

Het ‘recht van overvaart te Bedum’ ofwel enige opmerkingen over het Rooms-Groningse recht

Inleiding

In het jaar 47 n. C. trok de Romeinse veldheer Corbulo met zijn legers naar Germania Inferior om tegen de Germanen ten strijde te trekken. Op hun tocht belandden de Romeinen in het sompige Noorden van wat later de Nederlanden zou gaan heten. Plinius de Oudere die als soldaat diende onder Corbulo verhaalde over wat hij onder andere in Groningen aantrof:

Een meelijwekkend volk leeft daar in hutten op tumuli, eigenhandig door hen opgeworpen hoogten, die zich amper boven het vloedpeil verheffen. Ze gelijken op zeevaarders, wanneer bij vloed de wateren alles rondom hen bedekken, op schipbreukelingen wanneer het water bij eb is teruggelopen.¹

Plinius moet gek hebben staan te kijken. Terwijl men in Groningen het hoofd boven water poogde de houden, worstelden in Rome juristen met de vraag of de eigendom van stenen die door een schipbreuk in de Tiber waren gezonken en na enige tijd weer waren opgetakeld, onverlet was gebleven gedurende de tijd dat ze op de bodem lagen.² Of over de vraag of bij verkrijgende verjaring van erfdiensbaarheden nu wel of geen titel moest worden getoond.

Het zou nog eeuwen duren voordat men zich in het Groningse de luxe kon permitteren om zich over dergelijke vragen het hoofd te breken. Door de kerk van Rome was inmiddels het land ontgonnen, door het recht van Rome het Groningse recht. In het midden van de vijftiende eeuw waren de Groningers begonnen met het optekenen van het Groningse recht.³ De optekening resulteerde in onder meer het Ommelander en het

¹ (..) *illic, misera gens, tumulos optinent altos aut tribunalia extracta manibus ad experimenta altissimi aestus, casis ita ipositis navigantibus similes, cum integant aquae circumdata, naufragis vero cum recesserint, (..) Plinius Maior, Naturalis Historia, Leipzig 1892, XVI, 1.*

² D. 41, 2, 13 pr. Ulpianus (*libro septuagesimo secundo ad edictum*) Pomponius refert, *cum lapides in Tiberium demersi essent naufragio et post tempus extracti, an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi. Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto (..)*. Toen er door een schipbreuk stenen in de Tiber waren gezonken en na enige tijd weer waren opgetakeld, stelde Pomponius zich de vraag of de eigendom onverlet was gebleven gedurende de tijd waarin zij op de bodem lagen. Ik meen dat ik de eigendom behoud, maar niet het bezit. De Digestenvertalingen zijn overgenomen van J.E. Spruit cs., *Corpus Iuris Civilis*, Tekst en Vertaling, II-VI, Zutphen-Den Haag, 1994-2001.

³ De twee belangrijkste rechtsbronnen voor de stad zijn het *Stadboek*, een verzameling stedelijke willekeuren van 1425, in 1886 in druk uitgegeven door A. Telting, en het *Oldermansboek*, of verzameling van stukken behorende tot het Gild-, Water- en Stapelrecht van de stad Groningen van

Oldambster landrecht.

De landrechten bleken echter vaak ontoereikend. Waar het landrecht zweeg paste de Groningse rechter het Romeinse recht subsidiair toe. Soms verwees ook het landrecht zelf al naar het Romeinse recht. Vooral op het terrein van het goederen- en het verbintenissenrecht putten de makers van het landrecht uit het *Corpus Iuris Civilis*.

Met name uit de vonnissen van de Groninger Hoofdmannenkamer blijkt dat in Groningen op ruime schaal Romeins recht werd toegepast. De Hoofdmannenkamer, sinds 1749 Hoge Justitiekamer van Stad en lande van Groningen genoemd, was de hoogste rechtbank in het gewest Groningen. Daarnaast bestonden er lokale gerechten in de afzonderlijke rechtsgebieden die samen het tegenwoordige grondgebied van de provincie Groningen uitmaakten.⁴ De Hoofdmannenkamer fungeerde onder meer als hoger beroepsrechter van de lokale rechters in de stad en op het platte land.⁵ Een goed voorbeeld waaruit blijkt dat enerzijds de makers van de landrechten rechtstreeks hebben geput uit het Romeinse recht en dat anderzijds de rechter in zijn vonnis ofwel de artikelen uit het Landrecht uitlegt en aanvult aan de hand van het Romeinse recht ofwel bij gebreke van landsrechtelijke artikelen zijn toevlucht neemt tot het Romeinse recht en dat subsidiair toepast, is een uitspraak van de Hoofdmannenkamer over de verkrijgende verkrijging van een erfdienstbaarheid. We gaan naar Bedum.

1434 tot 1770, uitgegeven door H.O. Feith in 1850. Het *Corpus der Groninger rechten* (1735) is een bundel van ordonnanties door het stadsbestuur uitgevaardigd. Voor Selwerd en Sappemeer was er het *Landt-recht des gericht van Selwerdt* van 1529, herzien in 1673 en 1725. Ik heb de druk uit 1625 gebruikt. Voor het Oldambt is het recht te vinden in het *Landrecht der beyden Old-ambten* van 1618. Ik heb van de druk uit 1722 gebruik gemaakt. Voor de heerlijkheid Wedde, Westervoldingeland, Bellingwolde en Blijham was er het *Landt-recht van Wedde ende Westervoldinge-lant* van 1566, een vervanging van dat van 1470. Ik heb de druk uit 1700 gebruikt. De Ommelanden hadden het *Landrecht van Hunsingo, Fyvelingo ende het Westerkwartier*, het Ommelander landrecht, vastgesteld in 1601. Ik heb gebruik gemaakt van de druk van 1618. P. Brood, *Het oude Groninger recht in hoofdlijnen*, Groningen 1999.

⁴ Het grondgebied van de huidige provincie Groningen was ten tijde van de Republiek verdeeld in een zes-tal rechtsgebieden of kwartieren: de stad Groningen, Westervolde (ten zuidoosten van de stad, de driehoek Nieuweschans, Vlagtwedde, Nieuwe Pekela), Selwerd en Sappemeer (direct ten zuidoosten van de stad), Oldambt (ten oosten van de stad, van Termunten tot Wildervank, Fivelingo (direct ten noordoosten van de stad, van Bierum tot en met Slochteren) Hunsingo (ten noorden van de stad, de driehoek Uithuizermeeden, Ulrum, Bedum) en het Westerkwartier (ten westen van de stad, de driehoek Grijpskerk, Marum, Ezinge). De laatstgenoemde drie, Fivelingo, Hunsingo en het Westerkwartier vormden de Ommelanden. P. Brood, noot 3.

⁵ De Blécourt heeft in het Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis een groot aantal samenvattingen gegeven van uitspraken die de Hoofdmannenkamer deed. De Blécourt, Sententiën van de hoofdmannenkamer van Stad en Lande, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, IV, 434-455, V, 218-242, 335-350, 445-563, VI, 98-189, 278-324, 380-427, XIV, 121-145, 267-318. De uitspraken van de Hoofdmannenkamer worden bewaard in de Groninger archieven. *De archieven van de hoge Justitiekamer en andere gewestelijke instellingen tot 1811*, toegangsnr 136. P. Brood/E.Schut, *Hoofdmannenkamer, sinds 1749 Hoge justitiekamer van Stad en Lande van Goningen*, Hilversum 2006.

Het recht van 'overvaart' te Bedum⁶

Casus

'Redger' Suirvelt en de familie Jans waren buren. Suirvelt liep en reed geregeld over het erf van buurman Hidde Jans. 's Zomers gebruikte Suirvelt de weg over het erf van Jans voor het vervoer van hooi. Jans had het erf in 1721 gekocht. Op een dag in het jaar 1739 gooide Jans een hoop mest op zijn erf, zodat Suirvelt er niet meer langs kon. Suirvelt was hierover zeer ontstemd en dagvaardde buurman Jans. Suirvelt stelde dat hij een erfdienstbaarheid inhoudende een recht van dreef en weg op het erf van Jans had. Op grond van deze erfdienstbaarheid zou hij gerechtigd zijn over het erf van Jans te lopen en te rijden en hooi en andere 'huisbehoeften' te vervoeren. Suirvelt stelde dat hij door Jans opeens gestoord was in het uitoefenen van dit zakelijke recht van dreef en weg. Jans ontkende dat Suirvelt een erfdienstbaarheid bezat. Suirvelt kon geen titel aantonen op grond waarvan de erfdienstbaarheid was ontstaan, maar legde verschillende getuigenverklaringen over waaruit zou moeten blijken dat hij en zijn 'voorzaten' het recht van 'overvaart' al sinds 1685 - dus 54 jaar - bezaten en 'met hooi over dit heem menden' zonder ooit in dat recht te zijn gestoord. Suirvelt beriep zich er op dat hij in ieder geval door verjaring de erfdienstbaarheid, of zoals hij letterlijk zei het servituut '*agendi et vehendi*', van dreef en weg, had verkregen. De rechtsvoorganger van Jans had in 1721 een erf aan Jans verkocht, waar een erfdienstbaarheid op rustte.

De Groningse landrechten: *Iter, actus, via* ofwel overpad, dreef en weg

In navolging van het Romeinse recht verdelen de Groningse landrechten de servituten, dat wil zeggen dienstbaarheden in personele dienstbaarheden en zakelijke dienstbaarheden.⁷ De personele dienstbaarheden waren het recht van 'lyftucht' of gebruik, het recht van vruchtgebruik en het recht van gebruik én bewoning. Tot de reële of zakelijke servituten behoorden de erfdienstbaarheden. Er bestonden twee soorten erfdienstbaarheden: de servituten '*praediorum urbanorum*' ofwel stedelijke erfdienstbaarheden en de servituten '*praediorum rusticorum*' ofwel landelijke erfdienstbaarheden.⁸ 'Het Land-recht der beyden Old-ambten' gebruikt deze Latijnse termen.⁹ De aard en inhoud van de stedelijke en landelijke erfdienstbaarheden in Groningen kwamen overeen met de aard en inhoud van deze erfdienstbaarheden in het Romeinse recht. Zo omvatten de stedelijke erfdienstbaarheden het recht om hoger te bouwen - in het Ommelander Landrecht 'timmeren' genoemd - en de lichtinval van de buren te belemmeren of het recht om hoger bouwen te beletten. Andere voorbeelden van stedelijke erfdienstbaarheden waren het recht

⁶ Archieven, noot 5, inv. nr 967. De Blécourt, noot 5, V, 450 v.

⁷ D. 8, 1, 1. Marcianus (*libro tertio regularum*) *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum ut urbanorum*. Vgl. *Land-recht van Hunsingo, Fyvelingo ende het Westerkwartier of het Ommelander Landrecht* (OLR), Groningen 1618, boek III artt. 88 e.v.; *Landrecht der beyden Old-ambten* (Old. LR), noot 3, boek III, Groningen 1722, artt. 3 e.v. Vgl. Laman, *Aanleiding tot de eerste beginselen der Groninger Rechtskennis*, Groningen 1777-1778, eerste deel, 249 e.v.

⁸ D.8, 1,1. Zie noot 7; OLR boek IV artt. 9 e.v. Old. LR boek III, artt. 11 e.v.

⁹ Boek III, art. 11 e.v. en art. 24 e.v.

om de dakdrop af te leiden naar het dak of het terrein van de buurman dan wel om dit te verhinderen, het recht om een balk in de muur van de buurman te verankeren en ten slotte de rechten van erker, overbouw en dergelijke.¹⁰

De landelijke erfdiensbaarheden worden door Ulpianus opgesomd in D. 8, 3, 1. Hij zegt het volgende:

De landelijke erfdiensbaarheden zijn de volgende: overpad (*iter*), dreef (*actus*), weg (*via*), waterleiding (*aquae ductus*). Het recht van overpad is het recht van iemand om te gaan en te wandelen, maar niet tevens om een lastdier te drijven. Het recht van dreef is het recht om met een lastdier of een voertuig te passeren. Wie dus een recht van overpad heeft, heeft geen recht van dreef, maar wie het recht van dreef heeft, mag ook te voet zonder lastdieren passeren. Het recht van weg is het recht om te gaan, vee te drijven, een voertuig te gebruiken of te wandelen, want het recht van weg omvat zowel het recht van overpad als dat van dreef. Het recht van waterleiding is het recht om water te leiden over andermans grond.¹¹

Artikel 31 van Boek IV van het Ommelander landrecht¹² vat het door Ulpianus verwoorde als volgt samen:

(..) Dat men over eens anderen grondt mach gaen (dit is *iter*, overpad), dat men daer over mach dryven met viervoete beesten ofte ryden (dit is *actus*, dreef) ofte dat men daer over mach varen met karren ende waghene (dit is *via*, weg). Item dat men sijn water mach laten lopen voorby ofte over sijn nabuys landt (dit is *aquae ductus*, waterleiding) (...).¹³

We zien dat Laman in zijn commentaar op de Groningse landrechten, het recht van overpad, dreef en weg uit artikel 31 op dezelfde wijze uitlegt als Ulpianus. Het recht van weg omvat ook in Groningen zowel het recht van overpad als dat van dreef.¹⁴

Zoals hierboven is gezegd, beriep Suirvelt zich op een servituut '*agendi et vehendi*', dat wil zeggen op het recht van dreef en weg. Hij zou derhalve vee mogen drijven en zich zowel met paard en wagen als met de benenwagen over het erf van buurman Jans mogen begeven. De erfdiensbaarheid zou hij door verjaring hebben verkregen.

¹⁰ Vgl. D. 8, 2, 2 Gaius (*libro septimo ad edictum provinciale*) *Urbanorum praediorum iura talia sunt: altius tollendi et officendi luminibus vicini aut non extollendi: item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini aut non avertendi: item immittendi tigna in parietem vicini et denique proiciendi protegendive cetereaque istis similia.* vgl. OLR boek IV artt. 11 e.v.; Old. LR boek III, artt. 11 e.v.

