namelijk dat de *actio negatoria* alleen dán wordt gegeven wanneer er een servituut heeft bestaan, dat teniet is gegaan. Want ook als er nooit een servituut is geweest en er ook niet heeft kunnen zijn (zoals wanneer er sprake was van een openbaar terrein) wordt de *actio negatoria* gegeven, vergelijk *ff. si serv. vind. l. loci § competit* <D. 8,5,4,7> et *l. fistulas* <D. 8,5,13>.'²⁴

21 Azo (Summa), ad C. 3,33: 'Ei autem, qui negat se usumfructum debere, vel aliam servitutem, prodita est actio negatoria quae ipsa in rem est, ut superior, et datur ratione domini domino fundi quem negat servire debere.'

22 Zie p. 98-99 hierboven.

23 Azo (Summa), ad C. 3,33: 'In negatoria autem officium iudicis, ut pro eo, qui vinceret in ea, praecipiat iudex alteri ne ipsum ratione servitutis inquietet, quominus utatur libere praedio suo et de hoc ipso exponet cautionem.'

24 Azo (Summa), ad C. 3,33: 'Item illud falsum reputo, quod ait Placentinus tunc demum dari negatoriam, quando fuit servitus, sed est amissa: nam et si numquam fuit, nec potuit esse (ut quia erat locus publicus) datur negatoria ut *ff. si serv. vind. l. loci § competit* et *l. fistulas*.'

Blijkens de bovenstaande tekst was Azo van mening dat in het geval van D. 8,5,13 (Proculus) geen erfdienstbaarheid kon worden gevestigd.²⁵ Hieruit mag echter niet worden afgeleid dat Azo de *actio negatoria* van toepassing achtte bij iedere niet met deposedering gepaard gaande inbreuk op het eigendomsrecht. Een dergelijk ruim toepassingsgebied van de *actio negatoria* is namelijk niet in overeenstemming met de in deze paragraaf opgenomen citaten van Azo betreffende de grondslag van de *actio negatoria* en de uit de actie voortvloeiende remedies.

Tot slot een enkele opmerking over Azo's visie op de bewijslast bij de *actio negatoria*. Azo was van mening dat de eiser in de *actio negatoria* niet verplicht was om de afwezigheid van het gepretendeerde servituut te bewijzen. Zowel wanneer de gedaagde in het bezit was van het servituut, als wanneer dit niet het geval was, kon de eigenaar volstaan met het bewijs van de eigendom, waarna de gedaagde het bestaan van het servituut moest bewijzen.

'Want als ik in het bezit ben van een servituut en u tegen mij procedeert met de *actio negatoria*, dan word ik vrijgesproken als u de eigendom van de grond waarop volgens u geen servituut rust, niet hebt kunnen bewijzen, vergelijk *ff. si ususfr. pet. l. ult* (D. 7,6,5 *pr.*). Maar als u de eigendom kunt bewijzen, moet ik in het *negatoria*-proces tegen u het onderspit delven, tenzij ik bewijs dat u, of degene die door u is opgevolgd, te mijnen behoeve een servituut heeft gevestigd. Wanneer ik echter niet in het bezit van een servituut ben, zal ik alleen op grond van de *actio confessoria* kunnen winnen, als ik die instel. En ik verlies in een *negatoria*-proces, als mijn tegenstander die instelt, tenzij ik bewijs dat ten behoeve van mij een servituut bestaat.'²⁶

Over de achtergrond van de hierboven weergegeven regel dat de gedaagde tot de *actio negatoria* het bestaan van het servituut diende te bewijzen, laat Azo zich niet uit. Hij beroept zich niet (expliciet) op de presumptie dat een zaak vrij is, zoals later de Accursische glosse wel doet.

25 Zie voor de bespreking van D. 8,5,13 (Proculus), p. 46 en p. 100-102 hierboven.

26 Azo (Summa), ad C. 3,33: 'Si enim sim in possessione servitutis, et me negatoria convenias, nec possis probare dominium fundi, quem negas debere servire absolvere a te, ut ff si ususfr. pet. l. ult. Si vero te dominium probares, ergo succumbam te agente negatoria contra me, nisi probarem te, vel eum, cui successisti constituisse mihi servitutem. Ubi aut non sim in possessione servitutis, non vincam nisi confessoria, si ea utar. Et succumbam in negatoria, si ea conveniat, nisi probavero mihi servitutem deberi.'

6.5 DE SCHOOL VAN ORLÉANS: JACQUES DE RÉVIGNY EN PIERRE DE BELLEPERCHE

De school van Orléans sloeg als het ware een brug tussen de Italiaanse glossatoren en de Italiaanse postglossatoren. Men ging in Frankrijk wat vrijer om met de Digestenteksten, was meer op de praktijk gericht en besteedde meer aandacht aan systematisering en algemene theorievorming. Dit was een wijze van werken die door de Italiaanse postglossatoren zou worden overgenomen en bekend zou komen te staan als de *mos italicus*.²⁷ Hieronder wordt aandacht besteed aan de twee belangrijkste representanten van de school van Orléans: Jacques de Révigny (Jacobus de Ravanis, 1235-1296) en Pierre de Belleperche (Petrus de Bellapertica, 1250-1308). Er zal blijken dat de faam van de school van Orléans – als plaats waar lossers met de Digestenteksten werd omgegaan en meer ruimte was voor algemene theorievorming – op het gebied van de *actio negatoria* vooral door De Révigny wordt waargemaakt.

6.5.1 De *actio negatoria* bij De Révigny

De Révigny besteedt in zijn commentaar op Inst. 4,6 ‘*De actionibus*’ vrij uitvoering aandacht aan de *actio negatoria*.²⁸ Met betrekking tot de grondslag van de *actio negatoria* komt De Révigny tot een nauwkeuriger omschrijving dan Azo en Accursius. Zoals hierboven is opgemerkt, beperkten deze laatsten zich tot de opmerking dat de *actio negatoria* op grond van het eigendomsrecht (*ratione domini*) werd verleend. Uit de context kon echter worden opgemaakt dat zij hiermee doelden op het eigendomsrecht dat – naar de eiser beweerde – niet belast was met een bepaald servituut. De Révigny zoekt de grondslag van de *actio negatoria* in dezelfde richting en brengt die ook expliciet onder woorden. Bij de behandeling van de vraag ‘*unde nascitur*’ (‘waaruit de *actio negatoria* ontstaat’) haalt De Révigny eerst Roffredus aan, die stelt dat de *actio negatoria* ontstaat ‘uit het recht van de eigendom en van de vrijheid’ (*ex iure domini et libertatis*). Roffredus verduidelijkt dit als volgt: ‘Omdat een zaak van mij is en vrij, ontken ik dat aan u een servituut toekomt.’²⁹

De Révigny houdt vast aan dit uitgangspunt van Roffredus, maar wijst erop dat de eigendom en de vrijheid daarvan op zichzelf nog niet het recht doen ontstaan om de *actio negatoria* in te stellen. Vereist is ook nog dat er een in-

27 Zie Koschaker (1995), p. 74 en p. 87, Van den Bergh (2000), p. 39 en Zwalve (2003), p. 39 en meer in het algemeen over de school van Orléans: Feenstra (1974), p. 114-115 met verwijzingen.

28 Gebruik werd gemaakt van de tekst uitgegeven door L.J. van Soest-Zuurdeeg, *La lectura sur le titre De actionibus* (Inst. 4,6) de Jacques de Révigny, diss. Leiden, Leiden 1989.

29 Ad Inst. 4,6,2 *Contra quoque*, Van Soest-Zuurdeeg (1989), p. 138: ‘quia res mea est et libera, nego te habere servitum.’

breuk wordt gemaakt op die vrije eigendom. Hij komt dan tot de volgende vaststelling:

‘Zo moet het gezegd worden: van de kant van de eiser zijn de gronden van *actio negatoria* de eigendom van de zaak en de vrijheid, van de kant van de gedaagde is dit de stoornis, zoals bij de revindicatie van de kant van de eiser de eigendom de grond vormt en van de kant van de gedaagde het bezit of de mogelijkheid om de zaak af te geven.’³⁰

Niet de eigendom op zichzelf (zoals bij de revindicatie), maar de eigendom samen met de vrijheid van die eigendom vormde volgens De Révigny (aan de zijde van de eiser) de grondslag van de *actio negatoria*. Met de vrijheid van de eigendom doelde hij op de afwezigheid van een bepaald op die eigendom rustend servituut. Dit blijkt uit zijn antwoord op de vraag aan wie de *actio negatoria* toekwam. Dit antwoord luidde: aan de eigenaar die ontkende dat zijn zaak dienstbaar was (*domino neganti rem suam servire*).³¹ Het *negatoria*-proces bleef aldus een proces waarin de aan- of afwezigheid van een servituut centraal stond.

