

Over de regel '*servitus in faciendo consistere nequit*' Hoe haar aard en actie de erfdienstbaarheid inhoudelijk beperken

De erfdienstbaarheid wordt in art. 5:70 lid 1 BW omschreven als "een last, waarmede een onroerende zaak – het dienende erf – ten behoeve van een andere onroerende zaak – het heersende erf – is bezwaard". Zij is een zakelijk recht. Dit houdt onder meer in dat de rechten die voortvloeien uit de erfdienstbaarheid zijn af te dwingen door en tegen opvolgers onder bijzondere titel. Deze rechten en de daarmee corresponderende lasten rusten immers op de respectievelijke onroerende zaken en volgen deze zaken, de erven. Art. 5:71 lid 1 BW bepaalt dat de last die op het dienende erf rust, mag bestaan uit een verplichting tot *dulden*, zoals het dulden van een over de erf grens hangend balkon, of een verplichting tot *niet doen*, zoals het niet hoger bouwen dan een vastgelegd aantal meters. Behoudens een verplichting tot onderhoud en een bij een erfdienstbaarheid op te nemen nevenverplichting "tot het aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen die voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid nodig zijn", mag een erfdienstbaarheid niet bestaan uit een verplichting tot een *doen*. Deze begrenzing aan de inhoud van erfdienstbaarheden is terug te voeren op het Romeinse recht:

"De aard der erfdienstbaarheden is niet zodanig, dat iemand iets moet doen, bijv. een groenvoorziening aanleggen of voor een aangenamer uitzicht zorgen, of erop gericht dat hij op eigen terrein schilderwerken uitvoert, maar wel dat hij iets moet dulden of nalaten."¹

Met de receptie van het Corpus Iuris Civilis is een op deze tekst geïnspireerde bepaling in de burgerlijke wetboeken van vele Europese landen terecht gekomen. In dit artikel wordt teruggegaan naar de oorsprong en staat de vraag centraal waarom het naar het systeem van het Romeinse goederenrecht niet mogelijk was een erfdienstbaarheid te vestigen waarvan de last bestond uit een doe-verplichting. Daarbij zal de erfdienstbaarheid vanuit twee invalshoeken benaderd worden.

Eerst wordt aandacht besteed aan de aard van de erfdienstbaarheid: in wat voor verhouding

¹ D. 8,1,15,1: Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. De vertalingen van teksten uit het Corpus Iuris zijn ontleend aan J.E. Spruit e.a., *Corpus Iuris Civilis: tekst en vertaling*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006-2012.

staat zij tot de eigendom? Hierbij zal voortgeborduurd worden op het proefschrift 'Het beperkte recht'² van Mollema en de door haar gebruikte modellen om de verhouding eigendom-beperkt recht te schetsen: het afsplitsingsmodel en het model dat uitgaat van de 'belastinggedachte'. Onderzocht zal worden in hoeverre de inhoudelijke begrenzing aan de erfdiensbaarheid verklaard kan worden vanuit de verhouding eigendom-beperkt recht.

Vervolgens zal in aanloop naar de tweede invalshoek gekeken worden naar de *servitus oneris ferendi*. Van de *servitus oneris ferendi* werd gebruik gemaakt wanneer het heersende gebouw overeind gehouden of ondersteund werd door een muur van het dienende gebouw. Dit was de enige naar Romeins recht bestaande erfdiensbaarheid die gepaard ging met een doe-verplichting. Op het dienende erf rustte namelijk ook de verplichting de dragende muur te stutten en herstellen. In de Pandektistiek is veel geschreven over deze doe-verplichting, in het bijzonder over de vraag hoe het bestaan van deze 'doe-verplichting' – de stut- en herstelplicht – verklaard moest worden.

Tot slot zal aandacht besteed worden aan de processuele kant: het zakelijke karakter van de actie waarmee naleving van de erfdiensbaarheid afgedwongen kan worden. De actie tot naleving van de doe-verplichting bij de *servitus oneris ferendi* zal worden vergeleken met de actie tot naleving van duld- of niet-doe-verplichtingen die voortvloeien uit de andere erfdiensbaarheden om tot een antwoord te komen op de vraag in hoeverre de actie tot naleving van een doe-verplichting een zakelijke actie kan zijn.

1 De aard van de erfdiensbaarheid: verhouding tot de eigendom

De erfdiensbaarheid wordt naar Nederlands recht geschaard onder de beperkte rechten. Kenmerk van een beperkt recht is dat het is afgeleid uit een meeromvattend recht (art. 3:8 BW). Dit betekent dat ieder beperkt recht in een bepaalde verhouding staat tot dit meeromvattende recht en daarmee uiteindelijk tot de eigendom: het moederrecht. Deze verhouding tot de eigendom is onderzocht door Mollema. In haar proefschrift 'Het beperkte recht'³ behandelt zij het beperkte recht in zijn algemeenheid. Ze richt zich dus niet op de individuele beperkte rechten, maar op het beperkte recht als abstract en overkoepelend concept. Doel van haar proefschrift is het duiden van de plaats van het beperkte recht in het systeem van het huidige Nederlandse goederenrecht. Daarbij maakt zij onder meer gebruik van het Romeinse recht. Gelet op de vraagstelling in dit artikel beperk ik mij tot de bespreking van de Romeinsrechtelijke onderdelen uit haar proefschrift en haak ik daarop aan.

2 A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn inhoud*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

3 Idem.

1.1 De theorie van het afsplitsingsmodel

Mollema bespreekt dat naar Romeins recht een lange tijd werd aangenomen dat beperkte rechten (*iura in re aliena*) bestanddelen waren van de eigendom⁴. Deze bestanddelen gingen – als beperkt recht – een zelfstandig bestaan leiden. Zij werden uit de eigendom gehaald, waardoor na de vestiging eigendom minus het beperkte recht overbleef. Bij het tenietgaan van het beperkte recht viel het beperkte recht weer terug in de eigendom en ontstond er weer een 'vol' eigendom met alle eigenaarsbevoegdheden.

Mollema citeert verscheidene fragmenten betreffende het recht van vruchtgebruik (*usufructus*) waaruit de gelding van dit 'afsplitsingsmodel' in de tijd vóór Justinianus kan worden afgeleid.⁵ Illustratief is bijvoorbeeld het onderstaande fragment over het tenietgaan van het recht van vruchtgebruik door vermenging:

"Door ten overstaan van de magistraat aan de eigenaar zijn vruchtgebruik over te dragen bewerkstelligt de vruchtgebruiker van zijn kant dat dit voor hem verloren gaat en in de eigendom opgaat." (*convertatur in proprietatem*)⁶

Bij vermenging van de hoedanigheid van beperkt gerechtigde en eigenaar keerde het recht van vruchtgebruik terug in de eigendom. Het was dus door vestiging een zelfstandig recht geworden en werd door vermenging weer opgenomen in de eigendom, als bestanddeel daarvan.

Dit beeld van het recht van vruchtgebruik als afsplitsing van de eigendom is ook in het Corpus Iuris Civilis nog dikwijls te herkennen, bijvoorbeeld:⁷

"Het vruchtgebruik ontstaat als een afscheiding van de eigendom." (*a proprietate separationem*)⁸

Niettemin laten de Digesten ook een ander beeld van de verhouding tussen eigendom en vruchtgebruik zien, zo bespreekt Mollema.⁹ Ter illustratie volgen hier enkele van de door

4 Of ander meer omvattend recht, A.F. Mollema, *Het beperkte recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 13 e.v.

5 A.F. Mollema, *Het beperkte recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 13-17.

6 Gaius, Inst. 2,30: (...) Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; (...). Vertaling: J.E. Spruit en K. Bongenaar, *De instituten van Gaius*, Zutphen: De Walburg Pers 1982.

7 Hierbij moet wel de kanttekening geplaatst worden dat er niet met zekerheid gezegd kan worden welke teksten stammen uit de pre-Justiniaanse tijd en welke uit de Justiniaanse tijd. Veel Digestenteksten zijn immers afkomstig van juristen uit de pre-Justiniaanse tijd en overgenomen in het Corpus Iuris Civilis. Ook de Instituten die deel uitmaken van het Corpus Iuris Civilis, zijn gebaseerd op de Instituten van Gaius uit de pre-Justiniaanse tijd.

8 Inst. 2,4,1: Ususfructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit.

9 A.F. Mollema, *Het beperkte recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 21.

haar geciteerde Digestenteksten. Zo betoogt Paulus in D. 50,16,25, pr.:

"Met recht zeggen wij dat een perceel grond, ook wanneer een ander het vruchtgebruik ervan heeft, geheel aan ons toebehoort, omdat het vruchtgebruik geen bestanddeel van de eigendom, maar een dienstbaarheid is, net zoals het recht van weg en overpad. Het is immers niet onjuist te zeggen dat iets geheel aan mij toebehoort, wanneer van geen enkel deel ervan kan worden gezegd dat het aan een ander toebehoort. Ook Julianus zegt dit en het is inderdaad de meest juiste opvatting."¹⁰

En Ulpianus in D. 7,6,5,pr.:

"Een recht om te gebruiken en de vruchten te trekken kan alleen degene opeisen die een vruchtgebruik heeft, maar de eigenaar van een stuk grond kan dat niet, omdat degene aan wie het eigendomsrecht toekomt geen afzonderlijk recht van vruchtgebruik heeft."¹¹

Uit de aangehaalde fragmenten volgt dat het vruchtgebruik niet meer werd gezien als bestanddeel van de eigendom, maar als een afzonderlijk zakelijk recht dat naast de eigendom bestond en daar dus niet van afgescheiden werd.

-
- 10 D. 50,16,25, pr.: Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse. hoc et iulianus, et est verius. Gekozen is hier voor de vertaling van Spruit c.s. Zwalve verwerpt de emendatie 'servitus' waar Spruit de vertaling op baseert, waardoor Zwalves vertaling als volgt luidt: "Wij zeggen terecht dat een stuk grond óók dan helemaal van ons is, wanneer een ander er een recht van vruchtgebruik op heeft, omdat een recht van vruchtgebruik géén soort eigendomsrecht (pars domini) is, maar een species van het genus genotsrechten, zoals het recht van overpad: er pleegt niet ten onrechte te worden opgemerkt dat iets geheel en al van mij is, wanneer niet kan worden gezegd dat enig deel ervan van een ander is. Zo ook Julianus en dat is waar." (W.J. Zwalve, *Simplex et Perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.) Zwalves vertaling moet bezien worden in het licht van D. 7,1,4, wederom van Paulus' hand, waarin wordt betoogd dat vruchtgebruik in veel opzichten wél 'pars domini' is. Naar Zwalves vertaling zijn beide teksten niet zonder meer tegenstrijdig, nu vruchtgebruik in zijn vertaling van D. 7,1,4 vergelijkbaar is met het eigendomsrecht (en dus niet, zoals in Spruits vertaling 'een bestanddeel van de eigendom' is, hetgeen wel strijdig zou zijn met het beweerde in D. 50,16,25). Beide vertalingen van D. 50,16,25 laten echter zien dat vruchtgebruik niet werd gezien als afsplitsing van de eigendom, maar als dienstbaarheid. Hier komt dus een ander beeld van de verhouding vruchtgebruik-eigendom naar voren.
- 11 D. 7,6,5,pr.: Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet: nec enim potest ei suus fundus servire: de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi. quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.