¹¹ D. 8, 3, 1 Ulpianus (*libro secundo institutionum*) *Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquae ductus, iter est ius eundi ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. Actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. Via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. Aquae ductus est ius aquam ducendi oer fundum alienum.* Vgl. OLR boek IV artt. 31 e.v.; Old. LR boek III, artt. 24 e.v.

¹² Vgl. Old. LR boek III, art. 24.

¹³ (FAJV)

¹⁴ P. Laman, noot 7, 260: (...) het regt van een weg, kragt welke men niet alleen over het land mag gaan, ryden en dryven, maar ook met de wagen varen.

Verkrijgende verjaring van erfdiensbaarheden¹⁵

De lex Scribonia¹⁶

Krachtens de Groningse landrechten konden erfdiensbaarheden door verjaring worden verkregen. De landsrechtelijke bepalingen over deze wijze van verkrijging van erfdiensbaarheden stammen uit het Romeinse recht. In het Romeinse recht kon degene die gedurende een bepaalde tijd een erfdiensbaarheid uitoefende het recht van erfdiensbaarheid door verjaring, *usucapio*, verkrijgen. De termijn was twee jaar. De mogelijkheid van *usucapio* leidde er echter toe dat de uitoefening van een erfdiensbaarheid snel en gemakkelijk tot een recht werd. Niet alleen de behulpzame buurman, maar ook degene wiens grond werd geusurpeerd werd al snel met een recht van erfdiensbaarheid op zijn erf geconfronteerd. Dit werd op een gegeven moment als dermate belastend en schadelijk beschouwd, dat de *lex Scribonia* (waarschijnlijk uit de laatste eeuw v. C.) werd uitgevaardigd. Deze wet maakte een einde aan de ontstaansmogelijkheid van erfdiensbaarheden door *usucapio*.¹⁷ De uitsluiting van verkrijgende verjaring van erfdiensbaarheden op haar beurt had echter ook een bedenkelijke zijde, want veelal was het in de loop van de tijd niet meer mogelijk het bestaan van een erfdiensbaarheid te bewijzen omdat de aankomsttitel in vergetelheid was geraakt. Het verbod van de mogelijkheid aan te tonen dat een dergelijke erfdiensbaarheid in ieder geval door verjaring was ontstaan ontnam de noodzakelijke bescherming aan deze in een ver verleden op juiste wijze gevestigde rechten. In de keizertijd zag men zich genoodzaakt een nieuwe wijze van verjaring in te voeren: de *longa possessio*.¹⁸ Een erfdiensbaarheid kon vanaf dat

¹⁵ M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, II, München 1975, 301 v.; J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden 1948, 148 v.; M. Kaser-F.B.J. Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle 1971, 139; J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen 2006, Z. 61; B.H.D. Hermesdorf, *Voortdurendheid bij erfdiensbaarheden*, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1930, 1-40; F.W. van Styrum, *Over de onderscheiding der erfdiensbaarheden en de daaraan verbonden rechtsgevolgen*, Haarlem 1880; W.S.J. van Waterschoot van der Gracht, *Over den aard en het wezen der erfdiensbaarheden*, Leiden 1868; J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Den Haag 1731, ad D. 8, 4, 3; B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt am M. 1900, 969 v.; H. Dernburg, *Pandekten*, I, Berlijn 1884, 603 v.; K.A. v. Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg-Leipzig 1863, 760 v.; F.K. v. Savigny, *Das Recht des Besitzes*, Aalen 1990; A. Randa, *Der Besitz nach Österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts*, Leipzig 1895.

¹⁶ Dernburg, noot 15, 603 e.v.; Windscheid, noot 15, 969 noot 1; Vangerow, noot 15, 763; Kaser-Wubbe, noot 15, 139; Van Oven, noot 15, 151.

¹⁷ D. 41, 3, 4, 28. Paulus (*libro quinquagesimo quarto ad edictum*): (..), *quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat*, (..) De lex Scribonia heeft namelijk alleen die verjaring opgeheven die een erfdiensbaarheid placht te vestigen, (..).

¹⁸ In C. 7, 33, 12, 4 bepaalde Justinianus dat verkrijgende verjaring van erfdiensbaarheden mogelijk was en paste dezelfde termijn toe die vereist was voor de verkrijgende verjaring van onroerend goed. De termijn van de verkrijgende verjaring, de *longi temporis praescriptio*, bedroeg in het geval partijen in dezelfde provincie woonden (*inter praesentes*) 10 jaar en anders (*inter absentes*) 20 jaar. Imp. Iustinianus: (..) *hoc etenim nobis magis eligendum videtur, ut non civitate concludatur domicilium, sed magis provincia, et si uterque domicilium in eadem habet provincia, causam inter praesentes esse videri et decennio agentem excludi. (..) Sin autem non in eadem provincia uterque domicilium habeat, sed alter in alia, alius in altera, tunc ut inter absentes causam disceptari et locum esse viginti annorum exceptioni. (..) Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporalis, quae in iure consistunt,*

moment door langdurig gebruik en door langdurig bezit ontstaan.¹⁹

‘Gestadig’ en ‘tussentijds gebruik’; termijnen

Suirvelt deed voor de verkrijgende verjaring van de erfdiensbaarheid een beroep op het Ommelander landrecht.²⁰ In artikel 54 van boek IV van het Ommelander Landrecht lezen we het volgende:

Private vryheyden ende Eyghendoemen, die an sich hebben een stedich ghebruyck sonder ophouden, ofte die daervoor gehalten werden, die machmen prescriberen, ghelijck onreppelijck goet in der ghestaldt als voorsch: ander Vryheyden ende Eyghendoemen, die men tusschen tyden ghebruycket, conen niet verjaren, sonder alleene door de tijt van dertich Jaren.²¹

Uit dit artikel blijkt dat er een onderscheid werd gemaakt tussen erfdiensbaarheden die een ‘stadig gebruik zonder ophouden’ hadden en erfdiensbaarheden die men ‘tussentijds’ gebruikte. Over dit onderscheid zegt Laman het volgende:²²

‘Een gestadig gebruik hebben. Dit is niet te verstaan van servituten, die ik maar om de tweede of derde dag kan of mag gebruiken, maar van andere, by voorbeelt, ik heb de servituten om over eens anders grond te vaaren of gaan, om alle drie of meer jaaren myn bosscagie te kappen, (...)’²³ *Die tusschen tyden gebruikt worden.* By voorbeelt, als jemant een regt heeft om alleen des somers uit syn nabuirs put of gragt het waater te halen ofte te tappen, of ook maar alleen alle maande eenmaal, soo verjaart dat regt niet als met 30 jaaren, maar soo jemant alleen by daag, egter alle daag, dog niet by nagt, dat regt mag gebruiken, geschied de verjaaring met de ordinaris tyd van 10 of 20 jaaren.’

veluti usus fructus et ceterae servitutes. Want wij vinden het passender de woonplaats niet alleen tot een stad te beperken, maar ook tot de provincie uit te breiden. En wanneer dus beide in dezelfde provincie wonen, dan moet de zaak als één in de buurt worden beschouwd en de eiser door de verjaring van tien jaren worden uitgesloten. (...) Hebben partijen niet in dezelfde provincie hun woonplaats, maar de ene partij in de ene en de andere partij in de andere provincie, dan moet de zaak tussen hen als één op afstand worden beschouwd en de twintig-jarige termijn plaatsvinden. (...) Op grond waarvan het voorgaande ook bij zulke rechten in acht moeten worden genomen, die niet met de grond samenhangen, maar onlichamelijk zijn, die alleen begripsmatig bestaan, zoals vruchtgebruik en alle overige dienstbaarheden. Vgl. ook C. 7, 31, 1. Verkrijgende verjaring van eigendom van roerend goed was *usucapio*; de termijn bedroeg 3 jaar.

¹⁹ D. 8, 5, 10 Ulpianus (*libro quinquagensimo tertio ad edictum*) *Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, (...)*

²⁰ Bedum lag in het rechtsgebied waar het Ommelander landrecht gelding had.

²¹ Vgl. Old. LR III, 11; *Ordonnantien op allerhande Conventien en Contracten*, Groningen 1703, Van praescriptie, art. 2. Praescr. art. 12; Over erfdiensbaarheden in het algemeen: Laman, noot 7, 254; over de verkrijgende verjaring van erfdiensbaarheden: idem, 149 ev. en 255.

²² Laman, noot 7, eerste deel, 149.

²³ Opmerkelijk en onbegrijpelijk is dat Laman hier toevoegt ‘maar worden dertig jaaren gerequireert, egter wordt in dit geval geen onderscheid gemaakt, of jemant praesent of absent is geweest.’ Laman, noot 7, 150. Artikel 54 OLR bepaalt echter dat een erfdiensbaarheid met een gestadig gebruik evenals onroerend goed verjaart na 10 of 20 jaar.

HET 'RECHT VAN OVERVAART TE BEDUM'

Uit artikel 54 volgt dat het onderscheid tussen gestadig- en tussentijds gebruik doelt op het verschil tussen erfdiensbaarheden die wat tijdstip betreft naar believen konden worden uitgeoefend en erfdiensbaarheden die aan een bepaald tijdstip waren gebonden.²⁴

Een erfdiensbaarheid waarvan men stadig gebruik maakt is, zoals uit het citaat van Laman blijkt, bijvoorbeeld het recht van overpad. Zo'n erfdiensbaarheid kon blijkens artikel 54 door verjaring verkregen worden 'ghelijck onreppelijck goet in der ghestalde als voorschr:', dat wil dus zeggen op dezelfde manier als waarop eigendom van onroerend goed door verjaring kon worden verkregen. Bij de verkrijgende verjaring van eigendom van onroerend goed maakt artikel 51 Boek IV van het Landrecht een onderscheid wat de termijn betreft: tegen een 'inlander' gold een verjaringstermijn van 10 jaar; tegen een 'uitlander' gold een termijn van 20 jaar.²⁵ 'Uitlanders' waren diegenen die buiten Stad en Ommelanden woonden.²⁶ Genoemd onderscheid is ontleend aan de Romeinsrechtelijke regels over de verkrijgende verjaring van eigendom van onroerend goed en erfdiensbaarheden: wanneer bezitter en rechthebbende in dezelfde provincie woonden

²⁴ Op het eerste gezicht lijkt dit onderscheid tussen gestadig gebruik en tussentijds gebruik overeen te komen met het onderscheid dat het Franse recht en het oud-BW maakten tussen resp. voortdurende en niet-voortdurende erfdiensbaarheden, maar dit is echter niet zo. Naar oud-BW zijn de voortdurende erfdiensbaarheden 'de zoodanige welker gebruik voortduurt of kan voortduren, zonder dat daartoe des menschen toedoen noodig zij; van dien aard zijn waterloopen, het gootregt, het uitzigt en andere dergelijke.' Het gebruik is niet afhankelijk van een menselijke handeling, maar hangt af van de natuur. Bv. het recht van drop of goot. Voor het gootrecht is weliswaar een menselijke handeling nodig - er moet immers een goot worden gemaakt -, maar toch is dit recht een voortdurende erfdiensbaarheid omdat als de goot er eenmaal is, een menselijke handeling daarna niet meer nodig is om het water er door heen te laten lopen; dat gaat van nature. 'Niet-voortdurende erfdiensbaarheden zijn dezulke welke tot derzelver uitoefening 's menschen toedoen noodig hebben, als daar zijn: het recht van overgang, van water te halen, beesten te weiden en andere soortgelijke.' Hermesdorf, noot 15, 33. Voor het uitoefenen van het recht van overpad is een menselijke handeling nodig en dat is naar oud-BW dus een 'niet-voortdurende' erfdiensbaarheid. Naar Gronings recht echter is het recht van overpad in beginsel een erfdiensbaarheid die 'gestadig', naar believen van de gerechtigde, wordt gebruikt, tenzij iemand bijvoorbeeld alleen op zondag over het erf van de buurman mag lopen. In laatstgenoemd geval is het recht van overpad aan een bepaald tijdstip gebonden en dus een erfdiensbaarheid die tussentijds wordt gebruikt. Het Romeinse recht kende weliswaar het onderscheid *continuae/discontinuae*, voortdurend/niet-voortdurend, wel, maar dit onderscheid duidde net als in het Groningse recht op iets anders dan in het oud-BW. *Servitutes continuae* waren die servituten die een voortdurende toestand tot inhoud hadden, zoals het recht van weg dat de gerechtigde op elk willekeurig tijdstip uitoefenen kon. Onder *servitutes discontinuae* vielen die erfdiensbaarheden, die op bepaalde tijdstippen of gelegenheden uitgeoefend mochten worden, bijvoorbeeld het recht om de oogst of de voorjaarsbewatering af te voeren. Dernburg, noot 15, 565. Hoewel het Romeinse recht, zoals gezegd, niet dezelfde betekenis gaf aan het onderscheid *continuae* en *discontinuae* als het oud-BW, is het Romeinse recht toch de aanleiding geweest tot het onderscheid zoals dat in het oud-BW is te vinden. Via de commentatoren van het Romeinse recht, in het bijzonder Caepolla, het oud-franse recht en de Franse rechtsliteratuur is het onderscheid in het oud-BW terechtgekomen. Hermesdorf, noot 15, 4 e.v.; B. Caepolla, *Tractatus de servitutibus tam urbanorum, quam rusticorum praediorum*, 1647.

²⁵ Art. 51: Dat besit van onreppelick goedt, (...), dat na recht verjaren kan, ende in voorschr. manieren beseten is, teghens eenen Inlandischen de tijdt van thien jaren, ende teghens eenen Uytlandischen die tijdt van twintich jaren, sal voort an een eewich besit gehouden worden (...).

²⁶ Ordonnantie, noot 21, art. 4; Laman, noot 7, eerste deel, 148.