Het verrassende element in de bespiegelingen van De Révigny over de *actio negatoria* schuilt hierin dat hij, met betrekking tot de vraag tegen wie de *actio negatoria* kon worden ingesteld, niet de consequentie trok die logisch uit de door hem vermelde grondslag van de actie voortvloeide. Uitgaande van de vrijheid van de eigendom als de grondslag van de *actio negatoria*, zou het zo moeten zijn dat de actie alleen kon worden ingesteld tegen degene die een inbreuk op het eigendomsrecht maakte die correspondeerde met de feitelijk uitoefening van een servituut. De Révigny beantwoordde de vraag tegen wie de *actio negatoria* kon worden ingesteld echter als volgt:

‘De vraag wordt gesteld: tegen wie wordt de *actio negatoria* gegeven? Roffredus³² zegt: tegen hem die mij in mijn vrijheid stoort alsof er een servituut bestaat, zoals wanneer u over mijn terrein gaat, maar alleen als dit op grond van een servituut gebeurt; want zij wordt mij niet gegeven wanneer u dit doet met als doel om te jagen of een wandeling te maken. Voor deze mening haalt hij geen tekst aan. Sommigen zeggen dat de *actio negatoria* wordt gegeven tegen iedereen die het vrije genot stoort, op welke manier hij dit ook doet, ook als hij dit niet op grond van een servituut doet, zoals de *actio confessoria* wordt gegeven bij de verhinderende van de uitoefening van een servituut, op welke wijze dit ook gebeurt, *ff. si servitus ven.*

30 Ad Inst. 4,6,2 *Contra quoque*, Van Soest-Zuurdeeg (1989), p. 139: ‘Dicendum: ex parte actoris cause negatorie sunt dominium rei et libertas, ex parte rei impeditio, sicut in rei vindicatione ex parte actoris causa est dominium, ex parte rei est possessio seu facultas rei restituende.’

31 Zie ad Inst. 4,6,2 *Contra quoque*, Van Soest-Zuurdeeg (1989), p. 136.

32 In de editie van Van Soest-Zuurdeeg (1989) aangeduid als Ramfredus.

l. Si quis diuturno <D. 8,5,10,1>.³³ Zeker is er meer te zeggen voor de mening dat de *actio negatoria* wordt gegeven tegen iedere inbreukmaker op het vrije genot en op welke grond dan ook (ook als de inbreuk niet gebaseerd is op een servituut). En dit is ook de mening van beoefenaars van het kanonieke recht. En op deze wijze slaat de actie haar vleugels breed uit, omdat ik steeds wanneer u iets op mijn erf doet tegen mijn wil, met de *actio negatoria* zal kunnen procederen en wel als volgt: "ik zeg tegen de betreffende persoon dat hij dit tegen mijn wil op mijn erf doet (het kan zijn dat hij dit op grond van een servituut doet), dat ik ontken dat hij het recht ertoe heeft of dat ik dit hem heb toegestaan, en dat ik daarom de *actio negatoria* tegen hem instel".³⁴

De Révigny staat hier een spectaculaire uitbreiding van het toepassingsgebied van de *actio negatoria* voor door de actie te verlenen in alle gevallen waarin er iets tegen de wil van de eigenaar op zijn erf gebeurde, ook wanneer de inbreukmakende handelingen niet corresponderden met de feitelijke uitoefening van een servituut, zoals in het geval waarin iemand zich op andermans erf bevond om te jagen of te wandelen. De Révigny lijkt zich ervan bewust te zijn dat hij de regels van het 'klassieke' Romeinse recht oprekt, waar hij de beeldspraak gebruikt dat de *actio negatoria* haar vleugels breed uitslaat (*large extendit alas suas*). Hij slaagt er echter niet in om de uitbreiding van het toepassingsgebied van de *actio negatoria* een gedegen theoretisch fundament te geven. Hierboven is gebleken dat de grondslag van de *actio negatoria* bij De Révigny (van de zijde van de eiser) gelegen was in de eigendom en in de vrijheid daarvan, dat wil zeggen het niet met een servituut belast zijn. Hij baseert de *actio negatoria* niet, zoals hij wel bij de revindicatie doet, op de eigendom alléén. Hij volgt dus nog niet de redenering dat het eigendomsrecht het recht inhield om verschoond te blijven van iedere inbreuk daarop en dat dáárom met de *actio negatoria* tegen iedere inbreuk op het eigendomsrecht kon worden opgetre-

33 Hoewel *ff. si servitus ven. l. Si quis diuturno* verwijst naar D. 8,5,10 *pr.* (zie ook: Van Soest-Zuurdeeg (1989) op p. 137 noot 57) neem ik aan dat (mede) verwezen wordt naar D. 8,5,10,1. Hier vindt men namelijk de regel dat met de *actio confessoria* tegen iedereen kon worden opgetreden die de uitoefening van een erfdienstbaarheid verhinderde, aan welke regel in de tekst wordt gerefereerd.

34 Ad Inst. 4,6,2 *Contra quoque*, Van Soest-Zuurdeeg (1989), p. 137: 'Queritur: contra quem datur. Dicit Ramfredus contra eum qui quasi iure servitutis inquietat libertatem meam, ut si vadis per fundum meum iure servitutis, quia si causa venandi vel solaciandi non daretur michi negatoria. Pro ista sua sententia non inducit legem. Quidam dicunt contra omnem impediendum usum libertatis quocumque modo hoc faciat, et si hoc non faciat iure servitutis, sicut confessoria datur contra impediendum servitutem quacumque de causa, ff. si servitus ven. l. Si quis diuturno. Certe hec opinio probabilior est quod contra quemcumque impediendum usum libertatis et quacumque de causa [, et si non iure servitutis,] datur negatoria. Et in hoc consentiunt canoniste. Et sic ista actio large extendit alas suas, quia quandocumque facies in meo aliquid contra voluntatem meam, potero agere negatoria, et sic: "dico contra talem quod ipse facit hoc in meo contra voluntatem meam, [hoc esto quod hoc faciat iure servitutis], quod ego nego sibi habere vel licere, unde ago contra eum negatoria".'

den. Wel voert hij als argument voor zijn theorie een Digestentekst aan, namelijk D. 8,5,10,1 (Ulpianus). In deze tekst wordt gesteld dat de eigenaar van een heersend erf met de *actio confessoria* niet alleen tegen de bezitter van het dienende erf, maar tegen iedereen die de uitoefening van de erfdienstbaarheid verhindert, kan optreden. Het valt echter niet goed in te zien hoe deze regel ter ondersteuning kan dienen van het standpunt dat de *actio negatoria* kon worden ingesteld ter verhindering van iedere inbreuk op het eigendomsrecht, onafhankelijk van de vraag of deze met de feitelijke uitoefening van een servituut correspondeerde. Het gebrekkige fundament van De Révigny's theorie is er mogelijk de oorzaak van dat hij er niet in slaagt om de theorie consequent door te voeren. Op een andere plaats stelt De Révigny de *actio negatoria* namelijk toch weer voor als een actie tegen degene die zich een servituut aanmatigt. Dit gebeurt wanneer hij de *actio confessoria* en de *actio negatoria* met de revindicatie vergelijkt:

‘Maar de *actio negatoria* en de *actio confessoria* zijn geschapen naar het evenbeeld van de revindicatie: van de kant van de gedaagde wordt dus het *quasi* bezit van een servituut vereist.’³⁵

Vervolgens behandelt De Révigny de vraag hoe men zich het *quasi* bezit van een erfdienstbaarheid moet voorstellen, in het bijzonder wanneer de erfdienstbaarheid niet voortdurend is:

‘Gezegd moet worden: als ik over uw erf ben gegaan, dan kan met de *actio negatoria* tegen mij geprocedeerd worden als ik met betrekking hiertoe door de wil het *quasi* bezit van de erfdienstbaarheid behoud doordat ik zeg dat ik erover gegaan ben en zal terugkomen; dan is het waar dat met de *actio negatoria* tegen mij geprocedeerd kan worden omdat ik door de wil alleen het bezit van een lichamelijke zaak behoud, vergelijk *ff. de acquir. pos. l. Si id quod in fine* <D. 41,2,25,2> (...) Maar als ik ben gegaan en niet van plan ben terug te komen, dan kan niet met de *actio negatoria* tegen mij geprocedeerd worden.’³⁶

Of iemand die een niet-voortdurende erfdienstbaarheid uitoefent passief gelegitimeerd is tot de *actio negatoria*, hangt volgens De Révigny af van de vraag of hij *solo animo* (enkel door de wil) het bezit van een erfdienstbaarheid heeft behouden. De koppeling van de *actio negatoria* aan het *quasi* bezit van een erfdienstbaarheid is niet in overeenstemming met zijn eerdere opmerking

35 Ad Inst. 4,6,2 *Contra quoque*, Van Soest-Zuurdeeg (1989), p. 139: ‘sed iste actiones negatoria et confessoria competunt ad instar rei vendicationis; exigitur ergo ex parte rei quasi possessio servitutis.’