1.2 Het afsplitsingsmodel bij erfdienstbaarheden

Uit Mollema's proefschrift komt dus naar voren dat de Romeinse juristen beperkte rechten aanvankelijk als afsplitsingen van de eigendom zagen, maar dat dit beeld in de Justiniaanse tijd veranderd is.¹² Aan deze conclusie ligt de veronderstelling ten grondslag dat naar Romeins recht reeds het abstracte begrip 'beperkt recht' werd gehanteerd en ook dat er al een algemene theorie was gevormd met betrekking tot de verhouding tussen het beperkte recht en de eigendom. Een kanttekening die hierbij moet worden geplaatst, is dat de Romeinse juristen niet altijd hebben geredeneerd vanuit het algemene concept van 'het beperkte recht' en het absolute eigendomsbegrip. Dit heeft te maken met de omstandigheid dat iemand aanvankelijk alleen als eigenaar een recht op een zaak kon krijgen, niet als 'beperkt gerechtigde'.

Du Roi werkt dit uit voor erfdienstbaarheden en stelt dat bij de vestiging van een erfdienstbaarheid de tot de erfdienstbaarheid gerechtigde aanvankelijk werd beschouwd als eigenaar van het stuk grond waarop de erfdienstbaarheid rustte.¹³ Deze constructie leidt inderdaad tot een situatie waarin de erfdienstbaarheid wordt afgesplitst van de eigendom, maar in eerste instantie op een andere manier dan Mollema schetst. Volgens Mollema wordt van de eigendom een bepaalde eigenaarsbevoegdheid afgesplitst die vervolgens toekomt aan de – naar huidig recht – beperkt gerechtigde. Er blijft dan over eigendom minus een bepaalde bevoegdheid. Uit de uitwerking van Du Roi volgt echter dat de eigendom van de zaak wordt gesplitst. Een deel van de zaak gaat toebehoren aan de gerechtigde tot de erfdienstbaarheid. Er is dus geen sprake van afsplitsing van een eigenaarsbevoegdheid, maar van splitsing van de eigendom van de zaak.¹⁴ Dat deze constructie zich met het ontstaan van een absoluut eigendomsbegrip heeft ontwikkeld tot een afsplitsingsmodel, zoals Mollema dat schetst, ligt wel in de rede. Aannemelijk is dus dat ook de erfdienstbaarheid naar Romeins recht aanvankelijk werd beschouwd als afsplitsing van de eigendom.

1.2.1 Niet met de afsplitsingstheorie te verenigen erfdienstbaarheden

Er bestonden naar Romeins recht echter verschillende erfdienstbaarheden die niet te verenigen waren met de afsplitsingstheorie. Te denken valt aan de *servitus altius non tollendi*, op grond waarvan ten behoeve van het heersende erf op het dienende erf de last rust dat niet hoger mag worden gebouwd dan in de erfdienstbaarheid is bepaald. Ware deze erfdienstbaarheid een afsplitsing van de eigendom, dan zou men moeten aannemen dat vóór de vestiging van de erfdienstbaarheid aan de eigenaar het recht toekwam om zichzelf te verbieden hoger te bouwen. Dit komt erg gekunsteld over. Of, vanuit de eigendom geredeneerd: aan de eigenaar kwam het recht toe om hoge bouwwerken op zijn perceel te plaatsen, dit recht wordt nu afgesplitst en komt hem niet meer toe, maar dat betekent niet dat de beperkt

¹² A.F. Mollema, *Het beperkte recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 34.

¹³ G.A.W. Du Roi, 'Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam, jus in re und obligatio', *Archiv für die civilistische Praxis* 1823, 6. Bd, H. 2, p. 296.

¹⁴ Zie ook: E. Koops, 'Van taartpunt tot tennisbal', *MvV* 2014/1, p. 7.

gerechtigde nu het recht heeft hoge bouwwerken op het perceel van de eigenaar te plaatsten. Ook bijvoorbeeld de erfdienstbaarheden van *iter*, *actus*, *via*, *aquae ductus* en het recht van drop zijn slecht te rijmen met de afsplitsingstheorie. Zouden dit allemaal afsplitsingen van de eigendom zijn, dan zouden deze rechten niet meer toekomen aan de eigenaar zodra ten behoeve van het heersende erf een erfdienstbaarheid is gevestigd. Dit is echter niet het geval. De eigenaar blijft gewoon bevoegd om zelf over zijn erf te lopen, daarover vee te drijven of lasten of water te vervoeren en op zijn erf regenwater te laten neerkomen. De Pandektisten Arndts en Elvers hanteren dan ook een ietwat ander afsplitsingsmodel dan het model dat Mollema schetst. Arndts schrijft:

"Ihrem Inhalt nach sind sie (...) Bestandteile des Inhalts des Eigentums, welche diesem entnommen nunmehr als selbständige Rechte einem Andern als dem Eigentümer zustehen."¹⁵

Hij betoogt echter – en daarin zit het verschil met het volgens Mollema naar Romeins recht aanvankelijk geldende afsplitsingsmodel – dat de omstandigheid dat een erfdienstbaarheid als bestanddeel van de eigendom moet worden gezien en van die eigendom wordt afgescheiden, niet noodzakelijkerwijs tot gevolg heeft dat de bevoegdheid die de servituutgerechtigde vervolgens toekomt, niet meer aan de eigenaar toekomt.¹⁶ De bevoegdheden van de eigenaar worden slechts beperkt in dezelfde mate als waarin de corresponderende bevoegdheden van de servituutgerechtigde worden uitgebreid. Het hiervoor besproken bezwaar tegen de afsplitsingstheorie dat de erfdienstbaarheid van – bijvoorbeeld – *via* niet valt te rijmen met deze theorie, omdat het toekennen van een recht van overpad aan de beperkt gerechtigde niet betekent dat de eigenaar van het dienende erf zelf geen recht meer heeft over zijn erf te lopen, gaat dus niet op voor het door Arndts gehanteerde afsplitsingsmodel. Bij Elvers zien we een vergelijkbare weergave van de verhouding eigendom-beperkt recht:

"(...) diese Verminderung [nl. de vermindering van het eigendomsrecht door vestiging van een erfdienstbaarheid, *toevoeging NPH*] besteht nicht darin, daß ihr die Eigenschaft, welche der Servitut zu Grunde liegt, ganz und gar genommen wird, oder daß, mit andern Worten, die Befugnis, welche der Servitutberechtigte ausübt, ganz und gar dem Eigentümer entzogen ist, sondern er verliert sie nur so weit, als sie der Servitutberechtigte erwirbt, (...)"¹⁷

De afsplitsingstheorie van Arndts en Elvers komt erop neer dat bij de vestiging van een beperkt recht wél een bevoegdheid van het moederrecht wordt afgesplitst, maar slechts in de mate die nodig is om het corresponderende beperkte recht uit te kunnen oefenen. Arndts en Elvers spreken over 'vermindering' van het eigendomsrecht. Waaruit bestaat die vermindering dan? In het voorbeeld van de erfdienstbaarheid van *via* bestaat die vermindering eruit

15 K.L. Arndts von Arnesberg, *Lehrbuch der Pandekten*, München: 1868, § 175.

16 Idem.

17 R. Elvers, *Die Römische Servitutenlehre*, Marburg: 1856, p. 43.

dat de eigenaar niet meer als enige de bevoegdheid heeft om over het erf te lopen, maar dat een beperkt gerechtigde deze bevoegdheid ook heeft. De vermindering zit dus vooral in de omstandigheid dat de eigenaar niet meer met uitsluiting van ieder ander het erf mag bewandelen.¹⁸ De *servitus altius non tollendi* is echter nog steeds lastig te rijmen met dit afsplitsingsmodel. Elvers beweert dat de bevoegdheid wordt afgescheiden om te kunnen afdwingen dat niet hoger gebouwd wordt dan is vastgelegd, maar hierbij blijft het bezwaar dat het erg gekunsteld is om deze bevoegdheid te zien als onderdeel van de eigendom. Dit wordt echter verder niet besproken door Elvers.

1.2.2 Gevolgen afsplitsingsmodel voor inhoud erfdienstbaarheden

Beide afsplitsingsmodellen hebben – hoewel ze licht verschillen – dezelfde gevolgen voor de inhoud van beperkte rechten. Mollema schrijft dat de inhoud van beperkte rechten in verband met dit afsplitsingsmodel wordt begrensd door het substractieprincipe, wat betekent dat aan beperkte rechten enkel die bevoegdheden kunnen worden verbonden die vóór afscheiding van het beperkte recht toekwamen aan de gerechtigde tot het meeromvattende recht waaruit dit beperkte recht is afgeleid: uiteindelijk het eigendomsrecht.¹⁹ Dit betekent enerzijds dat aan beperkte rechten nooit verplichtingen gekoppeld kunnen worden. Immers, verplichtingen behoren ook niet tot de inhoud van de eigendom. De eigendom omvat alleen bevoegdheden. Anderzijds betekent dit ook dat er grenzen zijn aan de verplichtingen waarmee de eigendom kan worden belast. De vestiging van een beperkt recht mag er niet toe leiden dat de eigendom bezwaard wordt met verplichtingen tot een doen. Dit zou immers betekenen dat het beperkte recht de bevoegdheid moet omvatten een ander – de eigenaar – tot actief handelen te verplichten. Dit is onmogelijk, aangezien een eigenaar op grond van zijn eigendomsrecht ook nooit de bevoegdheid heeft een ander tot een doen te dwingen. Hiermee wordt door het afsplitsingsmodel en het daaruit volgende substractieprincipe de deur gesloten voor doe-verplichtingen als inhoud van een erfdienstbaarheid.²⁰

1.3 Het afsplitsingsmodel als verklaring voor de onmogelijkheid doe-verplichtingen in een erfdienstbaarheid op te nemen?

Uit het afsplitsingsmodel volgt dus een potentiële verklaring voor de regel dat in een erf-

18 Langs deze weg zijn ook de erfdienstbaarheden van *iter, actus, aquae ductus* en het recht van drop te verklaren.

19 A.F. Mollema, *Het beperkte recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 225 e.v.

20 Idem, p. 231, zie ook: R. Elvers, *Die Römische Servitutenlehre*, Marburg: 1856, p. 52: "Daraus ergibt sich, daß der Eigentümer der dienenden Sache im Folge einer Servitut zu nichts anderem verpflichtet sein kann, als daß er die Ausübung der Befugnis geschehen lasse, das dingliche Recht achte, nicht aber kann ihm eine positive Tätigkeit obliegen, durch welche jene Ausübung erleichtert oder ermöglicht wird; denn dann wäre ja das Recht an der Sache von weiterem Umfang als die Sache selbst, und begriffe zugleich das Recht an einer Person."

dienstbaarheid geen doe-verplichtingen opgenomen mogen worden. Gelet op de ontwikkeling die het Romeinse recht doormaakte in de tijd van Justinianus, zijn er echter vraagtekens te plaatsen bij de aannemelijkheid van deze verklaring.