(*inter praesentes*) gold een termijn van 10 jaar. Woonden genoemden niet in dezelfde provincie (*inter absentes*), dan gold een termijn van 20 jaar.²⁷

Een voorbeeld van een erfdiensbaerheid waar men af en toe gebruik van maakt is bijvoorbeeld het recht om op andermans erf alleen in de zomer water te putten of het recht om een maal per maand water te tappen. Een dergelijke erfdiensbaerheid verkreeg men op grond van artikel 54 Ommelander Landrecht door verkrijgende verjaring eerst na 30 jaar.²⁸ Het landrecht wijkt hier wat de termijn betreft af van het Romeinse recht, want krachtens Romeins recht gold bij alle erfdiensbaerheden de termijn van 10 of 20 jaar. Het Romeinse recht kende weliswaar erfdiensbaerheden waarbij het gebruik aan een bepaald tijdstip was gebonden²⁹, maar het maakte voor de termijn van de verjaring niet het onderscheid tussen gestadige en tussentijdse erfdiensbaerheden.³⁰ De termijn was voor beide soorten erfdiensbaerheden dezelfde.

Over de erfdiensbaerheden die aan een bepaald tijdstip waren verbonden kan voor het Romeinse recht nog het volgende worden gezegd. Erfdiensbaerheden konden 'naar *ius civile* niet gevestigd worden met een begin- en eindtermijn, noch onder opschortende voorwaarde noch tot het intreden van een bepaalde ontbindende voorwaarde (bijvoorbeeld 'zolang als ik wil')³¹, maar Papinianus zegt uitdrukkelijk dat in dagen en uren gepreciseerde onderbrekingen geen betrekking hebben op de kwestie van een termijn van vestiging, maar op de wijze van uitoefening van de rechtens gevestigde erfdiensbaerheid.³² Ook de nadere bepaling met welk type vervoermiddel de eigenaar van het heersende erf over het lijdende erf mag rijden, of de bepaling dat slechts een bepaald gewicht, een bepaalde kudde, of een bepaalde zaak, bijvoorbeeld houtskool over dat erf vervoerd mag worden³³ betreft de wijze van uitoefening.

De bepaling dat de eigenaar van het heersend erf bijvoorbeeld alleen 's zomers over het lijdend erf mag rijden ten slotte is ook niet in strijd met de eis van de *causa perpetua*, een blijvende oorzaak, die het Romeinse recht stelde aan de erfdiensbaerheid.³⁴ Genoemde eis hield in dat de erfdiensbaerheid niet door haar eigen uitoefening onmogelijk mocht

²⁷ Analoog aan de zogeheten *longi temporis praescriptio*. Zie hierboven noot 18. Windscheid, noot 15, 971; Dernburg, noot 15, 604; Kaser, noot 15, 139.

²⁸ Laman, noot 7, eerste deel, 150.

²⁹ Dernburg, noot 15, 568; Windscheid, noot 15, 945.

³⁰ De verjaring van de verschillende erfdiensbaerheden geschiedde niet *diverso iure*, omdat geen enkele wet dit bepaalt. Hermesdorf, noot 15, 5.

³¹ D. 8, 1, 4 Papinianus (*libro septimo quaestionum*) *Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratias: 'quamdiu volam') constitui possunt (...)*

³² D. 8, 1, 4, 2 Papinianus (*libro septimo quaestionum*) *Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent iure constituere servitutis.*

³³ D. 8, 4, 1 Papinianus (*libro septimo quaestionum*) *Modum adici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur (veluti et equo dumtaxat) vel ut certum pondus vehatur vel grex ille transducatur aut carbo portetur.*

³⁴ De Groningse landrechten reppen nergens over een *causa perpetua*.

HET 'RECHT VAN OVERVAART TE BEDUM'

worden.³⁵ Het recht om bijvoorbeeld bomen te kappen op het lijdende erf zou al snel onmogelijk worden evenals het recht om water te tappen uit en stilstaande bron.³⁶

Overige eisen der verkrijgende verjaring; nec vi, nec clam, nec precario

Voor verkrijgende verjaring *van eigendom* stelde artikel 47 van boek IV van het Ommelander Landrecht de volgende eisen. Behalve dat het moest gaan om een zaak die vatbaar was voor verjaring, moest er een titel zijn, moest de bezitter te goeder trouw zijn, moest de bezitter een bepaalde termijn ononderbroken hebben bezeten en moest hij niet in zijn bezit zijn gestoord:

Wolde yemant eenich goet beschermen met besit van jaren, die moet anmercken, ende voor sich hebben dese naevolghende dingen.

Ten eersten, dat het goet sy van sodaner ghestalt, dat men dat na den Rechten mach prescriberen.

Ten anderden, dat hy dat hebbe beseten, een vollenkomen ghenoechsaem tijdt van jaren, na vermogen des Rechtes.

Ten derden, dat hy dat deselve tijdt van jaren hebbe beseten, sonder indracht rustlick ende vredelick, oock sonder opholden, dat is, dat hy midler tijdt uyt dat besit niet sy geweest, ende dat hem dat besit niet sy inghebroken

Ten vierden, dat hy van datselve besit hebbe een rechtveerdich ankomst.

Ten vijften, dat hy dat besit van anbegin hebbe anhevangen met eenen goeden geloven niet anders wetende noch gelovende, dan deselve sy een Heer des goedes geweest, daer hy dat van heeft ontvangen.

We zien in genoemd artikel wederom letterlijk de eisen, die het Romeinse recht aan het slagen van de verkrijgende verjaring van eigendom stelde: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*.³⁷

Voor de verkrijgende verjaring *van beperkte rechten* zoals een erfdiensbaarheid golden in Groningen in navolging van het Romeinse recht echter mildere eisen.³⁸ Zo hoefde bij de verkrijgende verjaring van een erfdiensbaarheid geen titel te worden getoond.³⁹ Voor het Romeinse recht laat Ulpianus zich duidelijk uit in D. 8, 5, 10:

Indien iemand door langdurig gebruik en door langdurig *oneigenlijk bezit* een recht van waterleiding heeft gekregen, is het voor hem niet nodig de rechtstitel te bewijzen op grond waarvan zijn servituut van waterleiding gevestigd is, bijv. krachtens legaat of op andere wijze. (..)⁴⁰

³⁵ Lokin, noot 15, Z. 60; Dernburg, noot 15, 568; Windscheid, noot 15, 945.

³⁶ D. 8, 2, 28 Paulus (*libro quinto decimo ad Sabinum*) (..). *omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest.* (..) Het huidige recht stelt deze eis niet meer, i.t.t. het oud-BW. Asser-Beekhuis, *Zakenrecht, Eigendom en beperkt zakelijke genotsrechten*, Zwolle 1990, 203.

³⁷ Windscheid, noot 15, 805 v.; Dernburg, noot 15, 496 v.; Lokin, noot 15, Z 49.

³⁸ Zie noot 15.

³⁹ Laman, noot 7, 149.

⁴⁰ Ulpianus (*libro quinquagensimo tertio ad edictum*) *Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, (..).*Dernburg, noot 15, 606; Windscheid, noot 15, 971 noot 7; Vangerow, noot 15, 764 noot 2; J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Den Haag 1731, ad D. 8, 4, nr 4.

Dat er geen titel werd vereist ligt ook voor de hand, omdat erfdiensbaaerheden werden gevestigd door overeenkomst, niet door bezitsverschaffing. Javolenus merkt dan ook op dat ‘van een dergelijk recht geen vrije bezitsverschaffing mogelijk is. De uitoefening van een dergelijk recht dient als bezitsverschaffing te worden beschouwd.’⁴¹ Uitoefening van het recht vestigt derhalve bezit. Dat er geen titel was vereist is eveneens logisch, omdat goede trouw geen vereiste was bij de verkrijgende verkrijging van een erfdiensbaaerheid.⁴² Het was voor de verkrijgende verjaring van de erfdiensbaaerheid niet noodzakelijk dat de bezitter dacht een recht te hebben. Ook bezit te kwader trouw kon verjaren.⁴³

Het was voldoende dat iemand gedurende lange tijd het recht van erfdiensbaaerheid had uitgeoefend en dit niet met geweld, heimelijk of ter bede had gedaan.⁴⁴ Ulpianus zegt in D. 39,3,1,23 het volgende:

Ook bij erfdiensbaaerheden volgen wij immers ditzelfde principe, namelijk dat in die gevallen waarin er geen bewijs voor de vestiging van een erfdiensbaaerheid te vinden is, degene die de erfdiensbaaerheid gedurende lange tijd uitgeoefend heeft en die dit niet onder gebruikmaking van geweld, ter bede of heimelijk heeft gedaan, geacht wordt de erfdiensbaaerheid door langdurige gewoonte verkregen te hebben als ware deze op de rechtens voorgeschreven wijze gevestigd.⁴⁵

De uitoefening van de erfdiensbaaerheid moest dus openlijk, zonder geweld, niet op grond van een louter gedogen, oftewel ter bede, zijn geschied. Deze eis, uitoefening van de erfdiensbaaerheid *nec vi, nec clam, nec precario*, komt overeen met de eis die werd gesteld aan de bezitter die zich op interdicten- of bezitsbescherming beriep.⁴⁶ Ook laatstgenoemde moest het bezit niet met geweld, heimelijk of ter bede hebben verkregen.

⁴¹ D. 8, 1, 20 Javolenus (*libro quinto ex posterioribus Labeonis*) *Quotiens via aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.* Wanneer een recht van weg of een andere erfdiensbaaerheid op een perceel grond wordt gekocht, moet, zo meent Labeo, steeds een garantie worden gegeven dat door u niets zal worden gedaan waardoor de koper dat recht niet kan uitoefenen, aangezien van een dergelijk geen vrije bezitsverschaffing mogelijk is. Ik ben echter van mening dat de uitoefening van een dergelijk recht als bezitsverschaffing beschouwd dient te worden en dat is ook de reden waarom er interdicten analoog aan de bezitsinterdicten in het leven zijn geroepen.

⁴² Windscheid, noot 15, 971 noot 7; Randa, noot 15, 681.

⁴³ Dernburg, noot 15, 433.

⁴⁴ Windscheid, noot 15, 971

⁴⁵ Ulpianus (*libro quinquagesimo tertio ad edictum*) (...) *sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutum videatur, (...) Vgl D. 8, 5, 10 / D. 43, 19, 7 / D. 43, 19, 1, 6.*

⁴⁶ Bv. D. 43, 17, 1, 9 Ulpianus (*libro sexagesimo nono ad edictum*) *Quod ait praetor in interdicto: ‘nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis’, hoc eo pertinet, ut, si quis possidet vi aut clam aut precario, si quidem ab alio prosit ei possessio, (...) Hetgeen de praetor in het interdict zegt: ‘noch met geweld noch heimelijk noch ter bede ten opzichte van elkaar bezit’, heeft deze strekking dat als iemand met geweld, heimelijk of ter bede bezit en dit het geval is ten opzichte van een derde, hem zijn bezit tot voordeel strekt.*

Rechtsbezit of quasi-possessio

We hebben het nog niet gehad over het vereiste van het bezit. Degene die zich beriep op verkrijgende verjaring van een erfdienstbaarheid moest bezit van de erfdienstbaarheid hebben. De term die voor het bezit van een erfdienstbaarheid wordt gebezigd is 'rechtsbezit', dat moet worden onderscheiden van het bezit van een zaak.⁴⁷ Rechtsbezit wordt ook wel 'quasi-possessio' of 'servitutenbezit' genoemd. Wanneer is iemand bezitter van een erfdienstbaarheid, bijvoorbeeld van het recht van overpad? We staan bij deze vraag wat langer stil omdat het antwoord op de vraag voor het huidige recht ook van belang is. Het zij opgemerkt dat over dit soort vragen in de Groningse landrechten niets te vinden is, zodat het Romeinse recht uitkomst moest bieden. De zojuist gestelde vraag is, evenals de vraag wanneer iemand bezitter is van een zaak, moeilijk te beantwoorden. Als iemand over het erf van de buurman loopt is het moeilijk te onderkennen of hij dat doet als persoonlijk gerechtigde, als houder, of als zakelijk gerechtigde of omdat het door zijn buurman louter wordt gedoogd. Ook is het mogelijk dat hij onrechtmatig handelt.⁴⁸

Bezit van een recht wordt evenals het bezit van een zaak *corpore et animo* verkregen.⁴⁹ Wordt bezit van een zaak verkregen doordat men de zaak voor zichzelf gaat houden, bezit van een recht wordt verworven doordat men de inhoud van het recht voor zichzelf gaat uitoefenen. Het *corpus* is de naar buiten toe waarneembare daad. Bij een recht van overpad is dat het wandelen over het pad. Behalve de feitelijke gedraging is de *animus possidendi* vereist. Men moet de wil hebben het recht voor zichzelf uit te oefenen.⁵⁰

Pualus nu lijkt in D. 8, 6, 25 een extra vereiste te stellen aan rechtsbezit. Paulus:

Iemand wordt niet geacht een erfdienstbaarheid te hebben uitgeoefend, tenzij hij meende van een hem toekomend recht gebruik te maken. Als daarom iemand een weg heeft gebruikt in de mening dat het een openbare weg betrof of de erfdienstbaarheid van iemand anders, komt hem noch een interdict noch een analoge actie toe.⁵¹

Deze tekst van Paulus wordt vaak in één adem genoemd met een tekst van Celsus:

Als iemand noch met geweld noch heimelijk noch ter bede over uw perceel grond heeft gelopen, evenwel niet met de pretentie dat hij daartoe enig recht had maar met een zodanige instelling dat hij het niet zou doen als men het hem zou beletten, staat het recht van overpad en dreef hem niet ter beschikking; want om dit interdict tot zijn beschikking te hebben, dient hij het recht om daar te lopen

⁴⁷ Dernburg, noot 15, 432 e.v. Windscheid, noot 15,740. Vangerow, noot 15, 765 noot 3 en 382; Randa, noot 15, 717, 721. Ook de vruchtgebruiker heeft rechtsbezit, dat bestaat in het houden van de zaak.