36 Ad Inst. 4,6,2 *Contra quoque*, Van Soest-Zuurdeeg (1989), p. 139-140: ‘Dicendum: si ivi per fundum tuum, teneor negatoria si retineo ibi animo quasi possessionem servitutis quia dico quod ivi et ibo; tunc est verum me teneri negatoria, quia solo animo tenetur possessio civilis rei corporalis, *ff. de acquir. pos. l. Si id quod in fine* (...) Set si ivi nec habeo animum de cetero eundi, non teneor negatoria.’

dat met de *actio negatoria* tegen iedere inbreuk op het vrije genot van een zaak kon worden opgetreden.

6.5.2 De *actio negatoria* bij De Belleperche

Het is interessant om te bezien of de theorie van De Révigny betreffende het (wijde) toepassingsbereik van de *actio negatoria* door zijn opvolgers in de school van Orléans nader is uitgewerkt en is voorzien van een degelijker theoretisch fundament. Uit het hieronder te bespreken commentaar van De Belleperche op Inst. 4,6 'De actionibus' zal blijken dat dit niet het geval is. Als grondslag van de *actio negatoria* bestempelt De Belleperche, evenals De Révigny, de vrijheid van de zaak (*libertas rei*) en de stoornis door de gedaagde.³⁷ Ook De Belleperche bedoelt met de 'vrijheid van de zaak' dat de zaak niet belast is met een servituut. Dit blijkt duidelijk uit het onderstaande citaat waarin hij benadrukt dat het gaat om de vraag of de zaak ten opzichte van de gedaagde vrij is:

'Als ik met betrekking tot u een vrije zaak heb en u gebruikt haar, dan komt aan mij de *actio negatoria* toe op grond van de vrijheid met betrekking tot de eiser ten opzichte van de gedaagde hoewel de zaak <mogelijk> aan een ander dient en aan een ander een servituut verschuldigd is; en wanneer geen servituut verschuldigd is aan de gedaagde wordt de zaak geacht vrij te zijn zodat de *actio negatoria* kan worden ingesteld.'³⁸

Wat betreft de vraag tegen wie de *actio negatoria* kon worden ingesteld, leest men bij De Belleperche:

'De actie kan worden ingesteld tegen degene die met betrekking tot een zaak een bepaald servituut uitoefent, hetzij een persoonlijk servituut zoals het vruchtgebruik, hetzij een landelijke of een stedelijke erfdienstbaarheid...'³⁹

Met betrekking tot het instellen van de *actio negatoria* in verband met de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid, gaat De Belleperche vervolgens dieper op de materie in. Hij onderscheidt daarbij twee vragen.⁴⁰ Ten eerste

37 Zie ad Inst. 4,6,2 *Econtra*, Bellapertica (Lectura), p. 443: 'negatoria causatur ex libertate rei actoris et ex impedimento rei...' ('de *actio negatoria* vindt zijn grondslag in de vrijheid van de zaak van de eiser en in de stoornis door de gedaagde...').

38 Ad Inst. 4,6,2 *Econtra*, Bellapertica (Lectura), p. 434: 'Si habeam rem liberam respectu tui et tu utaris, mihi competit negatoria et ex libertate respectu actoris et adversarii licet alii serviat et alii debeat servitutem et cum non debeat servitutem adversario libera reputatur ut negatoria possit competere.'

39 Ad Inst. 4,6,2 *Econtra*, Bellapertica (Lectura), p. 433-434: 'Competit contra eum qui utitur in re illa aliqua servitute vel personali ut usufruct. vel reali rustica vel urbana...'

40 Ad Inst. 4,6,2 *Econtra*, Bellapertica (Lectura), p. 436-438.

de vraag of de *actio negatoria* alleen kan worden ingesteld tegen de eigenaar van een naburig erf, of tegen iedereen die feitelijk een niet verschuldigde erfdienstbaarheid uitoefent (*quemcunque qui utitur servitute indebita*). Deze laatste mening wordt door De Belleperche toegeschreven aan de *Glossa ordinaria*. Hij geeft te kennen niet achter deze mening te staan, maar de motivering volgt pas nadat hij de tweede vraag heeft behandeld. Bij deze tweede vraag gaat het erom of met de *actio negatoria* alleen kan worden opgetreden tegen een stoornis van het eigendomsrecht die correspondeert met de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid, of tegen iedere stoornis. Het laatste standpunt, dat zoals hierboven bleek door De Révigny verdedigd werd, is volgens De Belleperche onjuist:

‘De stoornis kan óf in de vorm van een erfdienstbaarheid vallen óf niet. Neem het geval dat zij niet in de vorm van een erfdienstbaarheid kan vallen – ik wilde bijvoorbeeld vissen in een mij toebehorend meer en jij verhinderde mij dat – dan valt deze stoornis niet in de vorm van een erfdienstbaarheid. In dat geval kan de *actio negatoria* niet worden ingesteld maar is de *actio iniuriarum* op haar plaats: vergelijk *ff. de iniur. lege iniuriarum § penultimo & ultimo* <D. 47,10,13,7>.’⁴¹

De Belleperche maakt een onderscheid tussen stoornissen die wel en die niet corresponderen met de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid (*in formam servitutis cadere aut non*). Als voorbeeld van een stoornis die niet met de uitoefening van een erfdienstbaarheid correspondeert, noemt hij het geval waarin iemand verhinderd wordt om op zijn eigen erf te vissen. Inderdaad zal het vereiste van de *utilitas fundi* in de weg hebben gestaan aan de vestiging van een erfdienstbaarheid met de strekking dat de eigenaar van het dienende erf niet in zijn eigen meer mocht vissen. De *actio negatoria* miste daarom toepassing, maar de *actio iniuriarum* bood hier blijkens D. 47,10,13,7 (Ulpianus) uitkomst.⁴²

Nadat De Belleperche heeft verdedigd dat de *actio negatoria* alleen kon worden ingesteld wanneer de stoornis ‘*cadit in formam servitutis*’ (in de vorm van een erfdienstbaarheid valt), keert hij terug naar de behandeling van de eerste vraag. Nu heeft hij een argument om zijn mening te ondersteunen dat met de *actio negatoria* alleen tegen de eigenaar van een naburig erf kon worden opgetreden:

‘Ik zeg: omdat niemand behalve degene van wie het naastgelegen huis is <op grond van een erfdienstbaarheid> kan verhinderen dat ik mijn huis hoger optrek, valt

41 Ad Inst. 4,6,2 *Econtra*, Bellapertica (Lectura), p. 437: ‘Aut illud impedimentum non potest cadere in formam servitutis aut potest. si in formam servitutis non potest cadere, verbi gratia volebam in stagno meo piscari tu impedis me non cadit hoc impedimentum in formam servitutis. in casu isto non habet locum negatoria. sed habet locum actio iniuriarum: ut ff. de iniur. lege iniuriarum § penultimo et ultimo.’

42 Zie over de *actio iniuriarum* en haar verhouding tot de *actio negatoria* § 3.13.1 hierboven.

een door een ander opgelegde belemmering niet in de vorm van een erfdienstbaarheid; daarom kan zij <de *actio negatoria*> alleen tegen hem <de eigenaar van het naastgelegen huis> worden ingesteld, zo begrijp ik § *allega. haec autem actio* en *ff. com. praedio. lege prima* <D. 8,4,1,1>.⁴³

De Belleperche beroept zich er hier op dat een stoornis die is veroorzaakt door een ander dan de eigenaar van het naburige erf, niet met de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid kan corresponderen. Dat was volgens hem de reden waarom de *actio negatoria* alleen tegen de eigenaar van het naburige erf kon worden ingesteld. In dit verband verwijst hij nog naar D. 8,4,1,1 (Ulpianus), waar de regel valt te lezen dat niemand een erfdienstbaarheid kan verwerven als hij geen erf heeft.