In paragraaf 1.1 is besproken dat de gedachte dat *iura in re aliena* afsplitsingen waren van de eigendom, in het Justiniaanse tijdperk werd losgelaten.²¹ Wanneer dit precies gebeurde, is niet bekend, maar uit verschillende passages uit het Corpus Iuris Civilis blijkt dat het beeld van *iura in re aliena* veranderd was: zij werden beschouwd als nieuwe rechten, lasten die op de eigendom rustten, en niet langer als bestanddelen die van de eigendom waren afgetrokken. In paragraaf 1.1 werden al enkele van deze passages geciteerd.²²

De meerderheid van de Pandektisten²³ beschouwt beperkte rechten evenmin als afsplitsingen van de eigendom.²⁴ Zo betoogt Windscheid ten aanzien van de persoonlijke dienstbaarheden en erfdiensbaarheden dat deze geen bestanddelen van de eigendom zijn en niet uit de eigendom ontstaan, maar worden gevestigd vanuit de heerschappij van de eigenaar over de zaak:

"Ich muß mich auch gegen diese Auffassung erklären. So wenig wie die Dienstbarkeiten nach ihrer Begründung Eigentumsbestandteile sind, so wenig sind sie aus Eigentumsbestandteilen gebildet. Die Verteidiger dieser Ansicht scheinen allein, oder doch vorzugsweise, den Fall im Auge zu haben, wo die Dienstbarkeit von dem Eigentümer bestellt worden ist. Allein selbst in diesem Fall ist die Dienstbarkeit zwar kraft des Eigentums begründet, aber immer noch nicht neugebildetes Eigentumselement; sie ist durch die ununterschiedene im Eigentumsrecht liegende Macht geschaffen, nicht aber z.B. der Nießbrauch kraft des Gebrauchs- und Fruchtgenußrechts des Eigentümers, die Wegerechtigkeit kraft des Rechts des Eigentümers zu gehen."²⁵

Hij ondersteunt dit standpunt met een verwijzing naar de situatie waarin een erfdiensbaarheid niet ontstaat door vestiging, maar door verjaring, rechterlijke uitspraak of wet. In dergelijke gevallen ligt het volgens Windscheid zeker niet voor de hand om het ontstaan van de erfdiensbaarheid te zien als het afsplitsen van een eigendomsbestanddeel.²⁶ Dit is mijns inziens niet het sterkste argument tegen het afsplitsingsmodel. Nemen we als voorbeeld de verkrijgende verjaring: gegeven dat iemand door verjaring de eigendom van een perceel kan verkrijgen, zou verkrijging door verjaring van een – in de theorie van het afsplitsingsmodel – bestanddeel van de eigendom eveneens mogelijk moeten zijn.

21 A.F. Mollema, *Het beperkte recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 34 ev.

22 Voor een uitgebreide bespreking van dit veranderde beeld verwijs ik naar A.F. Mollema, *Het beperkte recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 34 ev.

23 In 1.2.1 is besproken dat Arndts en Elvers beperkte rechten wél als afsplitsingen zagen.

24 Dit met uitzondering van Luden, die wel uitgaat van de erfdiensbaarheid als afsplitsing van het eigendomsrecht en ook vanuit deze verhouding tussen eigendom en erfdiensbaarheden de regel dat erfdiensbaarheden niet uit doe-verplichtingen mochten bestaan, verklaart. C. Luden, *Die Lehre von den Servituten*, Gotha: Perthes 1837, § 5.

25 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts 1. Bd*, Stuttgart: 1879, § 200.

26 Idem, § 200, voetnoot 3.

Ook Dernburg spreekt zich uit tegen het afsplitsingsmodel:

"Eigentumsrecht ist Totalherrschaft, Servitut Nutzungsrecht, beide Rechte sind ungleichartige Größen; durch bloße Addition und Substraction können sie nie ineinander übergehen."²⁷

Hij ondersteunt zijn afwijzing van het afsplitsingsmodel met andere argumenten dan Windscheid. Zou sprake zijn van een afsplitsing van een deel van de eigendom, dan zou het bij het tenietgaan van de erfdienstbaarheid steeds noodzakelijk zijn dat deze – als bestanddeel van de eigendom – terug wordt overgedragen aan de eigenaar. Dit is echter niet het geval.²⁸ Daarnaast geldt dat de inhoud van een erfdienstbaarheid niet steeds identiek is aan de inhoud van het recht dat de eigenaar heeft. Als voorbeeld noemt Dernburg de hiervoor al besproken *servitus altius non tollendi*. Dernburg concludeert dan ook dat servituten niet als zuivere afsplitsingen van de eigendom gezien kunnen worden.²⁹

Hoewel het beeld van het beperkte recht als afsplitsing van de eigendom ten tijde van Justinianus is losgelaten, is de regel dat erfdienstbaarheden niet mochten verplichten tot een doen, blijven bestaan. Ook in de Pandektistiek worden erfdienstbaarheden die verplichten tot een doen afgewezen, hoewel de vestiging van een beperkt recht als 'Neubildung' wordt beschouwd en niet als afsplitsing van de eigendom. Het is dan ook niet aannemelijk dat het afsplitsingsmodel verklaart waarom erfdienstbaarheden enkel mochten verplichten tot een dulden dan wel een niet doen. Vanaf het moment dat het beperkte recht werd gezien als een nieuw, op de eigendom rustend recht, gold immers niet meer het substractieprincipe, op grond waarvan het beperkte recht alleen maar bevoegdheden en verplichtingen kan omvatten die ook onderdeel zijn van de eigendom. Dat doet vermoeden dat de verklaring voor de inhoudelijke beperking aan erfdienstbaarheden ergens anders gezocht moet worden.

1.4 Onderscheid zakenrecht-verbintenissenrecht

Uit de Pandektistiek volgt dat de verklaring voor de onmogelijkheid om een erfdienstbaarheid te vestigen die verplicht tot een doen, gevonden kan worden in het onderscheid tussen

27 H. Dernburg, *Pandekten 1. Bd Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, Berlijn: 1896, § 251.

28 Idem, § 237.

29 Zie ook: K.A. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten 1. Bd*, Marburg: 1863, § 338. Interessant is dat Vangerow een uitzondering maakt voor de stedelijke erfdienstbaarheden. Deze zijn volgens hem wél afsplitsingen van de eigendom. De reden daarvoor is dat bij dit type dienstbaarheden sprake is van 'quasi-possessio', hetgeen in de mening van Vangerow insluit dat – om de eigendom weer onbezwaard te maken – de eigenaar deze erfdienstbaarheid zelf weer moet verkrijgen. Er moet dus retro-overdracht plaatsvinden. Mijns inziens is dit een merkwaardige redenering: de quasi-possessio duidt op het gerechtigd zijn tot de erfdienstbaarheid, niet tot de zaak, en de omstandigheid dat sprake is van quasi-bezit rechtvaardigt niet de conclusie dat de erfdienstbaarheid een afgesplitst deel van de eigendom is.

het zaken- en het verbintenissenrecht. Windscheid schrijft bijvoorbeeld:

"Dienstbarkeiten, welche den Eigentümer zu einem Thun verpflichteten, also den Berechtigten zu einem Fordern berechtigten, kann es dem Begriffe der Dienstbarkeit nach nicht geben; ein Recht dieser Art, ist kein Recht an der Sache, sondern ein Recht gegen die Person."³⁰

Verplichtingen tot een doen binden niet de zaak, maar de persoon. Dit argument is gegrond op het onderscheid tussen zakelijke rechten en persoonlijke rechten: enkel uit rechten jegens een persoon kunnen daarmee corresponderende verplichtingen tot een doen voortvloeien.³¹ Ditzelfde argument zien we bij Dernburg:

"Die Servitut verbindet nämlich den Besitzer der dienenden Sache nur zum Dulden – pati – oder zum Nichttun – non facere –; keineswegs aber zum Tun – facere. Dies entspricht dem Wesen des dinglichen Rechtes. Das dingliche Recht stellt die Sache unmittelbar unter die Herrschaft des Berechtigten. Jedermann muss dessen Einwirkung auf die Sache dulden, Niemand darf sie stören. Aber außerhalb seines Rahmens liegt eine Verbindlichkeit des Besitzers der Sache zu einem Tun. Das Recht hierauf ist nicht Ausfluß einer Herrschaft über die Sache, bildet vielmehr eine Berechtigung gegenüber den Personen."³²

En ook Vangerow zoekt de verklaring voor het feit dat erfdiensbaarheden niet tot een doen kunnen verplichten, in het verschil tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht.

"(...) die dem dinglichen Rechten korrespondirende Verbindlichkeit gehört zu Ausübung unsres Rechts, nicht zum Rechte selbst, während gerade das Wesen des Obligationen-Rechts darin besteht, daß ein Ander uns verbindlich ist. Das mit dieser Wesenheit des dinglichen Rechts es absolut unverträglich wäre, wenn der Inhalt eines solchen in der Verbindlichkeit eines Dritten zur Vornahme positiver Handlungen bestände, versteht sich ganz von selbst, und eine actio in rem, deren intentio darauf gerichtet wäre, adversarium dare facere oportere, wäre jedenfalls ein juridisches Unding."³³

Op grond van een zakelijk recht krijgt de zakelijk gerechtigde bepaalde bevoegdheden ten aanzien van een zaak. Uit deze heerschappij over de zaak vloeien rechten voort om dingen met de zaak te doen, bijvoorbeeld om de zaak te verven of te gebruiken, en het recht om niet te hoeven dulden dat anderen de gerechtigde in zijn heerschappij storen, maar uit de heerschappij over een zaak volgt niet de bevoegdheid om niet te doen. Een zakelijk gerechtigde

30 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts 1. Bd.*, Stuttgart: 1879, § 201.

31 Vgl. ook C. Möller, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf der die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen: Wallstein Verlag 2010, p. 199.

32 H. Dernburg, *Pandekten 1. Bd Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, Berlin: 1896, § 236.

33 K.A. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten 1. Bd.*, Marburg: 1863, § 338.

heeft deze bevoegdheid wel, maar niet op grond van zijn hoedanigheid als zakelijk gerechtigde. Dit is een recht dat hem toekomt vanwege zijn persoon, niet vanwege zijn verhouding tot de zaak. Böcking verwoordt dit als volgt:

"(...) die Befugnis zum Nichttun aber kommt dem Eigentümer nicht von Eigentumsrechts, sondern von Persönlichkeits wegen zu (...)"³⁴

Bij het opleggen van een verplichting tot een doen – en daarmee het begrenzen van deze bevoegdheid tot een niet doen – wordt dan ook niet de eigendom (of in bredere zin: het zakelijk recht) bezwaard, maar de persoon. Hoewel, zoals hiervoor is besproken, de meerderheid van de Pandektisten een erfdiensbaarheid niet ziet als een afsplitsing van de eigendom, maar als een daarop drukkende last, geldt dus wel dat de inhoud van het eigendomsrecht, als moederrecht, uiteindelijk bepalend is voor de vraag of een recht een zakelijk of een persoonlijk karakter heeft. Omdat het recht op een doe-verplichting ingrijpt in de bevoegdheid om niet te doen en deze bevoegdheid iemand toekomt '*von Persönlichkeits wegen*' en niet op grond van zijn heerschappij over een zaak, heeft een dergelijk recht een persoonlijk karakter en daarom kan het geen onderdeel zijn van een erfdiensbaarheid, een zakelijk recht.