⁴⁸ Pitlo-Reehuis, noot 82, 486.

⁴⁹ Dernburg, noot 15, 432, Randa, noot 15, 667.

⁵⁰ Vangerow, noot 15, 765 noot 3; Windscheid, noot 15, 970, Dernburg, noot 15, 604; Randa, noot 15, 667 v.

⁵¹ D. 8, 6, 25 Paulus (*libro quinto sententiarum*) *Servitute usus non videtur nisi is, qui suo iure uti se credit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.* Vgl. D. 43, 20, 1, 19.

bezeten te hebben.⁵²

Deze teksten gaan over de interdicten- of bezitsbescherming en wel over het *interdictum de itinere actuque privato*, het interdict van weg en dreef. Zoals een bezitsinterdict degene beschermde die de zaak voor zichzelf hield, ook al was hij geen eigenaar, zo beschermde dit interdict diegene die de erfdiensbaarheid van overpad en dreef uitoefende, ook al kwam genoemd recht hem naar *ius civile* niet toe.⁵³ Wilde men gebruik maken van dit interdict dan moest men bezitter van de erfdiensbaarheid zijn. Ulpianus:

Als iemand geen rechtens gevestigde erfdiensbaarheid heeft, maar wel het voorrecht van langdurig bezit, doordat hij lange tijd het servituut heeft uitgeoefend, dan kan hij gebruik maken van dit interdict.⁵⁴

Behalve dat de bezitter het recht voor zichzelf moet hebben uitgeoefend, zegt Paulus dat hij gemeend moet hebben rechthebbende te zijn. Celsus daarentegen zegt dat bezitter de pretentie moet hebben gerechtigd te zijn. Celsus zegt dus iets anders dan Paulus. Volgens Celsus hoeft de bezitter niet gemeend hebben gerechtigd te zijn, maar voldoende is dat hij het recht uitoefent alsof hij het recht heeft. Zo kan de dief de pretentie hebben gerechtigd te zijn, hoewel hij heel goed weet dat hij niet gerechtigd is. Celsus doelt dus op de feitelijke toestand, anders gezegd op het feit dat de bezitter die handelingen verricht die een rechthebbende zou verrichten. Over deze teksten van Paulus en Celsus is het nodige te doen.⁵⁵

Savigny⁵⁶ zegt over genoemde tekst van Paulus het volgende. De woorden *tenzij hij meende van een hem toekomend recht gebruik te maken*, duiden niet op de goede trouw, maar op de *animus possidendi*. Savigny is van mening dat voor de *animus possidendi* het recht moet zijn uitgeoefend, - het lopen over het erf - met dien verstande dat het 'als een recht' is uitgeoefend. Degene die vanwege een andere oorzaak over het erf van de buurman loopt, bijvoorbeeld omdat de weg die hij gewoon is te nemen, is overstroomd⁵⁷

⁵² D. 43, 19, 7 Celsus (*libro vicensimo quinto digestorum*) *Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo iure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedissee oportet.*

⁵³ Van Oven, noot 15, 149-150. Zie hierboven noot 41 Javolenus: Ik ben echter van mening dat de uitoefening van een dergelijk recht als bezitsverschaffing beschouwd dient te worden en dat is ook de reden waarom er interdicten analoog aan de bezitsinterdicten in het leven zijn geroepen.

⁵⁴ D. 43, 19, 5, 3 Ulpianus (*libro vicensimo ad edictum*) *Si quis servitutum iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis prearogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest.*

⁵⁵ Windscheid, noot 15, 742 noot 6 en 657 noot 5; Dernburg, noot 15, 604 noot 6 en 433; Vangerow, noot 15, 765 noot 3; Savigny, noot 15, 480 v.

⁵⁶ Savigny, noot 15, 480 v.

⁵⁷ D. 43, 19, 1, 6 Ulpianus (*libro septuagensimo ad edictum*) *Vivianus recte ait eum, qui propter incommoditatem rivi aut propterea, quia via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter fecerit, quamvis id frequenter fecit, non videri omnino usum, itaque inutile esse interdictum, non quasi precario usum, sed quasi nec usum. ergo secundum hoc neutro usus videtur: multo enim minus illo*

HET 'RECHT VAN OVERVAART TE BEDUM'

of omdat hij een praatje met de buurman wil maken, heeft, aldus Savigny, niet de *animus possidendi*, wat degene die er loopt er ook heimelijk van mag denken. Er is in dezen geen bezit.

Volgens Windscheid moeten de teksten van Paulus en Celsus niet zo worden gelezen dat de bezitter *de wil* moet hebben de feitelijke heerschappij als recht, als 'eine rechtlich begründete'⁵⁸, uit te oefenen. En wel omdat het bezit van een zaak ook niet een dergelijke wil vordert. Zo hoeft de dief om als bezitter te worden aangemerkt niet de wil te hebben als eigenaar te bezitten; 'er will ebensowenig Eigentümer(Eigentumsberechtigter) sein, als er glaubt, Eigentümer zu sein.'⁵⁹ De onnauwkeurige manier van uitdrukken in de twee geciteerde teksten verklaart zich volgens Windscheid daaruit, dat veelal de wil om de heerschappij voor zichzelf uit te oefenen met de wil een eigen recht uit te oefenen samenvalt.⁶⁰ Er wordt van de bezitter van een erfdienstbaarheid, aldus Dernburg, niets meer geëist dan dat hij, met de wil van een recht gebruik te maken, het recht uitoefent; dat hij het recht uitoefende 'mit dem Bewusstsein von der juristischen Natur dieses Rechtes ist irrelevant'.⁶¹ Dat de bezitter dacht een recht te hebben is dus niet relevant; rechtsbezit te kwader trouw is veeleer ook mogelijk.⁶² Het is voldoende dat men het gebruik van de zaak 'als Recht in Anspruch nahm'.⁶³ Het is niet vereist dat men het recht als servituut beschouwde; het doet er niet toe als men zich eigendom in plaats van een erfdienstbaarheid toedicht.⁶⁴

Ook Randa gaat uitgebreid in op de vraag welke eisen aan rechtsbezit worden gesteld.⁶⁵ Hij zegt onder meer het volgende:

usus est, per quem non ivit propter incommoditatem rivi aut propterea, quia via praerupta erat. idem erit dicendum et si non erat via publica, sed iter privatum: nam et hic eadem quaestio est. Vivianus zegt terecht dat iemand die zich wegens een obstakel van een beek of omdat een openbare weg geblokkeerd was, een weg gebaad heeft over de akker van de meest nabij zijnde buur, ook al heeft hij dat bij herhaling gedaan, in het geheel niet geacht wordt [van een pad] gebruik te hebben gemaakt en dat daarom het interdict geen toepassing kan vinden, niet omdat hij geacht kan worden [een pad] ter bede gebruikt te hebben maar omdat hij geacht wordt in het geheel geen pad te hebben gebruikt. Hij wordt derhalve, volgens deze zienswijze, geacht geen van beide [wegen, noch de oorspronkelijk ingslagen noch de ter vervanging gekozen] gebruikt te hebben; hij heeft immers nog veel minder van die weg gebruik gemaakt waarlangs hij niet gegaan is wegens het obstakel van de beek of omdat de weg geblokkeerd was. Hetzelfde zal gezegd moeten worden als het niet ging om een openbare weg maar om een privaat pad. Immers ook dan kan men dezelfde vraag stellen.

⁵⁸ Windscheid, noot 15, 742 noot 6.

⁵⁹ Windscheid, noot 15, 657 noot 5. De bronnen zeggen niets over de natuur van de voor het juridische bezit vereiste wil. Ze zeggen eenvoudigweg dat de wil (*animus*) op juridisch bezit (*possidere*) gericht moet zijn. Sommigen spreken over *animus domini* als vertaling van de Griekse bronnen die de term ψυχῆ δεσπόζοντος bezigen (Theophilus II § 4, III 29 § 2, Basilica 50.2.7 en Harmenopulos 2. 1 § 4). Degenen die niet willen dat de bezitswil wordt beschouwd als de wil eigendom uit te oefenen vertalen het Grieks met *animus dominantis* of *animus dominandi*.

⁶⁰ Windscheid, noot 15, 742 noot 6.

⁶¹ Dernburg, noot 15, 604 noot 6.

⁶² Dernburg, noot 15, 433.

⁶³ Dernburg, noot 15, 433.

⁶⁴ Dernburg, noot 15, 433.

⁶⁵ Randa, noot 15, 667 v.

Nicht erforderlich ist, daß der Ausübende den Inhalt des Rechtes *als sein Recht* ausüben wolle. So wenig als nämlich zum Sachbesitze der Eigenthumswille nothwendig ist, so wenig ist zum Rechtsbesitze der Wille nöthig, den Inhalt eines Rechtes als Recht auszuüben; es genügt der Wille, diesen Inhalt *wie ein Recht* zu üben, - also die auf das faktische Für-sich-haben gerichtete Absicht. Der Wille, den Inhalt eines Rechtes *als Recht* auszuüben, enthält mehr als zum Rechtsbesitze erforderlich ist, nämlich die auf das rechtliche Für-sich-haben gerichtete Absicht.⁶⁶

Volgens Randa moet de wil erop gericht zijn de inhoud van een recht ‘wie ein Recht’ uit te oefenen en niet zoals Savigny, Dernburg en Windscheid zeggen ‘als ein Recht’.⁶⁷ Het verschil tussen de wil de inhoud van een recht, bijvoorbeeld een erfdienstbaarheid, ‘als ein Recht’ uit te oefenen en de wil deze ‘wie ein Recht’ uit te oefenen is, dat in het eerste geval de bezitter moet hebben gemeend een recht te hebben. ‘Als ein recht’ laat zich het best vertalen met ‘in de mening rechthebbende te zijn’. In het tweede geval is de wil gericht op het feitelijk uitoefenen van de inhoud van het recht voor zichzelf. ‘Wie ein recht’ ziet op de uitoefening en betekent dan uitoefening door de bezitter ‘alsof hij dat recht had’ of ‘als ware het een recht’. Het zij wellicht ten overvloede opgemerkt dat Savigny, Dernburg en Windscheid waar zij zeggen dat de wil erop gericht moet zijn de erfdienstbaarheid ‘als ein Recht’ uit te oefenen, ook bedoelen dat de wil gericht moet zijn op het feitelijk uitoefenen van de inhoud van het recht voor zichzelf.

Het is volgens Randa overigens in overeenstemming met de natuur van het bezit dat de bedoeling van degene die handelt al bij de eerste uitoefening daarop gericht moet zijn dezelfde daad bij herhaling uit te oefenen. Hieruit volgt ook dat voor het verwerven van rechtsbezit uitoefening van het recht geëist wordt, niet dat bewezen wordt dat hij ‘im Rechte begründet ist’. De voor het rechtsbezit vereiste wil is niet aanwezig - Savigny merkte het ook al op - wanneer de inhoud van een recht wordt uitgeoefend uit noodzaak of als een openbaar recht of in de mening dat de eigenaar het gebruik als vriendendienst toegestaan heeft. Degene die over een private weg wandelt terwijl hij denkt dat het een openbare weg is, of een weg neemt omdat de openbare weg niet begaanbaar is of omdat de weg die hij neemt een mooier uitzicht biedt, oefent geen recht uit en verwerft daarom ook geen rechtsbezit.

We vatten het voorgaande samen. Om als bezitter van een erfdienstbaarheid inhoudende een recht van overpad te worden aangemerkt is het dus voldoende dat men aantoonst dat men *nec vi, nec clam, nec precario* over het erf heeft gelopen met de wil het recht feitelijk voor zichzelf uit te oefenen. Niet vereist is dat de bezitter meent dat hij rechthebbende is.

Een volgende vraag is wanneer het bezit van een erfdienstbaarheid geacht wordt te zijn aangevangen? Anders gezegd, wanneer verkrijgt men het bezit? Het bezit werd door uitoefening van de erfdienstbaarheid gevestigd.⁶⁸ Voor het beantwoorden van de vraag

⁶⁶ Randa, noot 15, 670. Cursivering FAJV.

⁶⁷ Vgl. Dernburg, noot 15, 604.

⁶⁸ Zie hierboven noten 41 en 53.

HET 'RECHT VAN OVERVAART TE BEDUM'

werden wederom de teksten over de interdicten- of bezitsbescherming analoog toegepast.⁶⁹ Voor erfdiensbaarheden die waterleiding, riool en waterput betroffen was eenmalige uitoefening van de erfdiensbaarheid al toereikend om een beroep te kunnen doen op bezitsbescherming en derhalve om het bezit te verkrijgen. Ulpianus:

Eveneens is de vraag gesteld of iemand, terwijl hij in de mening verkeert dat hij het recht heeft om om de dag water aan te voeren, dit slechts op één dag heeft gedaan, geacht mag worden het water rechtmatig en zonder benadeling van de bezitter [van dit dienend erf] te hebben aangevoerd, met als gevolg dat hij dan dit interdict heeft. De praetor zegt immers 'zoals u in dit jaar water hebt aangevoerd', en dat is dus om de andere dag. Het is echter van geen enkel belang of water om de vier dagen, om de dag of dagelijks verschuldigd is aan degene die dit interdict wil gebruiken. *Omdat het namelijk voldoende is om zelfs maar op één dag in dit [afgelopen]jaar water te hebben aangevoerd*, doet het er niet toe hoé degene die het recht van wateraanvoer heeft, [in feite] water heeft aangevoerd; zolang maar wordt aangenomen dat, als iemand, hoewel hij van zijn recht slechts om de vier dagen gebruik mocht maken, het interdict heeft gehanteerd alsof hij dat om de dag mocht doen, hem [door de regel dat één dag gebruik genoeg is] geen voordeel ten deel valt.⁷⁰

Wilde iemand daarentegen in het bezit van een recht van weg en dreef worden beschermd dan was het niet voldoende dat hij slechts éénmaal van het pad gebruik had gemaakt. Hij moest er ten minste dertig dagen in het jaar voorafgaand aan het aanvragen van het interdict, gebruik van hebben gemaakt.⁷¹ Ulpianus:

Bij dit interdict onderzoekt de praetor niet of de betrokkene een rechtmatig opgelegde erfdiensbaarheid had of niet, maar alleen of hij van het pad en de dreef in dit jaar noch met geweld noch heimelijk noch ter bede gebruik gemaakt heeft, en hij beschermt hem, ook al maakte hij op het tijdstip waarop het interdict verleend werd, er geen gebruik van. Of hij nu het recht op de weg had of niet, hij verkeert in de positie waarin hij voor bescherming door de praetor in aanmerking komt als hij er in dit jaar maar gebruik van gemaakt heeft, al was het slechts voor betrekkelijk geringe tijd, d.w.z. minstens 30 dagen. Het gebruik behoeft zich niet tot de dag van vandaag uit te strekken, aangezien wij meestal van paden of van een weg niet permanent gebruik maken tenzij wanneer dat noodzakelijk is.⁷²

⁶⁹ Randa, noot 15, 694 noot 5.