Concluderend kan men vaststellen dat De Belleperche de band tussen de erfdienstbaarheid en de *actio negatoria* – die door De Révigny enigszins werd geslaakt – weer strak aantrok.

6.6 DE *ACTIO NEGATORIA* BIJ BARTOLUS

Bartolus de Sassoferrato (1314-1357) behoorde tot de zogeheten Italiaanse postglossatoren, die ook wel als commentatoren worden aangeduid. Kenmerkend voor deze juristen was dat zij zich bedienden van een liberale interpretatie van het *Corpus iuris civilis* en gericht waren op de praktische toepassing ervan.⁴⁴ Daarnaast hadden zij aandacht voor de vorming van algemene leerstukken en theorieën. De postglossatoren hebben echter niet veel bijgedragen aan de verdere ontwikkeling van de *actio negatoria*. Bartolus, tot wie ik mij beperk, besteedt weinig aandacht aan de *actio negatoria*. Hij behandelt de actie in nauwe samenhang met de *actio confessoria* en blijft ook overigens dicht bij Accursius. Directe uitspraken over de grondslag van de *actio negatoria* of over de vraag tegen wie de *actio negatoria* kon worden ingesteld, treft men bij Bartolus niet aan. Hij vermeldt de *actio negatoria* bij zijn commentaar op D. 8,5,2 (Ulpianus), in welke Digestentekst het gaat over de zakelijke acties die met betrekking tot erfdienstbaarheden worden verleend:

43 Ad Inst. 4,6,2 *Econtra*, Bellapertica (Lectura), p. 438: 'Dico quia nullus nisi qui habet domum propinquam potest impedire elevationem domus meae impedimentum ab alio apponitur (gelezen als: apponitum) non cadit in formam servitutis ideo contra eum solum competit sic intelligo § *allega. haec autem actio* et *ff. com. praedio. lege prima*.'

44 Zie Koschaker (1995), p. 87 en p. 90-91, Zwalve (2003), p. 36, Van den Bergh (2000), p. 40. De aandacht voor de praktijk betekende ook dat de postglossatoren rekening hielden met andere rechtsbronnen dan het *Corpus iuris civilis* zoals het kanonieke recht en de statuten van de Italiaanse steden: zij richtten zich erop om een synthese tot stand te brengen van het *Corpus iuris civilis* en deze laatstvermelde rechtsbronnen om zodoende het Romeinse recht ingang te doen vinden. Zie daarover Koschaker (1995), p. 88-89, Feenstra (1974), p. 116 en Schrage (1977), p. 66.

'...de acties die worden verleend met betrekking tot die onlichamelijke rechten <dat wil zeggen erfdienstbaarheden> heten *confessoria* en *negatoria*.'⁴⁵

De *actio negatoria* wordt hier, geheel conform het 'klassieke' Romeinse recht, gepresenteerd als actie ter ontkenning van het bestaan van een erfdienstbaarheid. Dit stemt overeen met Bartolus' commentaar op C. 3,34,3 onder 10:

'De glosse vraagt of wanneer met de *actio negatoria* wordt geprocedeerd, tegelijkertijd geëist kan worden dat het hem verboden wordt een servituut feitelijk uit te oefenen en dat hij wordt veroordeeld tot <vergoeding van> eisers belang bij hetgeen gebeurd is. De glosse zegt dat hij beide dingen kan eisen; en dat is juist.'⁴⁶

Bartolus beschrijft de *actio negatoria* in het bovenstaande fragment in navolging van de Glosse⁴⁷ als een actie waarmee de uitoefening van een (de gedaagde niet toekomend) servituut verboden kon worden. Uit deze formulering volgt dat de *actio negatoria* volgens hem alleen kon worden ingesteld in het geval waarin er sprake was van een inbreuk op het eigendomsrecht die correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een servituut.

Ook bij de behandeling van de bewijslast bij de *actio negatoria* in D. 8,5,8,3 onder 3 komt de nauwe band tussen *actio negatoria* en erfdienstbaarheid naar voren. Bartolus hing de leer aan dat de eiser in de *actio negatoria* kon volstaan met het bewijs van zijn eigendom⁴⁸ en motiveert dit als volgt:

'Hij die zegt dat hem een erfdienstbaarheid verschuldigd is moet dit altijd bewijzen. Want volgens het gemene recht kan iemand die ontkent zich altijd op de regel beroepen dat alle grond vrij is tot aan de hemel.'⁴⁹

45 Bartolus (Commentaria), ad D. 8,5,2 onder 1: '...iste actiones que competunt pro istis iuribus incorporalibus vocantur confessoria et negatoria.'

46 Bartolus (Commentaria), ad C. 3,34,3 onder 10: 'Querit glossa utrum quando intentatur negatoria possit simul et semel peti prohibeatur illi uti servitute et condemnatur ad interesse eius quod factum est. glossa dicit utrumque potest peti, et bene.'

47 Zie het bij noot 7 in § 6.3 hierboven geciteerde fragment uit D. 8,5,2 *pr.* gl. 'Qui negat'. Met betrekking tot de betekenis van de veroordeling tot het belang (*condemnatur ad interesse*) kan verwezen worden naar hetgeen hierboven in § 3.4 sub d over D. 8,5,4,2 (Ulpianus) is geschreven.

48 Overigens kon de eigenaar hier volgens Bartolus (Commentaria), ad D. 8,5,8,3 onder 4 volstaan met het bewijs van zijn bezit omdat de eigendom slechts *incidenter* in het geding was.

49 Bartolus (Commentaria), ad D. 8,5,8,3 onder 3: 'Semper enim ille qui dicit servitutem competere sibi debet hoc probare: est enim fundata intentio negantis de iure communi: omne solum est liberum usque ad coelum.'

6.7 DE *ACTIO NEGATORIA* BIJ DONELLUS

Hugo Donellus (H. Doneau 1527-1591) was een Franse humanist die van 1579 tot 1587 in Leiden doceerde. De humanisten verzetten zich tegen de wijze waarop de rechtswetenschap in de middeleeuwen werd beoefend. Hun kritiek richtte zich onder meer op de in de literatuur en het onderwijs gehanteerde systematiek. De middeleeuwers behandelden het recht in de *ordo legum*, dat wil zeggen in de volgorde waarin de teksten in de Digesten of de Codex voorkwamen.⁵⁰ De humanisten streefden een systematischere ordening van de stof per onderwerp na.⁵¹ Het belangrijkste werk dat aan dit nieuwe streven uiting heeft gegeven, zijn de *Commentarii de iure civili* van Donellus.⁵² Behalve het belang van Donellus in het algemeen en het feit dat hij zijn werk niet volgens de *ordo legum* inrichtte, zodat hij niet op grond van de teksten in de Digestentitels 7,6 en 8,5 gedwongen was om de *actio negatoria* in samenhang met het vruchtgebruik en de erfdienstbaarheden te behandelen, is er nog een reden om hier het werk van Donellus met betrekking tot de *actio negatoria* in ogenschouw te nemen. Deze reden wordt gevormd door het feit dat hierin de exclusiviteit van de eigendom – dat wil zeggen de bevoegdheid van de eigenaar om anderen van het gebruik van de zaak uit te sluiten – voor het eerst⁵³ expliciet deel uitmaakt van de omschrijving van hetgeen het eigendomsrecht inhoudt:

‘Het zal voor ons daarom niet twijfelachtig zijn dat er in de eigendom als het ware deze vijf onderdelen zijn waaruit dit recht bestaat, zodat degeen die eigenaar van de zaak is deze krachtens het recht van eigendom alle heeft. Ten eerste het recht om de zaak te houden en te bezitten. Ten tweede de vrijheid om haar ongeschonden