Het valt dus op dat zowel volgens de Pandektisten als volgens het afsplitsingsmodel uiteindelijk de inhoud van de eigendom de mogelijke inhoud van het beperkte recht bepaalt. Toch is er een verschil. Met het afsplitsingsmodel is de redenering: de *bevoegdheid een ander te verplichten tot een doen* maakt geen deel uit van de eigendom en dus kan die bevoegdheid ook niet onderdeel worden van een beperkt recht. In de Pandektistiek is de redenering: de *bevoegdheid om niet te doen* is een bevoegdheid die iemand vanwege zijn persoon toekomt en dus belast de daarmee corresponderende verplichting tot een doen de persoon en niet de zaak. Volgens de Pandektisten begrenst de inhoud van de eigendom de inhoud van de erfdiensbaarheid dan ook niet omdat de erfdiensbaarheid een afsplitsing van de eigendom is, maar omdat de inhoud van de eigendom bepaalt wat belast wordt – de persoon of de zaak – en daaruit voortvloeiend of een verplichting een persoonlijk of zakelijk karakter heeft.

2 De *servitus oneris ferendi*

Uit de hiervoor besproken literatuur komt naar voren dat het onderscheid tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht de belangrijkste reden is voor de onmogelijkheid om een erfdiensbaarheid te vestigen die verplicht tot een doen. Op deze regel bestond echter één

34 E. Böcking, *Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpuncte unseres Heutigen Rechtssystems oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts 2. Bd*, Bonn: 1855, § 160.

uitzondering: de *servitus oneris ferendi*. Hieronder zal aan bod komen hoe de uit de *servitus oneris ferendi* voortvloeiende doe-verplichting door de Romeinse juristen werd ingepast in het rechtssysteem en welke verklaringen de Pandektisten opwierpen voor deze erfdienstbaarheid.

2.1 Casus

"Ook komt ons een actie toe met betrekking tot een erfdienstbaarheid die is gevestigd met het doel een aangrenzend gebouw te stutten, waarmee wij eisen dat dit werkelijk gebeurt en het gebouw hersteld wordt op een wijze die strookt met de bedoeling van het gevestigde servituut. En Gallus is van mening dat geen servituut kan worden gevestigd met de strekking dat iemand gedwongen wordt iets te doen, maar alleen dat hij mij niet kan beletten iets te doen. Want bij alle servituten komt de onderhoudsplicht toe aan hem die de erfdienstbaarheid voor zich opeist en niet aan de eigenaar van het dienende erf. Maar de mening van Servius heeft de overhand gekregen, dat namelijk in het onderhavige geval iemand kan volhouden dat hem het recht toekomt de tegenpartij te dwingen tot herstel van de muur teneinde de eigen lasten te dragen. Labeo echter schrijft dat niet de mens maar de zaak deze last verschuldigd is en dat het uiteindelijk de eigenaar vrijstaat de zaak prijs te geven."³⁵

Gebouw A en B grenzen aan elkaar en behoren toe aan verschillende eigenaren. Op gebouw A rust een erfdienstbaarheid ten behoeve van gebouw B inhoudende dat gebouw B mag steunen op een muur van gebouw A. De eigenaar van gebouw B komt een actie toe waarmee hij kan vorderen dat deze muur van gebouw A gestut en hersteld wordt om deze last te kunnen blijven dragen. Met andere woorden: op het dienende gebouw rust een verplichting tot actief handelen, namelijk tot het stutten van de muur. Hiermee lijkt er sprake te zijn van een uitzondering op de regel dat een erfdienstbaarheid niet de strekking mag hebben dat aan de eigenaar van het dienende erf een verplichting om iets te doen wordt opgelegd. Uit het aangehaalde fragment blijkt dat Gallus Aquilius zich om die reden op het standpunt stelt dat een dergelijke erfdienstbaarheid niet gevestigd kan worden. Servius Sulpicius en Labeo zijn echter van mening dat een dergelijke erfdienstbaarheid wél gevestigd kan worden, waarbij Labeo opmerkt dat de stutverplichting uiteindelijk op de zaak rust. Wanneer de eigenaar afstand doet van de zaak, volgt de verplichting immers niet de eigenaar, maar de zaak.

Verscheidene Pandektisten hebben geprobeerd te verklaren waarom deze doe-verplichting

35 D. 8,5,6,2: Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et gallus putat non posse ita servitutum imponi, ut quis facere aliquid cogatur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutum adserit, non ad eum, cuius res servit. sed evaluit servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. labeo autem hanc servitutum non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit.

bij de *servitus oneris ferendi* bestond en waarom de Romeinse juristen deze verplichting als onderdeel van een erfdienstbaarheid accepteerden.

2.2 De doe-verplichting als nevenverplichting

Volgens Windscheid bestaat de *servitus oneris ferendi* enkel uit een verplichting tot dulden, namelijk tot het dulden van het gewicht van het heersende gebouw. Aan deze erfdienstbaarheid is een obligatoire verplichting verbonden, namelijk de plicht tot het in stand houden – en daarmee het stutten – van het dienende gebouw.³⁶ De eigenaar van het dienende erf is de schuldenaar van deze verplichting, aldus Windscheid. Hij beschouwt de obligatoire verplichting dus niet als onderdeel van de erfdienstbaarheid, maar stelt dat de tot een dulden verplichtende erfdienstbaarheid is onderworpen aan deze verplichting. Daarin zit volgens hem ook het uitzonderlijke karakter van de *servitus oneris ferendi*:

"In diesem Sinne liegt also in der *servitus oneris ferendi* allerdings eine Ausnahme von dem Satze: *servitus in faciendo consistere non potest*, nicht als wenn es nach dem Begriffe der Dienstbarkeit eine Dienstbarkeit auf ein Tun von Seiten des Eigentümers der dienende Sache geben könnte, - sondern es wird hier als Dienstbarkeit behandelt, was in der Tat Dienstbarkeit nicht ist."³⁷

De *servitus oneris ferendi* is dus niet een uitzondering op de regel dat een erfdienstbaarheid alleen uit een dulden of een niet doen mag bestaan, omdat zij tot een doen verplicht, maar omdat aan de erfdienstbaarheid een obligatoire verplichting tot een doen is gekoppeld die wordt behandeld als een erfdienstbaarheid. Dernburg deelt de opvatting dat de *servitus oneris ferendi* geen zuiver zakelijk karakter heeft, maar verbintenisrechtelijke trekjes gaat vertonen.

"Die Logik erkennt zwar, daß die *servitus oneris ferendi* mit ihrer dem Eigentümer der dienenden Sache aufgelegten Reparaturpflicht den dinglichen Charakter nicht rein bewahrt, vielmehr eine Mischung mit obligatorischen Elementen enthält."³⁸

Echter, anders dan Windscheid stelt hij dat dit er niet aan in de weg staat dat deze doe-verplichting onderdeel is van de erfdienstbaarheid.

Een belangrijk bezwaar tegen de theorie dat de stutplicht een nevenverplichting van de erfdienstbaarheid is, komt van Mühlenbruch. Als in het geval van de *servitus oneris ferendi*

36 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts 1. Bd*, Stuttgart: 1879, § 211a, voetnoot 3. Hetzelfde betoogt C. Luden, *Die Lehre von den Servituten*, Gotha: Perthes 1837, § 20, p. 42.

37 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts 1. Bd*, Stuttgart: 1879, § 211a, voetnoot 3.

38 H. Dernburg, *Pandekten 1. Bd Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, Berlijn: 1896, § 236.

door het enkel maken van een afspraak bij een erfdiensbaarheid een nevenverplichting tot een doen met zakelijke werking in het leven kan worden geroepen, waarom kan dat dan niet bij andere erfdiensbaarheden?

"Denn ist ein solcher Vertrag gegen die gewöhnliche Natur der Servituten überhaupt zulässig, so muß er auch bei anderen Servituten vorkommen können; leidet aber nur die *servitus oneris ferendi* eine solche Modification durch Vertrag, so ist ja wiederum nicht erklärt, warum grade nur hier und nicht auch bei anderen Servituten ein Vertrag die Wirkung haben soll, den Herrn des dienenden Grundstücks zum handeln zu verpflichten."³⁹

Deze kritische kanttekening van Mühlenbruch lijkt mij terecht. Hoewel het – zoals Windscheid betoogt – zeker mogelijk is dat de stutverplichting door de Romeinen als nevenverplichting werd beschouwd, is het niet aannemelijk dat de enkele omstandigheid dat de stutverplichting slechts een nevenverplichting was, verklaart waarom de Romeinse juristen deze doe-verplichting accepteerden. Dan zou deze constructie van een nevenverplichting tot een doen waarschijnlijk ook bij andere erfdiensbaarheden voorgekomen zijn, wat niet het geval is.

2.3 Bijzondere toepassing burendrecht

De verklaring die Mühlenbruch zelf opwerpt, is dat de *servitus oneris ferendi* een bijzondere toepassing van het burendrecht is.⁴⁰ Gebouw A (heersend) steunt op gebouw B (dienend) op grond van een erfdiensbaarheid. Zou de muur van gebouw B waarop gebouw A steunt, niet af en toe gestut worden, wordt niet alleen het dienende gebouw (B) bouwvallig: ook het heersende gebouw (A) dreigt dan in te storten. De eigenaar van gebouw A kan zijn gebouw alleen redden met het stutten van gebouw B. Hiertoe heeft hij echter geen recht. Op grond van het burendrecht kan hij de *cautio damni infecti* verlangen, waarmee de eigenaar van gebouw B wordt opgedragen te voorkomen dat aan gebouw A schade wordt toegebracht door slecht onderhoud van de dragende muur. Doordat bij de *servitus oneris ferendi* het burendrecht wordt opgenomen in de erfdiensbaarheid, wordt deze *cautio damni infecti* uitgelegd alsof de eigenaar van het dienende erf op grond van de erfdiensbaarheid een verplichting tot een doen heeft. In feite leidt dit ertoe dat wat reeds via het burendrecht bereikt kon worden, nu ook via de erfdiensbaarheid bereikt kan worden.

Elvers weerspreekt deze theorie. Hij voert ter ondersteuning van zijn standpunt aan dat het onwaarschijnlijk is dat de *cautio damni infecti* is omgevormd tot een erfdiensbaarheid die een verplichting tot een doen in het leven roept. Ten eerste zou met de *cautio damni infecti*

39 C.F. Mühlenbruch, 'Über *servitus oneris ferendi*', *Archiv für die civilistische Praxis* 1831, 14. Bd, H. 3, p. 325.

40 C.F. Mühlenbruch, 'Über *servitus oneris ferendi*', *Archiv für die civilistische Praxis* 1831, 14. Bd, H. 3, p. 331.

worden bereikt dat de eigenaar van het dienende erf moet beloven de eigenaar van het heersende erf schadeloos te stellen, indien de bouwvallige staat van de dragende muur leidt tot schade door instorting.⁴¹ In D. 8,5,7 wordt eveneens gesproken over een *cautio* in het kader van de *servitus oneris ferendi*:

"Het resultaat van deze acties is, dat door tussenkomst van de rechter aan de winnaar òf feitelijk wordt gepresteerd òf een garantie (Latijn: *cautio*, toevoeging NPH) wordt gegeven. 'Feitelijk presteren' bestaat hierin dat de rechter de wederpartij gelast het gebrek van de muur te herstellen en deze in de passende staat te brengen. 'Garantie' komt hierop neer dat de rechter de gedaagde beveelt een garantie te geven voor het herstel van de muur en dat hij noch zijn rechtsopvolgers de eiser zullen verhinderen hoger te bouwen en de hogere bouw te behouden. En als hij een garantie heeft gegeven, zal hij vrij gesproken worden. Indien de gedaagde daarentegen noch de zaak, noch een garantie geeft, moet de rechter hem veroordelen tot een schatting die de eiser onder ede ten processe heeft opgegeven."⁴²

Hieruit blijkt dat met deze *cautio*, die kan worden gegeven bij verzaking van de plicht tot herstel van de muur, iets anders wordt bereikt dan met de *cautio damni infecti*, namelijk geen belofte tot schadeloosstelling, maar de belofte tot reparatie van de muur. Volgens Elvers is de in D. 8,5,7 genoemde *cautio* dan ook niet de *cautio damni infecti*.⁴³ De *cautio damni infecti* leidt tot schadeloosstelling, niet tot een verplichting tot een doen. Daarmee is het onaannemelijk dat deze *cautio damni infecti* werd uitgelegd als een verplichting tot een doen en als onderdeel van de erfdienstbaarheid.