⁷⁰ [FAJV] D. 43, 20, 1, 2 Ulpianus (*libro septuagensimo ad edictum*) *Item quaesitum est, si quis, dum putat tertio quoque die habere se ius aquae ducendae, duxerit una die, an recte et sine captione possessoris recte duxisse videatur, ut hoc interdictum habeat: ait enim praetor: 'uti hoc anno aquam duxisti' id est alternis diebus. illud autem nihil interest, utrum quinto die aqua debeatur an alternis diebus an cottidie ei, qui hoc interdicto uti velit: nam cum sufficiat vel uno die hoc anno aquam duxisse, nihil refert, qualem aquae ductum habens duxerit: dum, si quis, cum quinto quoque die uteretur, quasi alternis diebus ducens interdixerit, nihil ei prodesse videtur.* Zie D. 43, 22, 1 over bronwater en D. 43, 23, 1 over riool.

⁷¹ Randa, noot 15, 694 noot 5; vgl. Windscheid, noot 15, 754.

⁷² D. 43, 19, 1, 2 Ulpianus (*libro septuagensimo ad edictum*) *Hoc interdicto praetor non inquirat, utrum habuit iure servitutem impositam an non, sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit, sive igitur habuit ius viae sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus. neque ad praesens tempus refertur usus, quia plerumque itineribus vel via non semper utimur, nisi cum usus exegerit ita.*

Tenslotte rest de vraag of degene die zich op verkrijgende verjaring van een zakelijk recht van overpad beriep elk jaar gedurende de verjaringstermijn dertig dagen over het pad moest hebben gelopen. De vraag kan ook anders worden gesteld. Raakte degene die het bezit van de erfdienstbaarheid had gekregen door dertig keer per jaar over het erf van zijn buurman te wandelen dit bezit kwijt indien hij een jaar niet of althans minder dan dertig keer over het erf wandelde? Rechtsbezit werd op dezelfde wijze verloren als waarop de bezitter het bezit van een zaak verloor. In geval van onvrijwillig bezitsverlies verloor de bezitter het bezit alleen *corpore*. Betrof het vrijwillig bezitsverlies, dan verloor de bezitter *corpore et animo*.⁷³ Vrijwillig bezitsverlies vereiste derhalve een uiterlijk waarneembare verandering in de feitelijke toestand die blijk gaf van de wil om niet langer voor zichzelf te houden.⁷⁴ Voor de bezitter van een erfdienstbaarheid, inhoudende een recht van overpad, betekende het voorgaande dat indien hij niet meer het vereiste aantal malen per jaar over het pad van zijn buurman wandelde, hij daarmee te kennen gaf dat hij niet meer de wil had de erfdienstbaarheid uit te oefenen, waardoor hij zijn bezit verloor. Dit bezitsverlies had tot gevolg dat de verjaring niet werd voortgezet.

Vervolg casus; dulden en nalaten

Jans ontkende dat Suirvelt een ‘rustlick ende vredelick’ bezit overeenkomstig artikel 47 van het Ommelander Landrecht had.⁷⁵ Jans erkende dat Suirvelt in de zomer weliswaar met hooi over het erf was gereden, maar dat gaf hem volgens Jans nog geen recht van ‘generale overvaart’. ’s Winters lag er altijd mest en ook had hij Suirvelt de toegang meerdere malen belet. Jans was derhalve de mening toegedaan, dat, gesteld dat er al een erfdienstbaarheid ten gunste van Suirvelt bestond dit er één was met een tussentijds gebruik, waarvoor een verjaringstermijn van dertig jaar gold; in tegenstelling tot erfdienstbaarheid met een gestadig gebruik, waarvoor bezit gedurende 10 of 20 jaar voldoende was.⁷⁶ Bovendien was de ‘overvaart’ *precario* geschied.⁷⁷

Suirvelt volhardde in zijn stelling dat hij een erfdienstbaarheid met een gestadig gebruik op het erf van Jans had. De mest lag volgens hem niet op de plaats waar het altijd lag - achter de schuur - en het recht om over het erf te gaan was niet beperkt tot het vervoer van hooi. Er was een ‘generaal *servitus agendi, vehendi*’; ook voor andere ‘huisbehoeften’ was hij over het erf gegaan. Dat hiervoor slechts voor éénmaal toestemming was gegeven, zoals Jans beweerde, berustte op een verklaring van maar één getuige. De ‘overvaart’ was niet *precario* geschied en hij was ook nooit door Jans in het bezit gestoord.

Hij en zijn voorouders hadden sinds 1685 de erfdienstbaarheid bezeten. Ook al gold

⁷³ Dernburg, noot 15, 432; Windscheid, noot 15, 743; Randa, noot 15, 765.

⁷⁴ Lokin, noot 15, Z. 35

⁷⁵ Vgl. art. 2 Ordonnantie noot 21.

⁷⁶ Zie hierboven art. 54 Boek IV OLR.

⁷⁷ Een ander verweer was dat volgens Jans geen sprake kon zijn van verkrijgende verjaring omdat deze niet liep tegen zijn kinderen die op zijn erf woonden. Dit verweer onderbouwde hij met artikel 49 Boek IV van het Ommelander Landrecht, dat in navolging van het Romeinse recht bepaalt dat goederen van ‘onmondigen’ niet konden verjaren. Het is overigens onduidelijk waarom hij zich op deze bepaling beriep omdat de verjaring liep tegen Hidde Jans, de eigenaar van het lijdend erf en niet tegen zijn minderjarige kinderen. D. 27, 5, 2; D. 44, 4, 4, 24. Windscheid, noot 15, 827.

HET 'RECHT VAN OVERVAART TE BEDUM'

de termijn van dertig jaar dan zou de erfdiensbaarheid al in 1715 door verjaring zijn ontstaan. Jans had het erf in 1721 gekocht en had van zijn rechtsvoorganger derhalve een erf met een daarop rustende erfdiensbaarheid geleverd gekregen.

Tenslotte bracht Jans nog het volgende naar voren. Gesteld dat Suirvelt een erfdiensbaarheid had, dan kon hij door Suirvelt niet gedwongen worden de mest op te ruimen. Hij haalde hiertoe een Digestentekst van Pomponius aan die handelt over de aard van de erfdiensbaarheid. We zien hier wederom een mooi voorbeeld van de subsidiaire werking van het Romeinse recht. Bij gebreke van een bepaling in het Ommelander Landrecht over de aard en inhoud van de erfdiensbaarheid wordt toevlucht gezocht in de Digesten. Pomponius zegt dat de aard en inhoud der erfdiensbaarheden niet zodanig is, dat iemand iets moet doen, bijvoorbeeld een groenvoorziening aanleggen, of bijvoorbeeld erop gericht is dat hij op eigen terrein schilderwerken uitvoert, maar wel dat hij iets moet dulden of nalaten.⁷⁸ Een erfdiensbaarheid mocht naar Romeins recht slechts een dulden of nalaten inhouden. Jans beriep zich op genoemde uitlatingen van Pomponius omdat het opruimen van de mest een verplichting tot een doen zou inhouden en dus nooit de hoofdverplichting van erfdiensbaarheid kon zijn.

De uitspraak over de verjaring

Suirvelt krijgt gelijk.⁷⁹ Helaas weten we niet wat de overweging van de rechter is geweest, omdat het vonnis niet is gemotiveerd. Waarschijnlijk is het een bewijskwestie geworden, waarbij Suirvelt heeft kunnen aantonen dat hij het recht van dreef en weg gedurende de voorgeschreven termijn ononderbroken, ongestoord, zonder tegenspraak van de eigenaar Jans en niet met geweld, heimelijk of ter bede had bezeten.

We mogen aannemen dat hij bezit van de erfdiensbaarheid had verkregen. Hij had de bij de erfdiensbaarheid van overpad behorende handelingen - *corpus*: lopen en rijden over het erf - uitgeoefend. Tevens had hij de - *animus* - de wil het recht van overpad voor zichzelf uit te oefenen. De feiten vermelden niet of hij en zijn voorgangers gedurende de verjaringstermijn ten minste dertig maal per jaar over het erf van Jans gingen, maar we mogen uit de getuigenverklaringen aannemen dat zij zich in ieder geval geregeld over het erf van Jans begaven en waarschijnlijk wel dertig maal per jaar. Niet alleen gedurende de hooitijd, die meestal zo'n vier weken in beslag neemt, maar ook in de winter begaven ze zich over het erf. Voorts hadden hij en zijn voorouders dit bezit vanaf 1685 noch met geweld, noch heimelijk, noch ter bede uitgeoefend.

Wat betreft de mest die Jans volgens Suirvelt moest opruimen oordeelde de rechter met toepassing van het Romeinse recht, dat de eigenaar van het lijdende erf, weliswaar niet tot een doen kon worden verplicht, maar dat hij er wel voor moest zorgen dat de

⁷⁸ D. 8, 1, 15, 1 Pomponius (*libro trigensimo tertio ad Sabinum*) *Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestat, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatut aut non faciat.*

⁷⁹ De Hoofdmannenkamer verwees de zaak naar 'de heeren van 't kwartier'. In 1740 krijgt hij gelijk; ook in revies in 1742. De Blecourt, noot 5, V, 451

eigenaar van het heersende erf over het erf kon lopen.⁸⁰ Het gaat hier ook niet zozeer om een verplichting om te doen, als wel om een obstakel voor de erfdiensbaarheid weg te nemen. De rechter verplichtte Jans dan ook de mest op te ruimen.

Naar huidig recht geldt nog altijd de regel dat een erfdiensbaarheid slechts een dulden of nalaten tot inhoud mag hebben.⁸¹ De staat regel in artikel 5:71 lid BW.

Rest de vraag hoe het zit met de verkrijgende verjaring van erfdiensbaarheden naar huidig recht.

Verjaring naar huidig recht⁸²

Inleiding

Hoe zou de casus in Bedum naar huidig recht zijn beslist? Artikel 5:72 BW bepaalt dat erfdiensbaarheden kunnen ontstaan door verjaring. Het betreft alle erfdiensbaarheden⁸³, in tegenstelling tot het oud-BW⁸⁴ waaronder in navolging van de Franse Code Civil alleen

⁸⁰ D. 8, 5, 4, 5 Ulpianus (*libro septimo decimo ad edictum*) (...) *nam et si arborum inpendentem habeat vicinus, qua viam vel iter invium vel inhabile facit, Marcellus quoque apud Iulianum notat iter petendum vel viam vindicandam.* (...). Want ook als de buurman een overhangende tak en daardoor de weg of het pad moeilijk toegankelijk of onbruikbaar maakt, moet, naar ook Marcellus bij Julianus aantekent, het recht van overpad worden opgeëist of het recht van weg worden gerevindiceerd.

⁸¹ Zie voor het oud-BW het arrest Blaauboer-Berlips. HR 3 maart 1905, W. 1905, 8191.

⁸² A. Pitlo-W.H.M. Reehuis-A.H.T. Heisterkamp c.s., *Het Nederlands burgerlijk recht*, 3, Goederenrecht, Deventer 2006, 291 v., 486 v.; C. Asser-F.H.J. Mijnsen c.s., *Mr C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen goederenrecht*, Deventer 2001, 420 v.; C. Asser-C.C. van Dam c.s., *Goederenrecht, Zakelijke rechten*, Deventer 2002, 211 v.; H.F.C. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen, naar Boek 3 NBW*, Deventer 1986; *Tekst en Commentaar NBW*, o.r.v. J.H. Nieuwenhuis, Deventer 2001; M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring*, Deventer 1993; W.J.M. Davids, Mon. NBW, B 27, *Mandeligheid en erfdiensbaarheden*, Deventer 1994, 24 v.; A.C. Wibbens-De Jong, Mon. BW, B 27, *Mandeligheid en erfdiensbaarheden*, Deventer 2006, 28 v.; idem, Bomen over het burendrecht, in: *WPNR* 1997, 6266, 265-267; idem, Geen verwatering van de bezitser bij verkrijging door verjaring, in: *WPNR* 1995, 6204, 830-833; J.Th. Smalbraak, de erfdiensbaarheden in het gewijzigd ontwerp boek 5 NBW, in: *WPNR* 1975, 5320, 705-712, 5321, 721-727; W. Heuff, Voortdurende en zichtbare erfdiensbaarheden, in: *WPNR*, 6030, 899-903; H.J. Vetter, Verrijking via verjaring van het recht van overpad door de bezitter niet te goeder trouw, in: *WPNR* 1995, 6194, 601-602; W. Glazenborg/J.H.M. van Swaaij, Verrijking van een erfdiensbaarheid van weg door verkrijgende verjaring ex art. 3: 105 lid 1, in: *WPNR* 1995, 6196, 647-650; R.L. Albers-Dingemans, Voor 2012 geen verkrijgende verjaring van erfdiensbaarheden van weg door de bezitter te goeder trouw, in: *WPNR* 1996, 6625, 405-407; W.M. Kleyn, Het ontstaan van een recht van weg door feitelijke gebruik vroeger en nu, in: *WPNR* 2001, 6431, 87-89; L.P.W. van Vliet, Verjaring en erfdiensbaarheid, in: *NTBR* 2004, 38, 206-225.