50 Zie Van den Bergh (2000), p. 62.

51 Zie Van den Bergh (2000), p. 61-63.

52 Zie Van Den Bergh (2000), p. 80.

53 Eerdere definities van het eigendomsrecht knoopten aan bij handelingen die de eigenaar op grond van zijn eigendomsrecht mocht verrichten (en niet bij het niet-mogen van anderen dan de eigenaar) of bij de procesrechtelijke mogelijkheid om te revindiceren. Tot de eerste categorie behoren Bartolus, F. Hotman en F. Vazquez de Menchacha. Bartolus (*Commentaria*), ad D. 41,2,17,1, nr. 4: ‘Quid ergo est dominium? Responde: est ius in re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur’ (‘Wat is dus eigendom? Het antwoord is: het is het recht om over een lichamelijke zaak volledig te beschikken voorzover het niet door de wet verboden wordt’); zie nader over de precieze betekenis van dit fragment: Feenstra (1976), p. 249-254. F. Hotman (1524-1590): ‘Dominium est ius ac potestas, re quapiam tum utendi, tum abutendi, quatenus iure civili permittitur’ (‘Eigendom is het recht en de bevoegdheid, enigerlei zaak zowel te gebruiken als te misbruiken, voorzover het recht dat toestaat’), *Commentarius de verbis iuris antiquitatum romanarum elementis amplificatus*, 1569 (geciteerd naar F. Piccinelli, *Studi e ricerche intorno alla definizione: dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*, Firenze 1886 (herdruk 1980), p. 86). F. Vazquez de Menchacha (1512-1569): ‘Secundum quae plane colligitur qualis sit vera domini definitio. Est enim naturalis facultas eius, quod facere libet, nisi quid vi aut iure prohibeatur. (...) Dominium enim in rebus habere quid obsecro aliud est, quam eam

te bewaren. Ten derde het recht om haar te gebruiken en er vruchten van te trekken. Ten vierde het recht om ieder ander van het gebruik uit te sluiten. Ten slotte het recht om haar te vervreemden of minder te maken.⁵⁴

Het gegeven dat de exclusiviteit van de eigendom (*'ius ab eius usu arcendi quoslibet'*) in het bovenstaande fragment als kenmerk van het eigendomsrecht wordt vermeld, is voor dit onderzoek van groot belang omdat de uiteindelijke ontwikkeling van de *actio negatoria* tot een *actio de dominio* – zoals hieronder nog nader zal worden uitwerkt⁵⁵ – nauw samenhang met de notie dat de eigendom een exclusief recht is. Exclusiviteit van de eigendom betekent dat ieder gebruik van de zaak door een ander dan de eigenaar in beginsel (behoudens het bestaan van een obligatoir of goederenrechtelijk gebruiksrecht of een bepaalde wetsbepaling) een inbreuk op het eigendomsrecht vormt. Dit betekent op zijn beurt dat tegen ieder gebruik tegen de wil van de eigenaar (en niet slechts tegen het gebruik dat correspondeert met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid) met een op het eigendomsrecht als zodanig toegesneden actie in rechte zou moeten kunnen worden opgetreden. Uit het Romeinsrechtelijke arsenaal van rechtsmiddelen waaruit Donellus moest putten, kwam de *actio negatoria* hiervoor het meest in aanmerking. De *actio negatoria* zou dan wel ten opzichte van haar 'klassieke' Romeinsrechtelijke verschijningsvorm flink moeten worden opgerekt. Zoals hieronder zal blijken, zette Donellus deze stap nog niet. De exclusiviteit was bij hem een

liberrimam ad libitumque facultatem habere circa illam rem?' ('Hieruit kan duidelijk worden afgeleid wat de juiste definitie van eigendom is. Het is namelijk de natuurlijke bevoegdheid, alles te doen wat men wil, tenzij overmacht of wet het verhinderen. (...) Want wat is eigendom met betrekking tot goederen anders, zo vraag ik u, dan het hebben van de allervrijste en onbepaalde bevoegdheid met betrekking tot dat goed?'), *Controversiarum illustrium, aliarumque usu frequentium libri tres*, 1564 (gecteerd naar Van den Bergh (1988), p. 74-75). Tot de tweede categorie behoort een andere eigendomsdefinitie van Bartolus, Bartolus (*Commentaria*), ad D. 41,2,1 *pr.*, nr. 6: 'quod est ius disponendi vel vindicandi' ('<eigendom> dat een recht is om te beschikken of te vindiceren'); en W. van Ockham (overleden 1349): eigendom is 'potestas...vindicandi et defendendi in humano iudicio' (de mogelijkheid om de zaak op te eisen en te verdedigen in een proces), geciteerd naar M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris 1968, p. 249. In deze zin ook later Hugo de Groot, *Inleidinge*, 2,3,1: 'Eigendom is het toebehooren van een zaak waer door iemand, schoon het bezit niet hebbende, 't zelve vermag rechtelick te bekomen.'

54 Donellus (*Commentarii*), vol. V, lib. IX, cap. IX, p. 295: 'Quare non dubitabimus quin dominii hae velut partes sint quinque, in quibus hoc ius consistat, ut qui dominus sit rei, idem dominii iure omnes habeat. Prima, ius tenendae et possidendae rei. Secunda, licere incolumen tueri. Tertia utendi fruendique ius. Quarta, ius ab eius usu arcendi quoslibet. Postrema, ius alienandi deminuendive.'

55 Zie § 8.2 hieronder.

aspect van het eigendomsrecht dat niet met een (algemene) petitoire actie geldend kon worden gemaakt.⁵⁶

Om aan te tonen dat de *actio negatoria* zich bij Donellus nog niet heeft ontwikkeld tot een actie waarmee tegen iedere niet met deposedering gepaard gaande inbreuk op het eigendomsrecht kon worden opgetreden, is het in de eerste plaats van belang om nogmaals vast te stellen dat Donellus zijn werk niet volgens de *ordo legum* inrichtte. Hierdoor was hij niet op grond van de teksten in de Digestentitels 7,6 en 8,5 gedwongen om de *actio negatoria* in samenhang met het vruchtgebruik en de erfdienstbaarheden te behandelen. Desalniettemin behandelt hij de *actio negatoria* aansluitend aan de behandeling van het vruchtgebruik⁵⁷ en de erfdienstbaarheden,⁵⁸ en niet bij de behandeling van de eigendom en de revindicatie. Hij houdt de nauwe band tussen de *actio negatoria* en de servituten dan ook in ere:

‘Dit is de *actio negatoria*; de andere actie met betrekking tot vruchtgebruik en erfdienstbaarheden, toekomend aan de eigenaar die ontkent dat hij een servituut verschuldigd is.’⁵⁹

Als de grondslag van de *actio negatoria* zag Donellus de ‘vrijheid’ (*libertas*) en het eigendomsrecht van de eiser (*ius rei suae*). De vraag naar de grondslag komt aan de orde bij de bespreking van D. 7,6,5 *pr.*, in welke tekst Ulpianus, na de opmerking dat ieder over zijn eigen recht en niet over andermans recht moet procederen (*‘de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet’*), vaststelt dat degene die de *actio negatoria* instelt, geacht wordt veeleer over zijn eigen recht dan over dat van een ander te procederen (*‘magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno’*). Donellus legt dit als volgt uit:

56 Dit staat er niet aan in de weg dat er voor bepaalde gevallen wel degelijk (rechts)middelen bestonden om aan de exclusiviteit van de eigendom inhoud te geven. In de meeste gevallen correspondeerde de inbreuk op het eigendomsrecht waarschijnlijk wel met de uitoefening van een bepaalde erfdienstbaarheid, zodat de *actio negatoria* openstond. Verder konden andere rechtsmiddelen uitkomst bieden, zoals het *interdictum uti possidetis*, het *interdictum quod vi aut clam* en de *actio iniuriarum* (zie over deze rechtsmiddelen § 3.13.5, § 3.13.6 respectievelijk § 3.13.1 hierboven). Tot slot stond het de eigenaar vrij om dreigende inbreuken op het eigendomsrecht eigenmachtig te verhinderen (zie met betrekking tot deze laatste mogelijkheid: Donellus (Commentarii), vol. V, lib. IX, cap. IX, p. 308).

57 Donellus (Commentarii), vol. VI, lib. X, cap. XV.

58 Donellus (Commentarii), vol. VI, lib. XI, cap. XVI.

59 Donellus (Commentarii), vol. VI, lib. X, cap. XV, p. 152: ‘Ea est actio negatoria; actio altera de usufructu et servitutibus, prodita domino neganti se servitutum debere.’