Ook om een andere reden kan met een *cautio damni infecti* niet bereikt worden wat wel met de *servitus oneris ferendi* wordt bereikt.⁴⁴ De *cautio damni infecti* wordt namelijk alleen gegeven indien er sprake is van acuut dreigende schade. In het geval van de *servitus oneris ferendi* bestaat er weliswaar een risico dat bij het niet onderhouden van de dragende muur op den duur schade ontstaat, maar op het moment dat de eigenaar van het heersende erf een actie instelt waarmee hij onderhoud van de muur vordert, staat de muur nog niet per se op instorten en is er dus nog geen sprake van een onmiddellijk gevaar. Daar komt nog bij dat het *cautioproces* voor de praetor werd gevoerd, terwijl de procedure tot naleving van een erfdienstbaarheid voor de private rechter werd gebracht. Dit waren twee totaal gescheiden procesgangen, waardoor een cumulatie van de *cautio damni infecti* en de erfdienstbaarheid niet aannemelijk is.

41 R. Elvers, *Die Römische Servitutenlehre*, Marburg: 1856, § 6, p. 58.

42 D. 8,5,7: Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res praestetur aut cautio. res ipsa haec est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum praestare. cautio haec est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibituos altius tollere sublatumque habere: et si caverit, absolvetur. si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit.

43 R. Elvers, *Die Römische Servitutenlehre*, Marburg: 1856, § 6, p. 59-60.

44 Idem, § 6, p. 60.

2.4 Toevoeging kwalificatie 'deugdelijk'

Puchta komt met een andere verklaring. Hij beschouwt de *servitus oneris ferendi* uitdrukkelijk niet als uitzondering op het beginsel dat een erfdienstbaarheid niet tot een doen kan verplichten, aangezien volgens hem uitzonderingen hierop niet mogelijk zijn. Hij interpreteert de *servitus oneris ferendi* als volgt:

"(...) sondern der Eigentümer stellt dem herrschenden Grundstück eine taugliche Mauer, also wenn diese untauglich geworden ist, eine reparierte."⁴⁵

De erfdienstbaarheid verplicht tot het ter beschikking stellen van een deugdelijke muur die de last van het gebouw op het heersende erf kan dragen. Doordat de kwalificatie 'deugdelijk' in de omschrijving van de erfdienstbaarheid is opgenomen, ontstaat volgens Puchta de verplichting voor de eigenaar van het dienende erf om – indien de muur niet meer deugdelijk is – deze weer deugdelijk te maken.

"Der Grundsatz ist dadurch festgehalten, daß der Eigentümer das herrschende Gebäude während der Reparatur nicht zu stützen braucht, und daß er sich durch Dereliction der belasteten Sache befreien kann."⁴⁶

Deze theorie komt op mij vreemd over. Als enkel door het opnemen van de kwalificatie 'deugdelijk' in de omschrijving van de erfdienstbaarheid een plicht op het dienende erf komt te rusten te zorgen voor een *deugdelijke* muur, zou een dergelijke instandhoudingsplicht ook bij andere erfdienstbaarheden moeten kunnen ontstaan door een vergelijkbare kwalificatie op te nemen. Zo zou bij de erfdienstbaarheid van *via* het opnemen van kwalificaties als 'goed onderhouden', 'verhard' of 'niet overwoekerd' dan ook moeten resulteren in een op de dienende eigenaar rustende verplichting tot onderhoud aan de weg. Dit is echter niet het geval. Onderhoud aan de *via* moet worden verricht door degene die wil profiteren van die *via*, namelijk de servituutgerechtigde.

2.5 Het vereiste van een *causa perpetua*

Goldschmidt maakt een onderscheid tussen door een erfdienstbaarheid in het leven geroepen onmiddellijke en middellijke verplichtingen.⁴⁷ De regel dat een erfdienstbaarheid

45 G.F. Puchta, *Pandekten*, Leipzig: 1877, § 184.

46 Idem.

47 C.L. Goldschmidt, 'Ueber den Rechtssatz: servitus in faciendo consistere nequit', in: *Archiv für die civilistische Praxis* 1818, 1. Bd, H. 3, p. 387 ev.

de dienende eigenaar niet tot een doen mag verplichten, geldt volgens hem enkel voor onmiddellijke verplichtingen; middellijke verplichtingen tot een doen mogen wel aan de eigenaar opgelegd worden. Of dergelijke middellijke doe-verplichtingen ontstaan, hangt af van het feitelijke karakter van de erfdienstbaarheid in kwestie. Het karakter van de *servitus oneris ferendi* geeft aanleiding tot een dergelijke op de dienende eigenaar rustende middellijke verplichting. Goldschmidt haalt D. 8,2,33 aan:

"De eigenaar van het dienende gebouw moet de zuil, die de last van het buurhuis torst, herstellen, niet degene die die last daarop heeft willen doen rusten. Immers, wanneer in een contractsbepaling betreffende een gebouw staat: 'de muur die de last moet dragen, moet blijven zoals hij nu is', is daarmee voldoende duidelijk bedoeld dat er altijd een muur moet zijn. Met deze woorden wordt namelijk niet gezegd dat het voor eeuwig en altijd dezelfde muur moet zijn – dat zou natuurlijk niet kunnen –, maar wel dat er steeds een muur van dezelfde aard moet zijn om de last te dragen. Op dezelfde wijze moet, als iemand van een ander had bedongen dat die de erfdienstbaarheid tot het dragen van een last zou verschaffen, een andere zaak ter vervanging worden gegeven, indien de dienende zaak die uw last droeg, verloren is gegaan."⁴⁸

Goldschmidt sluit aan bij het *causa perpetua*-vereiste: iedere erfdienstbaarheid moet een blijvende oorzaak hebben. In het geval van de *servitus oneris ferendi* is het erf verbonden tot het ondersteunen (dulden). Dit moet echter eeuwig blijven gebeuren en een muur blijft naar zijn aard niet eeuwig in zodanige staat dat hij de last van een ander gebouw kan dragen.⁴⁹ Hiertoe is het erf echter wel verbonden. Nu het erf niet zelf aan deze verplichting kan voldoen, is de eigenaar middellijk – via het erf – daartoe verplicht.

"(...), bei dieser Servitut ist das Grundstück schuldig, in perpetuum auf seiner Mauer einen nachbarlichen Bau zu tragen, da aber der Natur der Dinge nach eine solche nicht von ewiger Dauer sein kann, muß für deren Ausbesserung und Ergänzung gesorgt werden, und zwar, weil dies dem Grundstücke selbst unmöglich, ist mittelbar dessen Eigentümer dazu verpflichtet."⁵⁰

De vraag of een dergelijke op de dienende eigenaar rustende middellijke verplichting ook bij andere erfdienstbaarheden kan bestaan, hangt af van het karakter en de omschrijving van

48 D. 8,2,33: Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet. nam cum in lege aedium ita scriptum esset: "paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit", satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset qui onus sustineret: quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitum praerberet, qui onus suum sustineret, si ea res quae servit et tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat.

49 C.L. Goldschmidt, 'Ueber den Rechtssatz: servitus in faciendo consistere nequit', in: *Archiv für die civilistische Praxis* 1818, 1. Bd, H. 3, p. 387 ev, p. 390.

50 Idem.

de desbetreffende erfdienstbaarheid. Goldschmidt noemt een ander voorbeeld waarbij een middellijke verplichting tot doen voor de dienende eigenaar bestaat, in D. 39,3,2,4.⁵¹

"Daarentegen wordt bij Ateius uiteengezet dat een buurman gedwongen moet worden een greppel van waaruit water naar een lager gelegen perceel stroomt te reinigen, ongeacht of men zich [de aanleg van] de greppel herinnert of niet. Ook zelf ben ik van mening dat dit laatste aangenomen moet worden."⁵²

De geschetste casus beschrijft het geval dat water van een hoger gelegen perceel naar een lager gelegen perceel mag stromen via een greppel, maar dat deze greppel is dichtgeslibd. In een dergelijk geval bestaat het gevaar van een overstroming. De eigenaar van het lager gelegen perceel kan met de *actio aquae pluviae arcendae*, de actie tot wering van regenwater, de eigenaar van het hoger gelegen perceel dwingen tot reiniging van de greppel. Er is hier inderdaad sprake van een verplichting tot een doen. Echter, de door Goldschmidt gemaakte vergelijking met de *servitus oneris ferendi* gaat niet op. Dat eigenaren van lager gelegen percelen de natuurlijke stroom van het water van hoger gelegen erven moeten dulden, vloeit niet voort uit een gevestigde erfdienstbaarheid, maar is een regel van burenrrecht. Zou men desondanks aannemen dat op deze casus de regels van de erfdienstbaarheid van toepassing zijn, dan blijkt dat in de geschetste casus uit D. 39,3,2,4 weliswaar een verplichting tot een doen (namelijk tot reinigen) wordt bestaat, maar dat deze (middellijke) verplichting niet rust op de eigenaar van het erf dat in de termen van de erfdienstbaarheid als dienend beschouwd moet worden – het lager gelegen erf dat de waterstroom moet dulden – maar juist op de eigenaar van het hoger gelegen erf.⁵³

Het door Goldschmidt gemaakte onderscheid tussen onmiddellijke en middellijke doe-verplichtingen van de eigenaar lijkt mij juist. Bij de *servitus oneris ferendi* is de eigenaar duidelijk via het erf verbonden. De reparatieplicht garandeert immers de eeuwigdurende oorzaak – de *causa perpetua* – en het voortbestaan van de erfdienstbaarheid, namelijk de op het erf rustende plicht om te dulden. Dit zou anders zijn, indien de verplichting van de eigenaar zou bestaan uit het jaarlijks organiseren van een feest of de periodieke betaling van een geldsom. De conclusie dat dit onderscheid op grond van de *servitus oneris ferendi* veralgemeniseerd kan worden en dat ook middellijke doe-verplichtingen uit andere erfdienstbaarheden voort kunnen vloeien, is mijns inziens echter wat voorbarig. Buiten het voorbeeld van de wering van regenwater, wat geen erfdienstbaarheid is, noemt Goldschmidt geen andere voorbeelden en ook uit de Digestenteksten blijken geen andere gevallen waarin een dergelijke middellijke verplichting tot actief handelen op het dienende erf rust. De *servitus oneris ferendi* is de enige in de Digesten voorkomende erfdienstbaarheid waarvan het voortbestaan in gevaar komt door de uitoefening van het hieruit voortvloeiende recht om te leunen op

51 Idem, p. 392.

52 D. 39,3,2,4: Apud ateium vero relatum est eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, sive extet fossae memoria sive non extet: quod et ipse puto probandum.