⁸³ Het BW maakt niet meer het onderscheid tussen de voortdurende en niet-voortdurende erfdiensbaarheden. Zie over dit onderscheid noot 24.

⁸⁴ Op grond van de artikelen 744-746 (oud) BW. Daarbij bepaalde artikel 593 lid 2 (oud) BW dat geen bezit van genoemde erfdiensbaarheden mogelijk was. L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch Zakenrecht*, Groningen-Batavia 1944, 296, 308 v.; C. Asser-J.H. Beekhuis, *Mr C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Zakenrecht, Algemeen deel*, Zwolle 1985, 383 v.; idem, *Zakenrecht, Eigendom en beperkte zakelijke genotsrechten*, Zwolle 1990, 197 v.; A. Pitlo-O.K.

HET 'RECHT VAN OVERVAART TE BEDUM'

voortdurende of zichtbare erfdiensbaarheden door verjaring konden worden verkregen. De gewoonte om over het pad van de buurman te lopen bijvoorbeeld was niet-voortdurend, doch werd opgevat als een 'acte de simple tolérance' en kon niet tot verjaring leiden, in tegenstelling tot bijvoorbeeld het genot van gootrecht. Met de mogelijkheid dat alle erfdiensbaarheden door verjaring verkregen kunnen worden, keert het BW terug naar het Oud-vaderlandse- en Romeinse recht.⁸⁵ Naar huidig recht kan zowel door verkrijgende als door bevrijdende verjaring een recht van erfdiensbaarheid ontstaan. Het BW koppelt de verjaring van de actie tot beëindiging van het bezit der erfdiensbaarheid aan de verkrijging van het recht.⁸⁶

Verkrijgende verjaring van erfdiensbaarheden; bezit; toestemming

Voor de verkrijgende verjaring, waarvoor krachtens artikel 3:99 BW een termijn van tien jaar geldt, is in de eerste plaats bezit een vereiste. Welke eisen worden naar huidig recht aan het bezit van een erfdiensbaarheid gesteld? Pitlo-Reehuis zegt dat 'voor bezit in ieder geval noodzakelijk is dat men zich wil gedragen als rechthebbende tot de erfdiensbaarheid, dat wil zeggen dat men 'voor zichzelf' een erfdiensbaarheid uitoefent. Dit wordt vooral uit de feitelijke situatie afgeleid.'⁸⁷ Volgens Asser-Van Dam-Mijnssen-Van Velten 'is er sprake van bezit van een erfdiensbaarheid, wanneer er feitelijke omstandigheden - gedragingen, een bestendige toestand van een erf en dergelijke - aanwezig zijn waaruit naar verkeersopvattingen een wilsuiking kan worden afgeleid om een bevoegdheid *als gerechtigde* tot een erfdiensbaarheid uit te oefenen.'⁸⁸ En naar het oordeel van de Hoge Raad is, 'behalve de aanwezigheid van een voldoende duidelijk uitwendig teken, van belang de vraag *waarop de bevoegdheid, gepretendeerd door degene die zich op de verkrijging door verjaring beroept, naar diens voortstelling berustte en wat die bevoegdheid naar diens voorstelling inhield*'.⁸⁹ Het vereiste van feitelijke omstandigheden, zoals gedragingen, is gelijk aan het vereiste van het *corpus*, de waarneembare gedraging, die het Romeinse- en het Rooms-Groningse recht ook stelden aan het bezit. Hetgeen Asser en de Hoge Raad zeggen over de wil, de *animus*, doet denken aan de hierboven geciteerde woorden van Paulus.⁹⁰ Volgens Paulus werd 'iemand niet geacht een erfdiensbaarheid te hebben uitgeoefend, tenzij hij meende van een hem toekomend recht gebruik te maken'. We hebben over deze teksten gezegd dat volgens Windscheid, Dernburg, Savigny en Randa ondanks de woorden van Paulus niet moet

Brahn, *Het Zakenrecht*, Gouda 1980, 294; Hermesdorf, noot 15. Onder het oud BW was het praktisch onmogelijk dat een erfdiensbaarheid van overpad door verjaring ontstond omdat aan het vereiste van voortdurendheid niet kon worden voldaan. Suirvelt had zich onder het oude recht dan ook niet op verjaring kunnen beroepen.

⁸⁵ Bv. H. de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid*, Arnhem 1926, II, 36, 4. Ook het Ommelander Landrecht maakt geen onderscheid tussen voortdurend en niet-voortdurend. Zie hierboven noot 24.

⁸⁶ Lokin, noot 15, V. 61.

⁸⁷ Pitlo-Reehuis, noot 82, 486. Artt. 3:107 en 108 BW. Vgl. Van Vliet, noot 82, 225.

⁸⁸ Asser-Van Dam cs., *Goederenrecht, zakelijke rechten*, noot 82, 213

⁸⁹ HR 3 mei 1996, NJ 1996, 501, ro. 6.2.2.

⁹⁰ Zie hierboven noot 51.

worden geconcludeerd dat de bezitter de wil moet hebben de feitelijke heerschappij uit te oefenen in de veronderstelling rechthebbende te zijn. Er wordt voor het bezit van een erfdiensbaaerheid niets meer geëist dan dat de bezitter met de wil van een recht gebruik te maken, het recht voor zichzelf uitoefent; dat hij het recht uitoefende ‘mit dem Bewusstsein von der juristischen Natur dieses Rechtes’ is irrelevant.⁹¹ Dat de bezitter dacht een recht te hebben is dus niet relevant. Asser-Van Dam c.s. en de Hoge Raad lijken een andere opvatting over de *animus possidendi* te hebben. Asser-Van Dam c.s. spreken immers over de wil om een bevoegdheid *als gerechtigde* tot een erfdiensbaaerheid uit te oefenen en volgens de Hoge Raad is van belang de vraag waarop de *bevoegdheid, gepretendeerd door degene die zich op de verkrijging door verjaring beroept, naar diens voortstelling berustte en wat die bevoegdheid naar diens voorstelling inhield*. Voor het bezit van een erfdiensbaaerheid lijken zij te eisen dat de bezitter moet menen rechthebbende te zijn. Het is echter dogmatisch onzuiver deze eis te stellen bij het vraagstuk van het bezit. Of iemand bezitter *is* hangt niet af van de vaststelling dat hij denkt gerechtigde te zijn. Bezit heeft niets met een recht te maken. Voor vraag of hij bezitter is, is goede trouw niet van belang. Het gaat er niet om wat hij dacht of mocht denken, maar om wat hij deed. De goede trouw speelt naar huidig recht eerst een rol bij de vraag of hij door verkrijgende verjaring *het recht* verkrijgt. Hierover straks meer.

Stel dat de eigenaar van een erf zijn buurman toestemming geeft om over dat erf te lopen en dat de buurman op grond van die toestemming een persoonlijk gebruiksrecht heeft. In dat geval is er geen sprake van bezit van een erfdiensbaaerheid. Ten laste van de eigenaar kan dan ook geen verjaringstermijn gaan lopen.⁹² Kleyn zegt in zijn noot onder HR 30 december 1977, NJ 1979, 116 dat in genoemd geval de buurman eerst bezitter wordt na tegenspraak ‘tegen het recht van de eigenaar om zich zijnerzijds slechts op een persoonlijk gebruiksrecht te beroepen’. Hetgeen Kleyn zegt komt mij vreemd voor. Zoals Kleyn het nu verwoordt slaan de woorden ‘om zich zijnerzijds’ op de eigenaar. De eigenaar zou zich aldus op *zijn* persoonlijk gebruiksrecht beroepen, hetgeen niet de bedoeling zal zijn. De eigenaar heeft immers niet een persoonlijk gebruiksrecht. Kleyn bedoelt hier waarschijnlijk het volgende te zeggen. Niet door enkele wilswijziging, maar door tegenspraak tegen de eigenaar, die zich beroept op het feit dat zijn buurman slechts een persoonlijk gebruiksrecht heeft, kan de buurman die een persoonlijk gebruiksrecht heeft bezitter worden.⁹³ De tegenspraak door de buurman houdt in dat hij te kennen geeft niet slechts een persoonlijk gebruiksrecht te hebben, maar een recht van erfdiensbaaerheid. Men vergelijk het geval waarin iemand die een boek heeft geleend, en dus houder is, van houder tot bezitter kan worden, wanneer hij op verzoek van de eigenaar het boek terug te geven, weigert het boek af te staan. Dat de tegenspraak gebaseerd moet zijn op een te goeder trouw gedane bewering van recht, zoals wel wordt gezegd⁹⁴, valt te betwisten.

⁹¹ Dernburg, noot 15, 604, noot 6.

⁹² Van Vliet, noot 82, 213.

⁹³ Art. 3:111 BW

⁹⁴ Tekst en Commentaar, noot 82, art. 3:111 BW; vgl. Asser-Beekhuis, noot 84, 139. Wibbens-De Jong zegt nadat ze de woorden Kleyn over de tegenspraak heeft aangehaald, ‘dat het evenwel niet gaat om

HET 'RECHT VAN OVERVAART TE BEDUM'

Goede trouw is voor bezit immers niet vereist en zegt dus niets over het feit of iemand bezitter is of niet. Ook de wet eist niets omtrent de gronden waarop de mededeling wordt gedaan en eist dus niet dat de houder op goede gronden moet menen rechthebbende te zijn; de houder kan op genoemde wijze ook bezitter te kwader trouw worden.⁹⁵ Voorts zegt Kleyn in de noot onder bovengenoemd arrest terecht dat de eigenaar beter één en ander schriftelijk kan vastleggen 'om de schijn te vermijden dat de toestemming voldoende grondslag zou zijn voor een "bezit als erfdiensbaarheid" door de weggebruiker.' In geval van gedogen doet hij er goed aan wil hij verkrijgende verjaring verkomen, dit gedogen tijdig om te zetten in een (opzegbare) contractuele relatie, die tot houderschap leidt.⁹⁶

Er wordt in de literatuur voor gepleit dat indien voortdurendheid ontbreekt niet al te gemakkelijk bezit moet worden aangenomen.⁹⁷ Bij het recht van overpad pleit menig schrijver ervoor dat er strenge eisen aan het bezit worden gesteld.⁹⁸ Zoals we straks zullen zien is deze opvatting ook in de recente rechtspraak te vinden. De opvatting in literatuur en rechtspraak sluit aan bij het oud-BW, onder het regiem waarvan, zoals gezegd, een niet-voortdurende erfdiensbaarheid zelfs in het geheel niet kon verjaren. Naar huidig recht zal het recht van overpad, een niet-voortdurende erfdiensbaarheid, dan ook niet snel door verkrijgende verjaring ontstaan. Daar komt bij dat het vereiste van de goede trouw een rem betekent op het ontstaan van een erfdiensbaarheid door verkrijgende verjaring. In tegenstelling tot het Romeinse- en Rooms-Groningse recht eist het BW dat de bezitter te goeder trouw moet zijn. Deze eis wordt gesteld aan de 10-jarige verjaring.

Goede trouw

Goede trouw betekent dat de bezitter zich als rechthebbende beschouwt en zich redelijkerwijze als zodanig mocht beschouwen (3:118 BW).⁹⁹ Het zij ten overvloede opgemerkt dat het zich beschouwen als rechthebbende niet een eis is die aan het bezit wordt gesteld. Van bezit van een erfdiensbaarheid is sprake 'wanneer diegene die zich op verkrijging beroept zich *gedraagt* als rechthebbende tot de erfdiensbaarheid.'¹⁰⁰ Het antwoord op de vraag of degene die zich op de verkrijging beroept zich als rechthebbende beschouwt is doorslaggevend voor de vaststelling of de bezitter te goeder, dan wel te kwader trouw is. Voor bezit te goeder trouw is in ieder geval vereist dat de erfdiensbaarheid is ingeschreven in de openbare registers. Bezit te goeder trouw zal zich met name voordoen indien de ingeschreven titel een gebrek vertoont.¹⁰¹ De tienjarige

de tegenspraak, maar of komt vast te staan of het beroep van de eigenaar dan wel de tegenspraak van de pretense bezitter terecht is.' *Mandeligheid en erfdiensbaarheden*, noot 82, 28.

⁹⁵ Pitlo-Reehuis, noot 82, 325.

⁹⁶ Vgl. de noot onder HR 20 juni 1997, NJ 1999, 301.

⁹⁷ Vetter, WPNR 6194 (1995), noot 82, 602; Wibbens- De Jong, *Mandeligheid en erfdiensbaarheden*, noot 82, 29.

⁹⁸ Bv. Wibbens-De Jong, WPNR 6204, noot 82, 831; Vetter, noot 82, 602; Van Vliet, noot 82, 212, 221, 225.

⁹⁹ Vgl. Oud BW

¹⁰⁰ Van Vliet, noot 82, 225.

¹⁰¹ Asser-Van Dam, *Goederenrecht, zakelijke rechten*, noot 82, 212. Van Vliet acht het voldoende dat ooit een vestigingsakte is opgemaakt. Van Vliet, noot 82, 207 v.

verjaring zal dus vooral de functie hebben om het ingeschreven titelgebrek te helen.¹⁰² Is er niets in de registers ingeschreven, dan kan een zakelijk recht van overpad niet door deze verjaring worden verkregen.