‘...en hierdoor procedeert hij over zijn eigen recht: aanspraak makend op en als argument aanvoerend de vrijheid en het recht op zijn zaak. En hij zegt dit: mijn zaak is vrij van een recht van vruchtgebruik en van een erfdienstbaarheid.’⁶⁰

Het lijkt gezien het bovenstaande citaat geen twijfel dat hij met de ‘vrijheid’ (*libertas*) doelde op de afwezigheid van een op een zaak rustend recht van vruchtgebruik of erfdienstbaarheid. Dit volgt ook uit het volgende fragment:

‘Deze actie <de *actio negatoria*> komt dus toe aan allen die ontkennen dat hun erf met een erfdienstbaarheid belast is en, wat hetzelfde is, beweren dat hun erf vrij is.’⁶¹

Met betrekking tot de vraag tegen wie de *actio negatoria* volgens Donellus met succes kon worden ingesteld, is het volgende fragment van belang:

‘De *actio negatoria* komt, als een zakelijke actie, toe tegen ieder die de vrijheid van een erf als het ware belast door te storen. Het gaat hierbij om iedereen die op ons terrein iets doet tegen onze wil, iedereen die iets naar ons terrein laat binnendringen of die iets in ons terrein heeft ingebouwd: hierdoor wordt de vrijheid van onze zaak gestoord en wordt de zaak belast alsof er een erfdienstbaarheid op rust...’⁶²

Uit de bovenstaande tekst – in het bijzonder het gedeelte waar de *actio negatoria* in verband wordt gebracht met ‘een belasting van de zaak alsof er een erfdienstbaarheid op rust’ (*re onerata velut servitus imponitur*) – volgt dat Donellus in verband met de passieve legitimatie tot de *actio negatoria*, de eis stelde dat de inbreuk op het eigendomsrecht correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een erfdienstbaarheid. Deze gedacht sluit goed aan bij zijn beschrijving van de vordering van de eiser:

60 Donellus (Commentarii), vol. VI, lib. X, cap. XV, p. 153: ‘...hoc ipso de iure suo agit, vindicans et afferans libertatem et ius rei suae. Et hoc dicit: res mea ab usumfructu et servitute libera est.’ Zie met betrekking tot de vrijheid als grondslag van de *actio negatoria* ook Donellus (Commentarii), vol. VI, lib. XI, cap. XVI, p. 406: ‘Negatoria actio et ipsa in rem actio est (...) re autem vera de re nostra, id est, libertate, quam hac actione nobis afferamus.’ (‘De *actio negatoria* is ook zelf een zakelijke actie (...) en de actie gaat inderdaad over onze zaak, dat wil zeggen over de vrijheid, die wij met deze actie voor onszelf aanvoeren.’).

61 Donellus (Commentarii), vol. VI, lib. XI, cap. XVI, p. 406: ‘Competit ergo haec actio omnibus, qui praedium suum servitutum debere negant, et quod idem est, qui praedium suum intendunt esse liberum.’

62 Donellus (Commentarii), vol. VI, lib. XI, cap. XVI, p. 406: ‘Competit negatoria, ut actio in rem, adversus omnem, qui libertatem praedii inquietando velut detinet. Is autem est, quisquis in nostrum nobis invitis aliquid facit, quisquis in nostrum quid immittit, aut immissum habet; quibus rebus libertas rei nostrae impeditur, et re onerata velut servitus imponitur...’

'In de eerste plaats vraagt de eiser dat verklaard wordt dat bijvoorbeeld zijn gebouw vrij is van een erfdienstbaarheid die erop wordt uitgeoefend.'⁶³

Op basis van de plaats waar Donellus de *actio negatoria* behandelt (bij het vruchtgebruik en de erfdienstbaarheden), de door hem gepresenteerde grondslag van de actie en de wijze waarop hij de vraag naar de passieve legitimatie beantwoordt, kan geconcludeerd worden dat de *actio negatoria* ook bij hem nog een *actio de servitute* is gebleven, waarmee alleen kon worden opgetreden tegen inbreuken op de eigendom die correspondeerden met de feitelijke uitoefening van een recht vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid.

6.8 TWEE JURISTEN UIT DE REPUBLIEK DER VERENIGDE NEDERLANDEN: VOET EN HUBER

Johannes Voet (1647-1713) en Ulrik Huber (1636-1694) stonden beiden in de traditie van de *Usus modernus Pandectarum*.⁶⁴ Kenmerkend voor deze uit Duitsland afkomstige wijze van beoefening van de rechtswetenschap was de onhistorische benadering van het *Corpus iuris civilis*. De beoefenaars van de *Usus modernus Pandectarum* zagen het *Corpus iuris civilis* als een samenstel van rechtsregels die in de praktijk moesten worden toegepast en waar de wetenschap een systeem in moest aanbrengen. Zij waren er niet op uit om het oude Romeinse recht, zoals het daadwerkelijk gegolden heeft, te reconstrueren. De teksten uit het *Corpus iuris civilis* vormden dan ook geen voorwerp van historisch onderzoek.⁶⁵

Een ander kenmerk van de *Usus modernus Pandectarum* was hierin gelegen dat zijn beoefenaars het recht beschreven zoals dat in een bepaald gebied gold. Dit betekende dat tegelijk met het gerecipieerde Romeinse recht ook het inheemse recht werd behandeld.⁶⁶ De twee hieronder te bespreken werken – *Commentarius ad Pandectas* van Voet en *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt, soo elders als in Frieslandt gebruikelyk* van Huber – geven een voorbeeld van deze werkwijze. Het werk van Voet heeft wereldwijd invloed uitgeoefend.⁶⁷ Ook

63 Donellus (Commentarii), vol. VI, lib. XI, cap. XVI, p. 407: 'Primum petit actor, ut declarentur aedes suae, exempli gratia, ab ea servitute, quae imponitur, liberae.'

64 De *Usus modernus Pandectarum* zoals die in de provincie Holland werd beoefend, staat bekend als het Rooms-Hollandse recht. Huber, afkomstig uit Friesland, wordt ook wel gerekend tot de humanistisch georiënteerde Hollandse elegante school (zie Van den Bergh (2000), p. 93). Zijn ideeën en werken vertonen echter duidelijk sporen van de *Usus modernus Pandectarum* (zie Van den Bergh (2000), p. 94-95 en 97).

65 Zie Van den Bergh (2000), p. 86.

66 Zie Feenstra (1974), p. 122.

67 Zie Feenstra/Waal (1975), p. 81 e.v. en Van den Bergh (2000), p. 87.

het in het Nederlands geschreven werk van Huber is van grote praktische betekenis geweest.⁶⁸

6.8.1 De *actio negatoria* bij Voet

Voet beschouwde de vrijheid van de eigendom als grondslag van de *actio negatoria*. Dit blijkt uit Voet 7,6,1. Voet licht op deze plaats D. 7,6,5 *pr.* toe, waar Ulpianus – na opgemerkt te hebben dat het niet geoorloofd is om over andermans recht te procederen – stelt dat degene die met de *actio negatoria* procedeert en ontkent dat zijn tegenstander het recht van vruchtgebruik toekomt, geacht wordt veeleer over zijn eigen recht dan over dat van een ander te procederen. Voet legt eerst uit dat er met betrekking tot de revindicatie, anders dan met betrekking tot de *actio confessoria*, geen corresponderende ontkenkende actie bestaat, omdat een dergelijke actie geen enkele zin zou hebben. Wanneer iemand erin zou slagen te bewijzen dat een bepaalde zaak niet de eigendom van een gedaagde is, zou dit nog niets zeggen over de vraag wie dan wel eigenaar van de zaak is. Dit is volgens Voet wat Ulpianus duidelijk wil maken wanneer deze laatste zegt dat ieder over zijn eigen recht moet procederen. Vervolgens legt Voet uit dat een en ander bij de ontkenning van het bestaan van een servituut anders ligt:

‘Maar met betrekking tot servituten daarentegen, brengt degene die ontkent dat zijn zaak aan een andere persoon of zaak dienstbaar is, hiermee de vrijheid van zijn eigen zaak in stelling. In zoverre sluit de ontkenning van een servituut de bewering in dat een zaak vrij is van de last en het recht van servituut dat door een ander wordt geclaimd. De *actio negatoria* kan hier dus van nut zijn; want men procedeert hiermee niet over een recht van een derde maar over zijn eigen recht, namelijk over de vrijheid van zijn eigen zaak en men maakt deze vrijheid geldend tegen degenen die proberen om zich zonder recht een servituut aan te matigen.’⁶⁹

Volgens Voet staat het ontkennen van het bestaan van een servituut gelijk aan het geldend maken van de vrijheid van de eigendom. Deze vrijheid van de eigendom (dat wil zeggen het niet belast zijn van de eigendom met een bepaald servituut) vormt de grondslag van de *actio negatoria*. Dit maakt dat degene die deze actie instelt niet over andermans, maar over zijn eigen recht procedeert. Een logisch gevolg van de aanname dat de vrijheid van de eigen-

⁶⁸ Zie Van den Bergh (2000), p. 97.