53 Vgl. C.F. Mühlenbruch, 'Über servitus oneris ferendi', *Archiv für die civilistische Praxis* 1831, 14. Bd., H. 3, p. 326.

andermans gebouw. Wellicht dat hierin de verklaring ligt voor het bestaan van een verplichting tot actief handelen, maar er is geen grond om aan te nemen dat middellijke verplichtingen tot een doen ook bij andere erfdienstbaarheden toegestaan werden.

2.6 Praktisch, doelmatig en billijk

Dernburg – tot slot – verklaart de omstandigheid dat de stutplicht op het dienende erf rust vanuit het oogpunt van doelmatigheid en vanuit praktische overwegingen. Het zou immers hoogst onhandig zijn wanneer deze doe-verplichting op het heersende erf zou rusten, omdat de eigenaar van het heersende erf dan steeds toegang zou moeten hebben tot het dienende gebouw om de stutwerkzaamheden aan de muur te kunnen uitvoeren.⁵⁴ Daar komt nog bij dat de te stutten muur deel uitmaakt van het dienende gebouw en uiteindelijk dus in hogere mate wordt benut en gebruikt door dit gebouw dan door het heersende gebouw. Het is dus ook redelijker om het dienende erf te belasten met de stutplicht.

Dit is ook het standpunt van Elvers: het is de eigenaar van het heersende erf niet toegestaan zich toegang te verschaffen tot het huis waar de met de erfdienstbaarheid belaste muur deel van uitmaakt. Volgens Elvers is het de eigenaar van het heersende erf dan ook verboden de muur zelf te onderhouden of repareren. Dit verbod⁵⁵ heeft er uiteindelijk toe geleid dat de onderhouds- en reparatieplicht op de eigenaar van het dienende erf is komen te rusten. Daarnaast noemt Elvers nog het volgende. De muur die voorwerp is van de erfdienstbaarheid, heeft een dubbele functie. Enerzijds dient hij als ondersteuning of afdichting van het huis op het dienende erf, anderzijds als ondersteuning voor het huis op het heersende erf. Laatstgenoemde functie is van veel geringer belang. Zou de eigenaar van het heersende erf het onderhoud aan de muur verrichten, dan zou hij dit naar eigen wens kunnen doen, enkel zijn eigen belang in aanmerking nemend en daarbij de veel grotere belangen van de eigenaar van de muur – de eigenaar van het dienende erf – kunnen veronachtzamen:

"Wollte nun der Servitutberechtigte eigenmächtig diese Mauer, an der er im Vergleich zum Eigentümer nur ein sekundäres und einseitiges Interesse hat, so oft er es für seine Servitut nötig erachtet, und nur in solcher Art, wie es für seine Servitut am vorteilhaftesten ist, ausbessern oder umbauen, so könnte dadurch das Interesse des Eigentümers häufig am empfindlichsten gekränkt werden. Die schön bemalte Wand einer Stube, welche an einer so belasteten Mauer liegt, könnte plötzlich, weil sie baufällig ist, vom Servitutberechtigten niedergerissen werden und einer rohen Steinwand Platz machen müssen, und

⁵⁴ H. Dernburg, *Pandekten 1. Bd Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, Berlijn: 1896, § 236, voetnoot 7.

⁵⁵ Volgens Elvers is dit verbod niet uitdrukkelijk in de Digestentekst opgenomen, omdat het voor zich spreekt. Het huis is immers niet eigendom van de eigenaar van het heersende erf en de *servitus oneris ferendi* geeft ook geen recht op toegang tot het huis.

der Eigentümer in solchem Falle, wenn wirklich Befürchtungen möglich waren, daß die Mauer für die Last des Nachbarhauses zu schwach sei, vergeblich Entschädigung beanspruchen."⁵⁶

Het argument dat het praktischer is de stutplicht op het dienende erf te laten rusten, wordt ook door Jhering genoemd. Hij noemt de *servitus oneris ferendi* een 'civilistische Monstrosität', omdat hiermee een *actio in personam* binnen het bereik van de zakelijke *actio confessoria* wordt gebracht en wijst om deze reden verdere pogingen om deze erfdienstbaarheid vanuit het systeem van het Romeinse recht te rechtvaardigen, af:

"Damit war die Römische Jurisprudenz ganz einfach in eine Sackgasse geraten, und es stände unserer heutigen Jurisprudenz besser an, dies anzuerkennen, als in der Meinung, sie rechtfertigen zu müssen, ihr mit verbundenen Augen in die Sackgasse nachzuspringen."⁵⁷

Ongetwijfeld vormen deze praktische overwegingen de belangrijkste verklaring voor het bestaan van de *servitus oneris ferendi*. Voor de theorieën van de nevenverplichting (2.2) en de toevoeging van een kwalificatie (2.4) geldt dat zij de doe-verplichting bij de *servitus oneris ferendi* kunnen verklaren en rechtvaardigen, maar dat deze rechtvaardiging in principe ook op andere erfdienstbaarheden van toepassing kan zijn. De vraag blijft dan waarom enkel bij de *servitus oneris ferendi* een doe-verplichting toegestaan was. Deze vraag blijft onbeantwoord. Goldschmidts verklaring aan de hand van het *causa perpetua*-vereiste (2.5) is wel enkel bruikbaar bij de *servitus oneris ferendi*. Deze theorie verliest echter wel aan kracht doordat het *causa perpetua*-vereiste in de Romeinse teksten nooit als verklaring voor het bestaan van de *servitus oneris ferendi* is genoemd. Ook de verklaring dat de *servitus oneris ferendi* een bijzondere toepassing van het burendrecht en de *cautio damni infecti* zou zijn (2.3), is onaannemelijk. Het *cautio*proces en de procedure tot naleving van een erfdienstbaarheid waren immers twee totaal gescheiden rechtsgangen.

Hoewel een bevredigende theorie over de juridische inbedding van de *servitus oneris ferendi* daarmee niet goed gegeven kan worden, bieden de teksten over deze erfdienstbaarheid wel de mogelijkheid om een ander vraagpunt te onderzoeken: in hoeverre verschilt de actie tot naleving van de doe-verplichting van de actie tot naleving van een verplichting tot dulden of niet doen?

56 R. Elvers, *Die Römische Servitutenlehre*, Marburg: 1856, § 6, p. 61.

57 R. Jhering, 'Passive Wirkungen der Rechte', in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1871, 10. Bd, p. 555.

3 De zakelijke actie bij de erfdienstbaarheid

Zoals in paragraaf 1 aan de orde is gekomen, begrenst de inhoud van de eigendom de inhoud van de erfdienstbaarheid, omdat de inhoud van de eigendom bepaalt of een recht een zakelijk of een persoonlijk karakter heeft. Het recht op naleving van een doe-prestatie is in deze zienswijze een persoonlijk recht. Dit recht kan echter ook van een andere kant worden benaderd, namelijk van de processuele kant. Hieronder zal een vergelijking worden gemaakt tussen de actie tot naleving van een uit een erfdienstbaarheid voortvloeiende verplichting tot dulden of niet doen en de actie tot naleving van een uit een erfdienstbaarheid voortvloeiende verplichting tot een doen. Voor laatstgenoemde categorie zal gebruik worden gemaakt van wat daarover ten aanzien van de doe-verplichting bij de *servitus oneris ferendi* is geschreven.

Ulpianus schrijft over de actie tot naleving van de doe-verplichting bij de *servitus oneris ferendi*:

"Deze actie is eerder zakelijk dan persoonlijk en staat aan niemand anders ter beschikking dan alleen aan de eigenaar van het heersend resp. tegen die van het dienend huis, net zoals de eis bij alle andere erfdienstbaarheden."⁵⁸

De actie is '*in rem magis quam in personam*', meer een zakelijke dan een persoonlijke, maar heeft kennelijk van beide iets in zich. Het persoonlijke karakter van het recht op naleving van een doe-verplichting is hiervoor uitvoerig besproken. Een zakelijk recht leidt tot vele bevoegdheden ten aanzien van een zaak, maar niet tot de bevoegdheid om niet te doen. Deze bevoegdheid komt iemand namelijk toe '*von Persönlichkeits wegen*', niet vanwege zijn verhouding tot de zaak. Bij het opleggen van een verplichting tot een doen – en daarmee het begrenzen van de bevoegdheid tot een niet doen – wordt dan ook niet de eigendom bezwaard, maar de persoon en daarmee heeft het recht op naleving van een dergelijke verplichting een persoonlijk karakter.⁵⁹

Daar valt tegenin te brengen dat het karakter van een verplichting uiteindelijk wordt bepaald door het antwoord op de vraag of de verplichting de zaak of de persoon volgt. Dit blijkt uit het slot van D. 8,5,6,2 over de *servitus oneris ferendi*:

"Labeo schrijft echter dat niet de mens, maar de zaak deze erfdienstbaarheid verschuldigd is en dat het uiteindelijk de eigenaar vrij staat de zaak prijs te geven."⁶⁰

58 D. 8,5,6,3: Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio.

59 Zie § 2.6, vgl. ook F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford: Oxford University Press 1951, p. 384.

60 D. 8,5,6,2: Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit.

Waar een wezenlijk kenmerk van een persoonlijk recht is dat het de persoon volgt, volgt een zakelijk recht de zaak. Bij de bepaling van het karakter van de actie op grond van de *servitus oneris ferendi* geeft uiteindelijk de doorslag dat de doe-verplichting de zaak volgt en niet de eigenaar. Dit is te zien op het moment dat de eigenaar afstand doet van de zaak. Hoewel de verplichting naar inhoud dus meer lijkt te rusten op de persoon dan op de zaak, maakt het gegeven dat de verplichting de zaak volgt dat zij uiteindelijk toch een zakelijk karakter krijgt toegedicht.⁶¹

3.1 De *actio confessoria*

De naleving van een erfdienstbaarheid tot dulden of niet doen kan worden afgedwongen met de *actio confessoria*. Deze actie kan enkel door de eigenaar van het heersende erf worden ingesteld en kan niet alleen gebruikt worden wanneer het bestaan van de erfdienstbaarheid wordt betwist, maar ook wanneer de uitoefening van de erfdienstbaarheid wordt belemmerd, bijvoorbeeld als er sprake is van een erfdienstbaarheid van *via* en de weg moeilijk begaanbaar is door overhangende beplantingen.⁶²

De beantwoording van de vraag *tegen* wie de *actio confessoria* ingesteld kan worden, hangt samen met het zakelijke karakter van de erfdienstbaarheid. Dit zakelijke karakter heeft tot gevolg dat de erfdienstbaarheid op de zaak blijft rusten, ongeacht onder wie de zaak zich bevindt. Dit kenmerk – zaaksgevolg – heeft de erfdienstbaarheid gemeen met de andere *iura in re aliena*. Zo blijkt uit D. 7,1,60,1 dat het recht van vruchtgebruik, eveneens met de *actio confessoria* af te dwingen, door de vruchtgebruiker kan worden opgeëist niet alleen van de eigenaar van de zaak waarop het recht van vruchtgebruik rust, maar ook van een niet-eigenaar die in het bezit van de zaak is:

"Als het perceel grond, waarvan het vruchtgebruik wordt opgeëist, in het bezit is van een niet-eigenaar, wordt de actie toegestaan."⁶³

Uit het slot van D. 43,20,1,25, dat weer betrekking heeft op erfdienstbaarheden, volgt dat

61 Zie ook: C. Möller, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen: Wallstein Verlag 2010, p. 204.

62 D. 8,5,2,1: Haec autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit: servitutum enim nemo vindicare potest quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutum dicit deberi.