Bevrijdende verjaring; 20-jarige verjaring

Is de bezitter niet te goeder trouw omdat de registers zwijgen, dan kan het recht van erfdiensbaarheid echter nog wel worden verkregen doordat de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van dat bezit wordt voltooid. Krachtens artikel 3:105 verkrijgt hij die een goed bezit op het tijdstip waarop de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van dat bezit wordt voltooid dat goed, ook al was hij te kwader trouw. Bezit is voldoende, dat wil zeggen dat de bezitter de zaak gebruikt alsof hij daartoe het recht heeft.¹⁰³ De ratio van deze verjaring is dat terwille van de rechtszekerheid het recht zich na verloop van tijd bij de feitelijke situatie dient aan te sluiten.¹⁰⁴ De bevrijdende verjaring heeft dan verkrijgende verjaring ex artikel 3:105 BW ten gevolge. De termijn is twintig jaar (art. 3:306 BW). Over de aanvang van de termijn bepaalt artikel 3:314 BW het volgende:

1. De termijn van verjaring van een rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de onmiddellijke opheffing van die toestand gevorderd kon worden.
2. De termijn van verjaring van een rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende begint met de aanvang van de dag volgende op die waarop een niet-rechthebbende bezitter is geworden of de onmiddellijke opheffing gevorderd had kunnen worden van de toestand waarvan diens bezit de voortzetting is.

Het begrip ‘toestand’ ex artikel 3:314 lid 2 BW doet Pitlo-Reehuis overigens concluderen dat een erfdiensbaarheid van overpad nimmer kan ontstaan op grond van artikel 3:105 BW.¹⁰⁵ Iedere keer dat iemand over het erf van zijn buurman loopt staat op zichzelf en vormt geen ‘toestand’¹⁰⁶, zodat de vordering van de eigenaar tot het staken van de inbreuk niet verjaart. Iedere keer dat er gelopen wordt doet volgens Pitlo-Reehuis een nieuwe rechtsvordering voor de eigenaar, de buurman, ontstaan. Het zou er dan ook niet toe doen of men zich al dan niet bezitter van een erfdiensbaarheid van overpad mag noemen. Deze zienswijze is overtuigend bestreden door Glazenberg en Van Swaaij:

¹⁰² Wibbens-De Jong, *Mandelijkheid en erfdiensbaarheden*, noot 8229.

¹⁰³ Zie over bezit van een beperkt gerechtigde recentelijk: Th. F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht*, Over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem, Deventer 2006, 213 v. De Jong betoogt dat in dit soort gevallen er sprake is van bezit van de zaak als beperkt gerechtigde en niet van bezit van het beperkte recht.

¹⁰⁴ Tekst en commentaar, noot 82, art. 5:72 BW.

¹⁰⁵ Pitlo-Reehuis, noot 82, 486; vgl. Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, 1994, 566.

¹⁰⁶ Anders is het bijvoorbeeld als iemand in strijd met art. 5:42 BW binnen de twee meter tot het buurerf een boom plant. Dit planten leidt tot een onrechtmatige toestand. De verjaringstermijn begint te lopen op de dag na het planten. Pitlo-Reehuis, noot 82, 486. HR 18 december 1992, NJ 1993, 182.

HET 'RECHT VAN OVERVAART TE BEDUM'

'In dit verband zij erop gewezen dat er geen reden is onderscheid te maken tussen enerzijds de permanente situatie, zoals de binnen de door art. 5:42 bepaalde afstand tot het buurerf geplante boom, en, anderzijds, incidentele handelingen, zoals het lopen over het buurerf. In de literatuur is er vanuit gegaan dat in het eerste geval geen sprake is van niet-verjaarbaarheid, maar in het tweede geval wél, met als argument dat in dit tweede geval geen sprake zou zijn van een onrechtmatige toestand. Zoals reeds is vermeld valt in de M.v.A. II bij art. 3:314 te lezen dat voor de toepassing van het tweede lid van art. 3:314 het bezit gezien moet worden als een onrechtmatige toestand.¹⁰⁷ Waarom zou men het bezit van weg dan niet moeten beschouwen als 'toestand'? Het daadwerkelijk lopen over het dienende erf, moge dan op zichzelf beschouwd uit de aard der zaak incidenteel van karakter zijn, het bezit van deze erfdiensbaarheid is dat allerminst. Voor beide gevallen ook geldt de ratio van art. 3:105, zoals deze op deze plaats in de M.v.A. II nog eens verwoord wordt: „na verloop van tijd behoort het recht zich bij de feiten aan te passen“. Gelet op deze ratio valt niet in te zien waarom deze niet zou gelden, wanneer de feiten zo zijn dat iemand als bezitter van een erfdiensbaarheid van weg door het leven gaat, zich - als ware hij daartoe krachtens een daartoe strekkende erfdiensbaarheid gerechtigd - bijvoorbeeld dagelijks over het erf naar de openbare weg begeeft. Art. 3:105 is nu juist gewijzigd met het oog óók op de verkrijging van niet voortdurende erfdiensbaarheden, terwijl de introductie van art. 3:314 daar nu eenmaal nauw mee samenhangt. Zou art. 3:314 lid 2 ondanks dit alles niet mede bedoeld zijn voor de erfdiensbaarheid van weg, dan zou het toch voor de hand hebben gelegen dat zulks geëxpliceerd was. Temeer ook nu de bepaling volgens haar bewoordingen - „een rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende“ - wel degelijk ziet op een erfdiensbaarheid van weg.¹⁰⁸

Artikel 3:105 Bw en het overgangsrecht

Artikel 95 OW luidt als volgt:

'Bezit en houderschap worden verkregen en verloren op het tijdstip van het in werking treden van de wet, indien de vereisten die de bepalingen van titel 3.5 (Titel 5) van Boek 3 daarvoor stellen, reeds vóór dat tijdstip waren vervuld, doch het toen geldende recht aan de vervulling niet die gevolgen verbond.'

Zoals gezegd was verkrijgende verjaring van een niet voortdurende erfdiensbaarheid, zoals het recht van overpad, onder het oud-BW niet mogelijk. Onder het huidige recht daarentegen kan een niet-voortdurende erfdiensbaarheid door verjaring ontstaan; de verjaringstermijn voor bezit te kwader trouw is twintig jaar. Betekent dat nu dat op zijn vroegst pas in 2012 krachtens artikel 3:105 BW een erfdiensbaarheid van weg kan ontstaan? Van Swaaij/Glazenborg beantwoorden deze vraag ontkennend en zijn van mening dat het mogelijk is dat reeds per 1 januari 1993¹⁰⁹ een erfdiensbaarheid van weg

¹⁰⁷ Parl. Gesch. Boek 3, 929.

¹⁰⁸ Glazenborg/Van Swaaij, noot 82, 649; Koopmann, noot 82, 50.

¹⁰⁹ Het jaar 1993 op grond van de artt. 73 en 93 OW. Art. 73 lid 1 OW luidt als volgt: Indien de wet een verjarings- of vervaltermijn op een jaar of langer stelt, en die termijn overeenkomstig het in de wet bepaalde vóór het tijdstip van haar in werking treden aanvangt, dan is het in de wet bepaalde omtrent aanvang, duur en aard van die termijn *tot een jaar na dat tijdstip niet van toepassing*. Zie ook art. 93 OW: Artikel 105 van Boek 3 wordt één jaar na het tijdstip van het in werking treden van de wet van

door verjaring kan zijn ontstaan. De eigenaar heeft dus vanaf het in werking treden van het BW een jaar de tijd gehad om de verjaring te stuiten. Volgens genoemde schrijvers kon reeds onder het oude recht een feitencomplex bestaan dat ex artikel 3:314 lid 2 BW was aan te merken als onrechtmatige toestand op grond waarvan krachtens artikel 95 OW bezit was verkregen.¹¹⁰ Behalve dat de termijn van verjaring van de rechtsvordering begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop een niet-rechthebbende bezitter is geworden noemt art. 314 lid 2 BW nog een ander tijdstip voor het begin van de verjaringstermijn: ‘(..) de aanvang van de dag, volgende op die waarop (..) de onmiddellijke opheffing gevorderd kon worden van de toestand waarvan diens bezit de voortzetting is.’ Reeds voor de bezitsverkrijging kan de verjaringstermijn beginnen te lopen. De Memorie van Antwoord bij art. 3:105 BW gaat hier ook van uit: ‘Zo houdt het tweede lid (van art. 3:314 BW) duidelijkheidshalve uitdrukkelijk rekening met het geval dat een onrechtmatige toestand in het bezit van een niet-rechthebbende zijn voortzetting vindt. Ook dan begint de verjaring - die de vordering strekkende tot beëindiging van het bezit betreft, omdat de toestand intussen in bezit is overgegaan - met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de onmiddellijke opheffing van de toestand waarvan het bezit de voortzetting vormt, kon worden gevorderd. Zo zal b.v. de bezitter van een erfdiensbaardheid om over zijn buurerf een afvoergoot te hebben voor een beroep op verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van zijn bezit, kunnen volstaan met erop te wijzen dat de termijn vervuld is sedert de aanvang van de dag, volgende op die waarop de goot zonder toestemming werd aangelegd en aldus deze onrechtmatige toestand ontstond. Onverschillig is dus of reeds toen terstond van bezit van een desbetreffende erfdiensbaardheid kon worden gesproken.’¹¹¹

Wibbens-De Jong daarentegen wil artikel 95 OW beschouwen als *lex specialis*, die de algemene regel van artikel 3:314 lid 2 BW voor de door artikel 95 OW bestreken gevallen opzijzet.¹¹² Zij interpreteert de wet aldus dat de wetgever voor gevallen als een recht van overpad de aanvang van de verjaringstermijn op 1 januari 1992 heeft willen stellen. Het Hof Amsterdam heeft in 1996 in deze zin beslist.¹¹³ Ook de meer recente uitspraken, zoals die van het Hof Den Haag van 11 mei 2006, stellen zich op het standpunt dat op zijn vroegst op 1 januari 2012 een dergelijke erfdiensbaardheid door de bezitter te kwader trouw kan worden verkregen.¹¹⁴ Tot deze datum heeft de eigenaar de mogelijkheid om de

toepassing met betrekking tot degene die alsdan het goed bezit, indien de verjaring van de rechtsvordering tot beëindiging van dat bezit is voltooid; hij wordt geacht dat goed niet vóórdien te hebben verkregen.

¹¹⁰ Glazenborg/Van Swaaij, noot 82, 649; Wibbens-De Jong, *Mandeligheid en erfdiensbaardheden*, noot 82, 30. Zie ook in deze zin: Rb Assen, 21 december 1993, KG 1994, 91; Rb Amsterdam 29 juni 1995, KG 1995, 298.

¹¹¹ Parl. Gesch. Boek 3, 931

¹¹² WPNR 6204, noot 82, 831 e.v.; Vgl. Kleyn, WPNR 6431, noot 82, 88

¹¹³ Het hof vernietigde op 7 maart 1996, 752/95 de uitspraak van rb Amsterdam noot 110. Zie over dit arrest, dat niet is gepubliceerd: Albers-Dingemans, noot 82, 406; vgl. Rb Rotterdam, 26 september 1995, KG 1995, 431.

¹¹⁴ Rb Rotterdam 28 mei 2002, KG 2002, 267; Rb Assen, 29 april 2003, KG 2003, 130; Hof Den Haag (De Groot/Bouman), 11 mei 2006, LJN: AZ1167: ‘Op grond van deze in art. 95 Ow vastgelegde regel

HET 'RECHT VAN OVERVAART TE BEDUM'

verjaring te stuiten en zijn recht veilig te stellen.

Inschrijving

De verkrijging door middel van verjaring kan op grond van artikel 3:17 lid 1 aanhef en letter i BW in de registers worden ingeschreven. Voor de inschrijving is een notariële akte vereist. De notaris moet, zoals het de notaris betaamt, op zijn hoede zijn. Twijfelt hij of daadwerkelijk verjaring heeft plaatsgevonden, dan moet hij dat in de akte aantekenen. De bewaarder van het kadaster boekt de akte vervolgens in het register van voorlopige aantekeningen. De inschrijving kan in dat geval ex artikel 3:20 BW alleen plaatshebben op rechterlijk bevel. De eigenaar, ten wiens nadele de verjaring werkt, moet op straffe van niet-ontvankelijkheid in de kort geding-procedure worden betrokken.¹¹⁵

Rechtspraak; wanneer is er sprake van bezit?

Het gaat bij een beroep op artikel 3:105 BW vooral om de vraag of bezit van de erfdienstbaarheid is verkregen. In de rechtspraak werd aanvankelijk snel bezit aangenomen. Aan uitspraken van de rechtbank Assen en Amsterdam in resp. 1994 en 1995 lag een soortgelijke casus ten grondslag.¹¹⁶ Het ging om een straatje tussen twee huizen. De eisers liepen gedurende meer dan twintig jaar over dit straatje om respectievelijk de achterzijde van het eigen huis en de openbare weg te bereiken, zonder dat hen dit door de gedaagde was verboden. In de registers stonden geen erfdienstbaarheden ingeschreven. Op een gegeven ogenblik plaatsten de gedaagden een hek, met als gevolg dat de eisers de achterzijde van het huis en de openbare weg niet meer konden bereiken. In beide gevallen besliste de rechtbank dat de eiser door verjaring een erfdienstbaarheid had verworven omdat de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit was verjaard. De rechtscolleges namen dus aan dat er sprake was van bezit. De uitspraken werden met de nodige verontwaardiging ontvangen.¹¹⁷ Zo zegt Vetter het volgende:

Het gemak waarmee in de beide hiervoor genoemde kort gedingzaken tot aanvaarding van het ontstaan van erfdienstbaarheden werd gekomen, is verbazend. 'Bezit' van een recht van overpad was in beide gevallen niet te ontwaren. Voor bezit is meer nodig dan het geregeld lopen over het erf van de buurman.¹¹⁸

van overgangsrecht kan het bezit van een erfdienstbaarheid van weg niet eerder dan op 1 januari 1992 zijn ontstaan. De verkrijging van die erfdienstbaarheid door bevrijdende verjaring, zoals geregeld in art. 3:105 BW, kan, in verband met de verjaringstermijn van twintig jaren (art. 3:306 BW), daarom niet voor 1 januari 2012 plaatsvinden.' Het Hof vernietigde de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 17 september 2003, NJF 2003, 72. Zie over deze uitspraak van de rechtbank: Van Vliet, noot 82, 224.