⁶⁹ Voet (1769), 7,6,1: ‘At ex adverso in servitutibus, quisquis rem suam alteri personae aut rei servire negat eo ipso libertatem suae rei assertum it; in quantum negationi servitutis inest affirmatio libertatis ab eo, quod per alium arrogabatur, servitutis onere atque iure: ac proinde utilis hic esse potest negatoria actio; quippe quâ non de iure tertii, sed suo, rei suae libertate, contendit, eandemque vindicat adversus eos, qui servitutum non iure nitebantur usurpare.’

dom de grondslag van de *actio negatoria* vormde, zou moeten zijn dat Voet met betrekking tot de vraag tegen wie de *actio negatoria* kon worden ingesteld, het standpunt innam dat de actie alleen met succes kon worden ingesteld in het geval van een inbreuk op het eigendomsrecht die correspondeerde met de uitoefening van een bepaald servituut. Dat hij inderdaad dit standpunt huldigde, blijkt in de eerste plaats uit het hierboven geciteerde fragment, waarin gesproken wordt over het geldend maken van de vrijheid van de zaak 'tegen degenen die proberen om zich zonder recht een servituut aan te matigen'. Voorts blijkt het duidelijk uit de twee hieronder geciteerde fragmenten die expliciet ingaan op de vraag naar de passieve legitimatie tot de *actio negatoria*.

'<De *actio negatoria* wordt ingesteld> tegen hem die zich zonder recht een vruchtgebruik aanmatigt of die, als ware hij vruchtgebruiker, de eigenaar stoort in de vrijheid van zijn eigendom en in het ongestoorde bezit.'⁷⁰

Bij de behandeling van de erfdiensbaarheden treft men het volgende fragment:

'De *actio negatoria*, die ook wel *actio contraria* wordt genoemd, komt toe aan de eigenaar die de vrijheid van zijn erf geldend maakt, tegen hem die zich een servituut wil aanmatigten.'⁷¹

Uit het bovenstaande volgt dat Voet de toepasbaarheid van de *actio negatoria* beperkte tot de gevallen waarin een inbreuk op het eigendomsrecht correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdiensbaarheid.

6.8.2 De *actio negatoria* bij Huber

Ook bij Huber heeft de ontwikkeling van de *actio negatoria* van een *actio de servitute* tot een *actio de dominio* zich nog niet voltrokken. Huber behandelt de *actio negatoria* in nauwe samenhang met het vruchtgebruik en de erfdiensbaarheden. Zoals uit de onderstaande citaten zal blijken, was de *actio negatoria* volgens hem in de eerste plaats gericht op het verkrijgen van een verklaring voor recht dat het goed van de eiser niet belast was met een recht van vruchtgebruik of een erfdiensbaarheid. Dit impliceert dat de actie alleen kon worden ingesteld wanneer de betreffende handeling of toestand waartegen werd opgetreden, correspondeerde met de feitelijke uitoefening van een recht van

70 Voet (1769), 7,6,3: 'Contra eum, qui usumfructum non iure usurpat, aut tanquam fructuarius dominum in liberâ rei suae et liberta possessione turbat.'

71 Voet (1769), 8,5,5: 'Negatoria actio, quae etiam contraria dicitur, domino accomodatur praedii sui libertatem afferenti; contra eum qui servitutem usurpare vult.'

vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid. Op de ontkenning van het bestaan van een recht van vruchtgebruik heeft het volgende fragment betrekking:

‘Als yemant in het dadelijk bezit van vrucht-gebruik op mijn goedt is, dat ik verstaet hem niet toe te behoren, soo is my geschapen tot weigeringe of versakinge *actio negatoria*, waer door ik eyschte, dat mijn goedt sal verklaert worden vry van vruchtgebruik, en diensvolgens de gedaegde gedoemt, om het goedt te relaxeeren ende te ruimen, sonder eenige vruchten, huiren ofte genot daer van te praetendeeren; ook aen mij te restitueeren alle vruchten ende profijten, bij hem nae bekomen kennisse van eyschers recht genoten ende ontfangen; voorts met alle kosten, schaden ende intresten enz.’⁷²

Het onderstaande fragment heeft betrekking op de ontkenning van een recht van erfdienstbaarheid:

‘Indien de bezitter meent, dat my de dienstbaerheyt niet toe en kooft, soo heeft hy aanspraak van ontkenninge⁷³ tegen yder bezitter van ‘t erf, waer uit de dienstbaerheyt gebruikt wordt, met eysch, dat sijn erf sal verklaert worden vry ende niet onderworpen soodanige dienstbaerheyt, ende diensvolgens de bezitter gedoemt, om af te houden van ‘t dadelijk gebruik des selfs, mitsgaders sijn erf, ook hem ende de sijne dien te nevens te laten onbemoeit, met schaden enz.’⁷⁴

Ter nadere ondersteuning van het standpunt dat de *actio negatoria* zich bij Huber nog niet heeft ontwikkeld tot een direct op het eigendomsrecht rustende actie waarmee dientengevolge tegen iedere inbreuk op het eigendomsrecht kon worden opgetreden, kan ook nog gewezen worden op hetgeen hij onder het kopje ‘Van actien, of aanspraken in rechte’ schrijft:

‘Het getal en onderscheydt der actien op het goedt, schikt zich naer verscheidenheit der soorten van beheerschingen, welke zijn vijf, gelijk voor desen geleert is: eerstelijck rechte eygendom, waar uyt voortkooft actie die men in ‘t latijn noemt rei vindicatio, in ‘t duits, aentastinge van goedt.’⁷⁵

Huber noemt hier als actie die uit de eigendom voortkomt alleen de revindicatie en niet de *actio negatoria*.

72 Huber (1742), 2,41,8.

73 Een noot hierbij vermeldt: *actio negatoria*.

74 Huber (1742), 2,44,16.

75 Huber (1742), 5,6,7.

6.9 DE *ACTIO NEGATORIA* IN HET ZUID-AFRIKAANSE RECHT

In aansluiting aan de behandeling van de *actio negatoria* in het werk van Voet en Huber is het nuttig om een blik te werpen op het Zuid-Afrikaanse recht. Dit omdat het Rooms-Hollandse recht nog steeds een belangrijk onderdeel vormt van het hedendaagse Zuid-Afrikaanse recht. Wat betreft het toepassingsgebied van de *actio negatoria* in het Zuid-Afrikaanse recht is in de eerste plaats het navolgende citaat van Van der Merwe van belang:

'In die Romeinse reg was die *actio negatoria* slegs daarop gerig om die uitoefening van ongemagtigde saaklike regte, en by uitnemendheid *servitute*, aan bande te lê. Met die resepsie van die Romeinse reg in die Nederlande het dit 'n middel geword waardeur die eienaar van onroerende goed teen enige feitlike versteuring van sy eiendomsreg kon optree, selfs indien dit nie ingevolge 'n beweerde uitoefening van 'n reg geskied het nie.⁷⁶

Van der Merwe stelt vast dat 'met die resepsie' de *actio negatoria* tot middel is geworden waarmee kan worden opgetreden teen iedere feitelijke verstoring van het eigendomsrecht op een onroerend goed. Hij verwijst in dit verband naar Voet 7,6,1, Voet 7,6,3, Voet 8,5,5 en Huber 2,44,16. Dit is hoogst opmerkelijk, omdat dit precies de teksten zijn op grond waarvan hierboven is vastgesteld dat de *actio negatoria* bij Voet en Huber een *actio de servitute* was gebleven en dat de actie zich bij deze juristen dus nog niet had ontwikkeld tot een actie waarmee tegen iedere feitelijke inbreuk op het eigendomsrecht kon worden opgetreden.

Een ander en naar mijn mening juister beeld treft men aan bij Sonnekus en Neels:

'Die *actio negatoria* kan gemeenregtelik aangewend word teen 'n derde wat wederregtelik vir homself die bevoegdheid toe-eien wat eintlik slegs die reghebbende van 'n diensbaarheid op die saak van 'n ander toekom. Dit beteken dat die eienaar daarmee nie alleen kan optree teen 'n derde wat nooit diensbaarheidsreghebbende was nie maar ook teen die *servituu*treghebbende wat sy bevoegdheid oorskry.⁷⁷

Het bovenstaande is in overeenstemming met hetgeen Schoeman schrijft:

'An owner of land may bring the *actio negatoria* (or *contraria*), which is an action in rem, against any person who seeks to exercise a *servitude* which he does not have, or who exceeds the bounds of his *servitude*.⁷⁸

76 Van der Merwe (1989), p. 360.

77 Sonnekus/Neels (1994), p. 475.

78 Silberberg/Schoeman (1983), p. 299-300.

Tot slot wijst ook de uitspraak van *judge* Wessels in 'Botha v Minister of Lands'⁷⁹ in de richting van een beperkt toepassingsgebied van de *actio negatoria*:

'The action was granted to an owner of land who seeks to deny or limit the servitude claimed by the defendant.'