63 D. 7,1,60,1: Si fundus, cuius usus fructus petitur, non a domino possideatur, actio redditur. et ideo si de fundi proprietate inter duos quaestio sit, fructuarius nihilo minus in possessione esse debet satisque ei a possessore cavendum est, quod non sit prohibiturus frui eum, cui usus fructus relictus est, quamdiu de iure suo probet. sed si ipsi usufructuario quaestio moveatur, interim usus fructus eius differtur: sed caveri de restituendo eo, quod ex his fructibus percepturus est, vel si satis non detur, ipse frui permittitur.

de *actio confessoria* ingesteld kan worden tegen iedere derde die de uitoefening van de erfdiensbaarheid belet:

"(...) immers, ook een erfdiensbaarheid kan, indien deze eenmaal is gevestigd, tegen een willekeurige persoon [die daarop inbreuk maakt] met een zakelijke actie geldend worden gemaakt."⁶⁴

Dat de *actio confessoria* kan worden ingesteld tegen eenieder die inbreuk maakt op de erfdiensbaarheid, betoogt ook Luden:

"Es kann also nicht bloß der Eigentümer der belasteten Sache Beklagter sein, sondern auch jeder Andere, welcher den Berechtigten in der Ausübung seines Rechtes hindert."⁶⁵

Hij merkt op dat dit door D. 8,5,6,3 weersproken lijkt te worden:

"Deze actie is eerder zakelijk dan persoonlijk en staat aan niemand anders ter beschikking dan alleen aan de eigenaar van het heersend resp. tegen die van het dienend huis, net zoals de eis bij alle andere erfdiensbaarheden [cursivering NPH]."⁶⁶

In deze tekst wordt immers beweerd dat de actie tot naleving van *servitus oneris ferendi* ter beschikking staat aan alleen de eigenaar van het heersende huis tegen die van het dienende huis, net zoals de eis bij alle andere erfdiensbaarheden. Hierdoor lijkt het alsof de *actio confessoria* slechts tegen de dienende eigenaar ingesteld kan worden en niet tegen eenieder. Volgens Luden moet deze passage echter niet zo begrepen worden. Er zijn zijns inziens twee mogelijkheden. De eerste luidt dat er in de tekst enkele woorden zijn verdwenen.⁶⁷ Hierdoor is de nadruk onbedoeld anders komen te liggen. Er hoort te staan dat de actie op grond van de *servitus oneris ferendi* tegen geen ander dan de eigenaar ingesteld kan worden, zoals dat wel het geval is bij de eis bij alle andere erfdiensbaarheden. De tweede mogelijkheid is dat de passage "*sicuti ceterarum servitutum intentio*" niet op de gehele zin slaat, maar enkel op het eerste gedeelte, waarin staat dat de actie op grond van de *servitus oneris ferendi* meer een zakelijke is. Met andere woorden: Luden concludeert dat D. 8,5,6,3 niet weerspreekt dat de *actio confessoria* kan worden ingesteld tegen eenieder die inbreuk maakt op de erfdiensbaarheid, en niet slechts tegen de eigenaar van het dienende erf.

64 D. 43,20,1,25: *Competit hoc interdictum adversus eum, qui prohibet me aquam ducere, et nihil interest, utrum quis dominium fundi habeat an non. idcircoque is tenetur interdicto: nam et si servitus coepit adversus quemvis posse vindicari.*

65 C. Luden, *Die Lehre von den Servituten*, Gotha: Perthes 1837, p. 248.

66 D. 8,5,6,3: *Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio.*

67 In het Latijn zou in de zin "et non alii competit, quam domino aedium, et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio" voor "adversus dominum" toegevoegd moeten worden "et non in alium".

Deze conclusie lijkt mij juist. Dit volgt ondubbelzinnig uit de hiervoor geciteerde teksten D. 7,1,60,1 en D. 43,20,1,25 en ook nog uit bijvoorbeeld D. 8,5,10,1:

"Met deze actie kan men niet alleen procederen tegen diegene op wiens land het water opwelt of over wiens grond het wordt geleid, maar *naar het voorbeeld van alle andere erfdienstbaarheden* [cursive-ring NPH] ook tegen eenieder, die ons in het watertransport belemmert. En in het algemeen zal ik deze actie kunnen instellen tegen een ieder die de watertoevoer belemmert."⁶⁸

Kenmerkend voor de *actio confessoria* is dus dat deze door de gerechtigde tot de erfdienstbaarheid tegen iedere inbreukmaker kan worden ingesteld.

3.2 Optreden tegen niet-naleving van een doe-verplichting

Het hiervoor reeds geciteerde D. 8,5,6,3 bespreekt tegen wie deze doe-verplichting bij de *servitus oneris ferendi* kan worden ingesteld: alleen tegen de eigenaar van het dienende huis. Dit betekent dat de stut- en herstelverplichting niet nagekomen hoeft te worden door de bezitter, niet-eigenaar van het huis, noch door een gebruiker van het huis op grond van hetzij een zakelijk recht, bijvoorbeeld een vruchtgebruiker, hetzij een persoonlijk recht, bijvoorbeeld een huurder of bruiklenner. Hierin wijkt de actie tot naleving van een doe-verplichting af van de actie tot naleving van een verplichting tot dulden of niet doen. In dit opzicht is de actie tot naleving van de *servitus oneris ferendi* dus meer gekoppeld aan de persoon van de eigenaar dan aan de zaak.

Ook in de situatie dat het dienende erf meer dan één eigenaar heeft, verschilt de actie bij de *servitus oneris ferendi* van de actie bij de andere erfdienstbaarheden. Bij een erfdienstbaarheid tot dulden of niet doen kan iedere eigenaar van de bezwaarde zaak voor het geheel aangesproken worden met de *actio confessoria*.

"En ook wanneer het met een erfdienstbaarheid bezwaarde perceel aan twee eigenaren toebehoort, zal tegen ieder van hen op die manier geprocedeerd kunnen worden, en – zoals Pomponius in hetzelfde boek schrijft – wie er ook als verdediger optreedt, hij moet het geheel afgeven, aangezien dit recht geen verdeling toelaat."⁶⁹

68 D. 8,5,10,1: Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam non ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium. et generaliter quicumque aquam ducere impediunt, hac actione cum eo experiri potero.

69 D. 8,5,4,4: Sed et si duorum fundus sit qui servit, adversus unumquemque poterit ita agi et, ut pomponius libro eodem scribit, quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit.

Dit is bij de *servitus oneris ferendi* anders. Indien het dienende huis meerdere eigenaren heeft, kan niet tegen één van hen voor de gehele doe-verplichting worden geprocedeerd, maar moet de actie worden ingesteld tegen alle eigenaren:

"Papinianus behandelt in het derde boek van zijn *Rechtsvragen* het probleem of, als een huis aan verscheidene eigenaren toebehoort, voor de gehele erfdienstbaarheid geprocedeerd kan worden. En hij zegt dat iedere individuele eigenaar voor het geheel kan procederen, zoals ook het geval is bij alle andere dienstbaarheden, het vruchtgebruik uitgezonderd. Hij zegt dat het advies evenwel niet hetzelfde mag luiden, als het huis dat de last van het naburig huis droeg zich in gemeenschappelijk eigendom bevond."⁷⁰

Ludens verklaring voor de onmogelijkheid om de actie op grond van de *servitus oneris ferendi* tegen één van de eigenaren in te stellen hinkt op twee gedachten. De eerste verklaring luidt dat de individuele eigenaar niet bevoegd is om op eigen houtje – zonder toestemming of medewerking van de overige eigenaren – over te gaan tot het stutten van de muur. Dit is uiteraard waar, maar verklaart mijns inziens niet waarom deze actie tegen alle eigenaren gezamenlijk ingesteld moet worden. Er is namelijk een verschil tussen enerzijds het aansprakelijk zijn voor de naleving of nakoming en anderzijds de naleving zelf. Verplichtingen die voortvloeien uit erfdienstbaarheden zijn steeds ondeelbare verplichtingen. Voor deze verplichtingen geldt dat ieder van de eigenaren aangesproken kan worden voor het geheel:

"Daarom heeft de vergoddelijkte Marcus Aurelius bij rescript hetzelfde [ieder is voor het geheel aansprakelijk, *toevoeging: NPH*] bepaald ten aanzien van standbeelden, een erfdienstbaarheid en alle andere zaken die niet voor verdeling vatbaar zijn."⁷¹

Een andere punt is de daadwerkelijke naleving. Daar speelt bij de *servitus oneris ferendi* het probleem dat de individuele eigenaar niet bevoegd is om zonder toestemming van de overige eigenaren tot het stutten van de muur over te gaan. Dit laat echter onverlet dat één van de tot nakoming verplichte eigenaren aangesproken kan worden voor het geheel, gelet op het ondeelbare karakter van de stutverplichting. Wie aangesproken kan worden en hoe naleving moet plaatsvinden, zijn twee losse vragen.

Het tweede wat Luden ter verklaring aanvoert, verwijst naar het zakelijke karakter van de erfdienstbaarheid. Als gezegd, vloeit uit het hierboven aangehaalde D. 32,11,24 voort dat

70 D. 8,5,6,4: Si aedes plurium dominorum sint, an in solidum agatur, papinianus libro tertio quaestionum tractat: et ait singulos dominos in solidum agere, sicuti de ceteris servitutibus excepto usu fructu. sed non idem respondendum inquit, si communes aedes essent, quae onera vicini sustinerent.

71 D. 32,11,24: Ergo et in statua et in servitute ceterisque, quae divisionem non recipiunt, idem divus marcus rescripsit.

bij erfdienstbaarheden tot dulden of niet doen die rusten op een zaak in eigendom van meer dan één persoon, één voor het geheel kan worden aangesproken. Luden schrijft daarover:

"Denn es handelt sich um die Dienstbarkeit der Sache, nicht der Person."⁷²

Omdat het de zaak is die dienstbaar is, en niet de persoon – de eigenaar – kan iedere eigenaar voor het geheel aangesproken worden. In omgekeerde zin zou dan, in het geval dat wél de persoon in plaats van de zaak dienstbaar is, niet één individu voor het geheel aangesproken kunnen worden, maar moet ieder afzonderlijk aangesproken worden. Dit is bij de *servitus oneris ferendi* het geval, waaruit dan moet volgen dat bij deze erfdienstbaarheid de persoon dienstbaar is en niet de zaak. Deze redenering gaat echter niet volledig op. Immers, in het verbintenissenrecht is er juist sprake van 'dienstbare personen' en niet van een dienstbare zaak. Trekken we de redenering van Luden door, dan zou er ten aanzien van ondeelbare verbintenissen moeten gelden dat alle schuldenaren aangesproken moeten worden. Dit is echter niet het geval, want ook dan geldt dat ieder voor het geheel kan worden aangesproken. Niettemin is het opvallend dat bij meerdere eigenaren van het dienende erf de actie op grond van de *servitus oneris ferendi* anders wordt behandeld dan de actie bij de overige erfdienstbaarheden. Luden heeft daarbij wel gelijk in zijn punt dat de nadruk wordt verlegd van de zaak naar de personen, de eigenaren, doordat de actie uitdrukkelijk tegen alle eigenaren moet worden ingesteld. Bij een ondeelbare verplichting voortvloeiend uit een zakelijk recht blijft het uitgangspunt immers dat de zaak aansprakelijk is voor de gehele naleving. Door de regel dat ten aanzien van de *servitus oneris ferendi* alle eigenaren moeten worden aangesproken, wordt deze aansprakelijkheid in feite losgekoppeld van de zaak en lijkt sprake te zijn van een last die eerder op de personen – de eigenaren drukt – dan op de zaak.