¹¹⁵ Wibbens-De Jong, *Mandelijkheid en erfdienstbaarheden*, noot 82, 30.

¹¹⁶ Rb Assen 21 december 1993, KG 1994, 91 en Rb Amsterdam, 29 juni 1995, KG 1995, 298.

¹¹⁷ Vetter, noot 82; Wibbens-De Jong, *WPNR* 6204, noot 82, Albers-Dingemans, noot 82.

¹¹⁸ Vgl. Wibbens-De Jong, *WPNR* 6204, noot 82, 832: 'Kortom, een op zichzelf staand feitelijk gebruik zou ik in deze nimmer als bezit willen kwalificeren.'

De wetgever had dezelfde conclusie bij de Memorie van Antwoord ook al getrokken.¹¹⁹ Volgens Vetter zal in gevallen als in Assen en Amsterdam veelal alleen sprake zijn van bezit 'wanneer degene die zich *als rechthebbende* van een recht van overpad beschouwt daarvan *met zoveel woorden* blijk heeft gegeven aan de eigenaar van het erf.'¹²⁰ Ook Vetter lijkt te willen zeggen dat de bezitter gemeend moet hebben gerechtigd te zijn; deze pretentie moet volgens hem uitdrukkelijk worden uitgesproken. Dat het niet in overeenstemming is met de aard van het bezit dat aan bezit de eis wordt gesteld dat de bezitter het bezit moet hebben uitgeoefend met de pretentie rechthebbende te zijn, is hierboven reeds gezegd. Vetter vervolgt zijn betoog:

In de praktijk zal dat ertoe leiden dat eigenlijk alleen voortdurende en zichtbare erfdiensbaarheden via art. 3:105 door verjaring zullen ontstaan, mits - en dat is goed verdedigbaar - wordt aangenomen dat een voortdurende inbreuk op de eigendom van een ander al snel kan worden aangemerkt als uiting van het bezit van een erfdiensbaarheid. In werkelijkheid zal immers zelden een reeks wandelingen over het erf van de buurman worden aangevangen met de melding aan de eigenaar dat de passant zich als rechthebbende van een erfdiensbaarheid beschouwt. Maar die uitkomst bevredigt het rechtsgevoel meer dan dat na 20 jaar zwijgend wandelen over het erf van de eigenaar een erfdiensbaarheid van overpad uit de lucht komt vallen.¹²¹

Wellicht dat de rechterlijke macht zich de kritiek heeft aangetrokken, want het Hof Den Bosch oordeelde in 1996 dat bezit van een erfdiensbaarheid van overpad niet snel moest worden aangenomen.¹²² Pappers en Hegt zijn burens. Pappers is eigenaar van een perceel grond met opstallen, waaronder twee garages. Hegt is eigenaar van het perceel ernaast. Tussen de bebouwde gedeeltes van beide percelen ligt een stuk onbebouwde grond met een geasfalteerd weggetje dat deel uitmaakt van het perceel van Hegt. Aan het eind van dit weggetje stonden de garages van Pappers. Pappers gebruikte vanaf 1968 tot 1996 de weg dagelijks meerdere malen als oprit om zijn auto's in de garages te rijden. De rechtsvoorganger van Hegt, Wauthele, had nooit geprotesteerd, ook niet toen in 1968 de garages werden gebouwd en Pappers de weg liet asfalteren. In 1980 is Pappers naar aanleiding van een incident een kort -procedure begonnen, maar heeft deze later weer ingetrokken. Hegt nam de proceskosten voor zijn rekening. De raadsman van Pappers had Hegt in het kader van het incident een brief gestuurd, waarin Pappers stelde dat Pappers gerechtigd was tot het gebruik van de oprit. Hegt heeft nooit gereageerd. In mei 1996 plaatste Hegt obstakels op de weg zodat Pappers er niet meer door kon met zijn auto. Pappers deed een beroep op de extinctieve annex verkrijgende verjaring ex artt. 3:105 jo 3:306 BW. Gedurende meer dan twintig jaar zou hij het bezit van de erfdiensbaarheid hebben gehad. Hegt daarentegen betoogde dat aanvankelijk slechts sprake was van een persoonlijk recht in de periode dat Pappers van Wauthele toestemming had gekregen om de oprit te gebruiken.

¹¹⁹ 'Evenmin zal dit beroep [op verjaring FAJV] gesteund kunnen worden op de enkele grond dat herhaaldelijk als het ware in serie inbreuk op het recht van de ander werd gemaakt.' Parl. Gesch. NBW Boek 3, 418, MvA II

¹²⁰ Vetter, noot 82, 602

¹²¹ Vetter, noot 82, 602; vgl. Kleyn *WPNR* 6431, noot 82.

¹²² Hof Den Bosch 16 december 1996, KG 1997 50.

HET 'RECHT VAN OVERVAART TE BEDUM'

Volgens Hegt was dit persoonlijke recht in 1976 vervallen toen hij het perceel van Wauthele kocht. Sindsdien was slechts sprake van gedogen. Het Hof overwoog het volgende over het gepretendeerde bezit van de erfdiensbaarheid:

Bij het beoordelen van de vraag of sprake is van bezit van een recht van erfdiensbaarheid danwel van een persoonlijk gebruiksrecht of een gedogen is het volgende van belang. Degene die pretendeert een recht van erfdiensbaarheid te bezitten, ontzegt in feite de eigenaar van de betreffende onroerende zaak het bezit van het recht op het exclusieve genot van die zaak. Dat de eigenaar dit recht zou willen prijsgeven, dient niet snel te worden aangenomen. Het past niet in het systeem van het burgerlijk recht om aan het enkele feit dat de rechthebbende niet optreedt tegen een inbreuk op het betreffende recht, de conclusie van verlies van dat recht te verbinden. De eigenaar die niet tegen de inbreuk optreedt, kan immers de inbreuk ook gedogen of tot die inbreuk toestemming verlenen zonder dat hij daaraan goederenrechtelijke gevolgen wil verbinden. Tegen deze achtergrond is het Hof voorshands van oordeel dat de door Pappers gestelde omstandigheden onvoldoende zijn om aan te nemen dat in casu sprake is van het bezit van een recht van erfdiensbaarheid. (..) Het hof merkt volledigheidshalve nog op, dat voor zover het gebruik van de oprit door Pappers niet op een persoonlijk recht zou berusten, in ieder geval heeft te gelden dat ook in die periode slechts van een gedogen sprake was.

Het beroep van Pappers op de verjaring werd dus verworpen. Het Hof oordeelde dat de door Pappers gestelde omstandigheden onvoldoende waren om aan te nemen dat in casu sprake was van bezit van een erfdiensbaarheid. Dat in dezen geen bezit werd aangenomen is enigszins opmerkelijk. Pappers maakte openlijk gebruik van het pad. Hij reed dagelijks over de weg, had in een brief te kennen gegeven dat hij gerechtigd was tot het gebruik en hij had de weg zelfs laten asfalteren. Wat moet iemand meer doen om als bezitter te worden aangemerkt? Desondanks zal 'de Suijvelde van de 21^e eeuw' naar de heersende opvattingen waarschijnlijk achter het net vissen.

Conclusie over de verkrijgende verjaring van een erfdiensbaarheid

We hebben gezien dat de wetgevers door de eeuwen heen geworsteld hebben met de vraag of een erfdiensbaarheid inhoudende een recht van overpad door verjaring kan worden verkregen. Was het in het Romeinse recht aanvankelijk mogelijk een dergelijke erfdiensbaarheid door verjaring te verkrijgen, door de *lex Scribonia* werd aan deze mogelijkheid een einde gemaakt. Uiteindelijk werd de verjaring van alle erfdiensbaarheden wederom toegestaan, zij het met een lange verjaringstermijn. Ook onder het oud-vaderlandse recht kon elke erfdiensbaarheid door verjaring worden verkregen. Het oud-BW daarentegen achtte in navolging van het Franse recht alleen de voortdurende en zichtbare erfdiensbaarheden vatbaar voor verkrijgende verjaring. Dit betekende dat het zakelijk recht van overpad niet door verjaring kon worden verkregen. Het huidige recht is weer teruggekeerd naar de beginselen van het Romeinse recht: verjaring van alle erfdiensbaarheden is mogelijk, met dien verstande dat naar huidig recht de bezitter te kwader trouw alleen door een langere verjaring het recht kan verkrijgen. De ratio van deze verandering in het BW ten opzichte van het oud-BW is dat terwille van de rechtszekerheid het recht zich na verloop van tijd bij de feitelijke situatie dient aan te sluiten. De keerzijde van de mogelijkheid dat een recht van erfdiensbaarheid door verjaring kan worden verkregen is dat niet alleen de gedogende buurman, maar ook degene wiens grond wordt

geusurpeerd met een recht van erfdiensbaarheid op zijn erf wordt geconfronteerd. In 2012 zal de rechter wellicht een golf van verjaringsberoepen over zich heen krijgen. In de rechtspraak en literatuur zien we de ontwikkeling dat aan het allesoverheersende vereiste voor de verjaring, te weten het bezit van de erfdiensbaarheid, niet snel zal zijn voldaan, wanneer het gaat om een niet-voordurende erfdiensbaarheid, zoals het recht van overpad. We zijn dan weer terug bij af. Enerzijds heeft de wetgever de deur voor de verkrijgende verjaring van niet-voordurende erfdiensbaarheden geopend, anderzijds wordt deze deur weer dichtgeslagen door de uitleg die de rechter geeft aan het begrip 'bezit'. Is dat wenselijk? Voor de zojuist genoemde gedogende buurman wel, maar de wetgever is niet voor niets een andere weg ingeslagen en heeft de rechtszekerheid laten prevaleren. Heeft men voor een systeem gekozen waarin alle erfdiensbaarheden, ook die te kwader trouw, door verjaring kunnen worden verkregen, dan moet men ook de consequentie aanvaarden dat de gedogende buurman met een door verjaring verkregen erfdiensbaarheid op zijn erf wordt geconfronteerd. Een aardige bijkomstigheid is dat de keuze, die de wetgever heeft gemaakt, er toe heeft geleid dat de rechter zich nu voor dezelfde vragen gesteld ziet als zijn juridische collega in het Romeinse recht.

Hij moet in de eerste plaats de vraag beantwoorden of er sprake is van bezit. Was het in het Romeinse recht voldoende dat de bezitter de erfdiensbaarheid uitoefende met de wil dit recht voor zichzelf uit te oefenen, in het huidige recht lijkt tevens de dogmatisch onzuivere eis te worden gesteld dat de bezitter de erfdiensbaarheid moet hebben uitgeoefend in de veronderstelling dat hij dat recht heeft. Wellicht ware het beter deze eis te laten varen zodat het beroep op de verjaring overeenkomstig het Romeinse recht slaagt als de bezitter het bezit niet met geweld, heimelijk of ter bede voor zichzelf heeft uitgeoefend. Indien iemand, zoals Suirvelt, dus gedurende de gestelde termijn geregeld, openlijk, zonder tegenspraak over het terrein van zijn buurman loopt dan zou hij voor verjaring in aanmerking kunnen komen. De wetgever heeft met de invoering van het BW duidelijk gekozen voor de opvatting dat het recht zich na verloop van tijd dient aan te sluiten bij de feitelijke toestand. Hij heeft de verantwoordelijkheid gelegd bij de eigenaar. Laatstgenoemde moet goed opletten en voorkomen dat zijn buurman zich op verjaring kan beroepen. Of het rechtsgevoel, om met de woorden van Vetter te spreken, op deze wijze wel wordt bevredigd doet niet ter zake. 'Wie z'n gat verbrandt, moet op de blaren zitten.'

Slot

Uit het vonnis van de Hoofdmannenkamer blijkt dat ook in Groningen, evenals in de andere gewesten van de Republiek, het Romeinse recht een prominente plaats in nam. De reden is zo langzamerhand wel bekend. Enerzijds hebben de makers van het Landrecht, juristen geschoold in het Romeinse recht, het Romeinse recht tot voorbeeld genomen. Anderzijds zien we dat de rechter, eveneens geschoold in het Romeinse recht, in zijn vonnis ofwel de artikelen uit het Landrecht uitlegt en aanvult aan de hand van het Romeinse recht en de daarop geschreven commentaren, ofwel bij gebreke van landsrechtelijke artikelen zijn toevlucht neemt tot het 'geleerde recht' en Romeinse recht subsidiair toepast. Kortom, de conclusie is dat in navolging van het Rooms-

HET 'RECHT VAN OVERVAART TE BEDUM'

Hollandse, het Rooms-Friese, het Rooms Gelderse en het Rooms-Overijsselse recht de Rooms-Groningse variant aan het rijtje kan worden toegevoegd.¹²³

Foskea van der Ven

Groningen

¹²³ J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen. F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht, de civiele rechtspraak van het Hof van Friesland in de 17^e en 18^e eeuw*, Leeuwarden 1999; H.L.E. Verhagen en I. Haazen, De cessie naar Rooms-Gelders recht, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XIX, 2002, 97-115; F.A.J. van der Ven, Rooms-Overijssels recht, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XX, 2003, 49-97; Zie voor Drenthe: P. Gerbenzon, B.S. Hempenius-Van Dijk en P. Brood, Receptie van Romeins recht in Drenthe?, in: *Pro Memorie, Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden*, 2003-1, 50-65.