Opgemerkt moet worden dat de hier aan de orde zijnde vraag naar het toepassingsgebied van de *actio negatoria* in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak een belangrijke rol speelt. Dit komt doordat de *actio negatoria* in onbruik is geraakt en vervangen is door 'n aansoek om 'n verklarende bevel vir die eienaar gepaardgaande met 'n verbiedende of gebiedende bevel teen die onregmatige inbreukmaker om sy inbreukmakende gedrag te staak.⁸⁰ Met betrekking tot dit 'verbiedende of gebiedende bevel' (het 'interdik') geldt dat dit in ieder geval een ruim toepassingsgebied kent. Het kan worden verleend 'wanneer 'n persoon se besit hom nie ontnem word nie (spolie), maar waar sy besit of sy blote houerskap van die saak slegs *versteur* of *bedreig* word'.⁸¹

6.10 CONCLUSIE

Het veld van beoefenaars van het gerecipieerde Romeinse recht overziend – van Azo tot Huber – kan worden vastgesteld dat de *actio negatoria* in het gerecipieerde Romeinse recht niet wezenlijk verschilde van de actie zoals die in het 'klassieke' Romeinse recht bestond. Het was en bleef een actie ter ontkenning van het bestaan van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid. De mogelijkheid om de actie in te stellen was echter niet beperkt tot die gevallen waarin daadwerkelijk een conflict bestond over het al dan niet bestaan van een van deze zakelijke rechten. Aldus kon de *actio negatoria* fungeren als een actie ter bescherming tegen bepaalde inbreuken op de eigendom. De grondvorm van de actie, als actie ter ontkenning van het bestaan van een recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid, bracht mee dat zij alleen kon worden ingezet tegen die inbreuken op het eigendomsrecht die

79 Botha v Minister of Lands 1965 (1) SA 728 (A).

80 Sonnekus/Neels (1994), p. 476. Zie ook Van der Merwe (1989), p. 360 en Moller v South African Railways and Harbours 1969 (3) SA 374 (N): 'The remedy under the *actio negatoria* to demand security against future disturbance has already been held to be obsolete and to have been replaced by that of the *interdict*.' Silberberg/Schoeman (1983), p. 300 lijkt aan de *actio negatoria* een zelfstandige betekenis toe te kennen in verband met de (veronderstelde) mogelijkheid om met deze actie – buiten de vereisten van de *actio legis Aquiliae* om – schadevergoeding te vorderen. Anders echter Van der Merwe (1989), p. 360: 'Skadevergoeding kan deur die eienaar geëis word slegs indien aan die vereistes vir 'n onregmatige daad voldoen is.'

81 Van der Merwe (1989), p. 148.

correspondeerden met de feitelijke uitoefening van een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid. Zoals hierboven⁸² uiteengezet, heeft alleen De Révigny een poging ondernomen om de *actio negatoria* uit haar Romeins-rechtelijke grondvorm los te maken door te verdedigen dat de *actio negatoria* tegen iedere niet met deposedering gepaard gaande inbreuk op de eigendom zou moeten worden toegelaten.

Een vraag die alle beoefenaars van het gerecipieerde Romeinse recht bezighield was die naar de grondslag van de *actio negatoria*. Het merkwaardige van de *actio negatoria* was dat er op het eerste gezicht niet een recht was aan te wijzen waarop de actie kon zijn gebaseerd, nu de rechtsbewering van de eiser slechts inhield dat een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid níet bestond. Het niet-bestaan van een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid leek dus de grondslag van de actie te vormen. De beoefenaars van het gerecipieerde Romeinse recht hebben deze negatieve grondslag getransformeerd tot een positieve grondslag door de vrijheid van de eigendom, dat wil zeggen het niet belast zijn van de eigendom met een recht van vruchtgebruik of een bepaalde erfdienstbaarheid, als grondslag aan te wijzen.

De vaststelling dat de *actio negatoria* zich in het tot dusverre behandelde gerecipieerde Romeinse recht nog niet heeft ontwikkeld tot een actie waarmee tegen iedere niet met deposedering gepaard gaande inbreuk op de eigendom kon worden opgetreden, is opmerkelijk. Veelal wordt immers aangenomen dat een dergelijke ontwikkeling zich in het gerecipieerde Romeinse recht wél heeft voltrokken. In de eerste plaats kan gewezen worden op Dernburg:

‘Nach römischem Rechte diente die actio negatoria nur der Abwehr angemäster Servituten (...) Nach gemeinem Rechte dagegen wurde die actio negatoria weiter ausgedehnt und zur Abwehr jeder angemästen Eigentumsbeschränkung bestimmt.’⁸³

Zeer stellig is ook Siber:

‘Nach gemeinem Recht wehrt die a. negatoria als (petitorische) Klage aus dem Eigentum jeden tatsächlichen Eingriff ab, der keine Besitzentziehung ist.’⁸⁴

Dezelfde gedachte treft men aan bij Van Oven:

‘Aldus de klassieke *actio negatoria*. In het Iustiniaansche recht vertoont zij nog vrijwel hetzelfde beeld, i.h.b. geldt ze ook daar nog alleen tegen aanmatiging van *iura in re aliena* door den nabuur, niet tegen louter feitelijke storingen. Dat werd in het gerecipieerde recht anders: de *actio negatoria* werd daar een middel waardoor

82 Zie § 6.5.1 hierboven.

83 Dernburg (1912), p. 463-464.

84 Siber (1928), p. 106.

de eigenaar van onroerend goed tegen elke daadwerkelijke storing van zijn recht kon opkomen, ook al geschiedde die niet onder pretentie van een recht.⁸⁵

In recentere literatuur treft men een ander en mijns inziens juist beeld aan. Hohloch schrijft, na de behandeling van de *actio negatoria* in het Justiniaanse recht, onder het kopje '*Mittelalter und gemeines Rechts bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts*':

'Bei dieser Auffassung und Darstellung der *actio negatoria* blieb es bis ins 19., z.T. auch bis ins 20. Jahrhundert. Erörtert wird die Klage nicht im systematischen Zusammenhang mit der oder im Anschluß an der *rei vindicatio*, sondern im Recht der Servituten, begrifflich gepaart immer mit der *actio confessoria*. Unverändert bleibt im Grunde genommen auch der Anwendungsbereich des Rechtsbehelfs. (...) Wie im justinianischen Recht muß der Eingriff sich (...) als Ausübung einer Servitut denken lassen.'⁸⁶

Dezelfde mening vindt men bij Picker:

'Entsprechend dem Vorbild der justinianischen Quellen wurde die *actio negatoria* bis in das 19. Jahrhundert dargestellt.'⁸⁷

Nu vaststaat dat een rechtstreeks op het eigendomsrecht gebaseerde (*petitoire*) actie waarmee tegen iedere niet met *depossession* gepaard gaande inbreuk op de eigendom kon worden opgetreden, niet binnen de tot dusver geschetste Romeinsrechtelijke traditie vanuit de 'klassieke' *actio negatoria* is ontstaan, is het zinvol om te bezien of er andere rechtsstelsels zijn geweest die mogelijk invloed hebben gehad op de ontwikkeling van de *actio negatoria* tot een *actio de dominio*. In het volgende hoofdstuk zal met het oog hierop aandacht worden besteed aan het zich in de zeventiende en achttiende eeuw ontwikkelende natuurrecht.

85 Van Oven (1945), p. 106. Zie in deze zin verder Feenstra (1994), § 164, p. 91: 'Zij kan alleen worden ingesteld tegen degenen die een servituut pretenderen, niet tegen degenen die feitelijke storingen veroorzaken in het genot van de zaak zonder pretentie van een servituut. De middeleeuwse Romanisten hebben dit laatste wel toegelaten.' en Klang (1950), commentaar op § 523 ABGB, p. 602: '... weil sie im römischen Rechte ursprünglich nur zur Abwehr der Servitutenanmaßung bestimmt war. Schon im gemeinem und preußischen Rechte richtete sie sich aber gegen jeden unberechtigten Eingriff in das Eigentum...'

86 Hohloch (1976), p. 25-26.

87 Picker (1972), p. 64. Zie in deze zin ook Kawasumi (2001), p. 45.