3.3 Recapitulatie

Het uitgangspunt is dat de actie tot naleving van een erfdienstbaarheid door de gerechtigde kan worden ingesteld tegen eenieder die inbreuk maakt op diens rechten. Dat dit anders is bij de actie tot naleving van een doe-verplichting, blijkt uit de teksten over de *servitus oneris ferendi*. Deze actie kan slechts tegen de eigenaar van het dienende gebouw worden ingesteld. Hiermee krijgt deze door de Romeinen als zakelijk bestemde actie een persoonlijke component. Dit persoonlijke aspect komt ook tot uiting op het moment dat de *servitus oneris ferendi* rust op een gebouw dat meerdere eigenaren heeft. In zo'n geval moet de actie tot naleving tegen ieder van deze eigenaren worden ingesteld. Het is dus niet zo dat iedere eigenaar voor het geheel kan worden aangesproken, zoals bij alle andere erfdienstbaarheden het geval is. Ook hierdoor wordt de aansprakelijkheid verlegd van de zaak naar de personen

72 C. Luden, *Die Lehre von den Servituten*, Gotha: Perthes 1837, p. 249.

achter deze zaak, de eigenaren. Een actie tot naleving van een doe-verplichting vertoont dus op twee punten trekken van een persoonlijke actie.

Deze 'persoonlijke karaktertrekken' staan er uiteindelijk echter niet aan in de weg dat actie tot naleving van doe-verplichtingen als zakelijk beschouwd wordt. Dit is ook te zien bij de actie tot naleving van de *servitus oneris ferendi*. Deze is zakelijk, want als de eigenaar van het dienende gebouw ophoudt eigenaar te zijn, blijft de verplichting niet rusten op deze inmiddels ex-eigenaar, maar volgt zij het gebouw. Dit is het cruciale punt waarop deze actie afwijkt van zuiver persoonlijke acties, die immers altijd de persoon volgen, maar ook van acties op grond van het burenrrecht, die weliswaar persoonlijk zijn⁷³, maar door de bijzondere verhouding tussen burenen, die gekoppeld is aan specifieke percelen, wel bepaalde zakelijke kenmerken vertonen.⁷⁴ Echter, het verschil tussen een persoonlijke actie op grond van het burenrrecht en de zakelijke actie bij de *servitus oneris ferendi* blijkt wanneer de eigenaar tegen wie de actie wordt ingesteld, ophoudt eigenaar te zijn van het perceel waarop de actie betrekking heeft. Bij de *servitus oneris ferendi* volgt de stutplicht niet de eigenaar. De eigenaar kan zijn eigendom zelfs prijsgeven om onder nakoming van de stutplicht uit te komen. Bij bijvoorbeeld de actie tot wering van regenwater, een actie op grond van het burenrrecht, geldt in beginsel ook dat dit een actie tussen burenen – eigenaren – is, maar in het geval dat de eigenaar tegen wie de actie wordt ingesteld, zijn erf verkocht heeft om te voorkomen dat hij aangesproken wordt, kan tegen hem een interdict worden ingesteld:

"Ateius zegt dat als degene die het grondwerk heeft uitgevoerd, de grond naderhand aan een ander heeft verkocht om ervoor te zorgen dat hij niet langer eigenaar is, tegen hem met het interdict 'Hetgeen met geweld of heimelijk' geprocedeerd moet worden; en dat, als een jaar verstreken is, de arglistactie verleend dient te worden."⁷⁵

De grondslag voor toekenning van het interdict is dat de voormalig eigenaar heeft willen voorkomen aangesproken te worden. Dit is 'geniepig' gedrag, wat niet het geval zou zijn als de aansprakelijkheid niet op hem – als eigenaar – rustte, maar op de zaak. Dit maakt de actie

73 Zie bijv. D. 39,3,6,5: "Men dient wel te weten dat de actie tot wering van regenwater geen zakelijke, maar een persoonlijke actie is." (*Aquae pluviae arcendae actionem sciendum est non in rem, sed personalem esse.*)

74 Zie bijv. D. 39,3,6,4: "Als iemand de eigendom van een perceel aan een ander overgedragen heeft, voordat hij de actie tot wering van regenwater instelt, verliest hij de beschikking over de actie tot wering van regenwater en gaat deze over op degene wiens eigendom de akker geworden is. Omdat de actie namelijk [mogelijke] toekomstige schade betreft, begint zij [vanaf de eigendomsoverdracht] toe te behoren aan degene die dan eigenaar zal zijn, ook al is nog in de tijd dat de eigendom bij zijn voorganger berustte, het grondwerk door de buurman uitgevoerd." (*Si quis prius, quam aquae pluviae arcendae agat, dominium ad alium transtulerit fundi, desinit habere aquae pluviae arcendae actionem eaque ad eum transibit, cuius ager esse coepit: cum enim damnum futurum contineat, ad eum qui dominus erit incipiet actio pertinere, quamvis, cum alterius dominium esset, opus a vicino factum sit.*)

75 D. 39,3,14,pr.: Antaeus ait, si is qui opus fecerit potentiori vendiderit praedium, quatenus desierit dominus esse, agendum cum eo quod vi aut clam: quod si annus praeterierit, de dolo iudicium dandum.

tot wering van regenwater een persoonlijke. Bij de *servitus oneris ferendi* is het prijsgeven van de zaak door de eigenaar om zich te bevrijden van de last niet 'geniepig', omdat de eigenaar hierbij niet zijn aansprakelijkheid ontloopt; het is immers de zaak die aansprakelijk is.

Een verplichting rust dus op de zaak, wanneer deze te allen tijde de zaak blijft volgen, ook wanneer de eigenaar afstand van de zaak doet om te voorkomen dat hij de verplichting moet nakomen. Met hantering van dit criterium moet dan ook gezegd worden dat het zakelijke karakter van de erfdiensbaarheid zich niet verzet tegen lasten die bestaan uit doe-verplichtingen, mits die verplichting een zakelijk karakter heeft doordat zij steeds de zaak blijft volgen.

3.4 Doe-verplichtingen: een zakelijke actie, maar geen *actio confessoria*?

Voor het zakelijke karakter van een actie – en daarmee van een recht respectievelijk een verplichting – is dus bepalend of de verplichting ten aanzien waarvan de actie wordt ingeroepen, de zaak volgt en – daaraan gekoppeld – of het prijsgeven van de zaak leidt tot bevrijding van de verplichting. Dit is bij de doe-verplichting op basis van de *servitus oneris ferendi* het geval, vandaar het zakelijke karakter van deze verplichting. Niettemin rijst wel de vraag of de bijbehorende zakelijke actie dan ook de *actio confessoria* is.

Als besproken, wordt het karakter van de actie tot naleving van de stutplicht in D. 8,5,6,3 omschreven als '*in rem magis quam in personam*'. Buckland stelt dat deze omschrijving erop duidt dat deze actie niet de *actio confessoria* is, maar een andere zakelijke actie.⁷⁶ Het gegeven dat deze actie slechts tegen de eigenaar van het dienende erf ingesteld kan worden en bij meerdere eigenaren van het dienende erf tegen allen ingesteld moet worden, ondersteunt dit. Voor de *actio confessoria* geldt dit namelijk niet.

De *actio confessoria* wordt bij de 'gewone' erfdiensbaarheid ingesteld om erkenning van het bestaan van de erfdiensbaarheid te bereiken:

"Met betrekking tot erfdiensbaarheden komen ons zakelijke acties toe naar het voorbeeld van die welke het vruchtgebruik betreffen, zowel de erkennings- als de ontkenningensactie: de erkenningsactie aan degene die beweert dat hem erfdiensbaarheden toekomen, de ontkenningensactie aan de eigenaar die dit ontkent."⁷⁷

76 W.W. Buckland, 'The Protection of Servitudes in Roman Law', *The Law Quarterly Review* 1930/4, p. 455.

77 D. 8,5,2,2: De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae ad usum fructum pertinent, tam confessoria quam negatoria, confessoria ei qui servitudes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat.

Bij erfdiensbaarheden die verplichten tot een dulden of niet doen, houdt het proces hier op: erkenning van het bestaan van een dergelijke verplichting volstaat. Dulden en niet doen zijn immers passieve verplichtingen. Bij een verplichting tot een doen, zoals bij de *servitus oneris ferendi*, volstaat erkenning – en daarmee de *actio confessoria* – echter niet. Met de erkenning van een verplichting tot een doen wordt namelijk nog niet bewerkstelligd dat ook aan deze verplichting wordt voldaan. Het afdwingen van de doe-verplichting gebeurt dan ook met de 'meer zakelijke dan persoonlijke' actie uit D. 8,5,6,3.

In feite moet men dan concluderen dat er bij erfdiensbaarheden met een verplichting tot een doen naast de *actio confessoria* – om het bestaan van de erfdiensbaarheid te laten erkennen – steeds een tweede zakelijke actie nodig zal zijn, de actie die wordt beschreven als '*in rem magis quam in personam*'. Met deze laatste actie – door Buckland de actie op grond van het *ius oneris ferendi* genoemd⁷⁸ – kan naleving van de doe-verplichting worden afgedwongen. Dit kan met de *actio confessoria* niet. Dit 'passieve' karakter van de *actio confessoria* hangt ongetwijfeld samen met de omstandigheid dat de Romeinen huiverig waren om lasten op erven te zwaar te maken. Deze huivering blijkt uit de vele Digestenfragmenten waarin nadere regels worden gegeven over de exacte uitoefening van een gevestigde erfdiensbaarheid. De strekking is steeds dat de uitoefening van de erfdiensbaarheid plaats moet vinden op de minst bezwarende wijze en dat – in het geval van het gebruiken of betreden van het dienende perceel – niet verder moet worden gegaan dan noodzakelijk is voor de uitoefening van de erfdiensbaarheid, bijvoorbeeld in D. 8,2,20,1:

"Als uw terrein hoger ligt dan mijn huis en u mij het recht hebt toegestaan over uw terrein naar mijn huis te gaan en vee te drijven en er naar mijn huis geen glooiende toegang is over uw grond, kan ik rechtens treden of een helling nabij mijn deur aanleggen, zolang ik maar niets meer omverhaal dan noodzakelijk is voor mijn recht van weg."⁷⁹

Dit is ook te zien bij de nadere invulling van het recht van drop. Dit recht bestaat voor het druppelen van water vanaf een bepaald niveau dat bij het verkrijgen van de erfdiensbaarheid is vast komen te staan. Toegestaan is dat de druppels vanaf een hoger punt dan oorspronkelijk is vastgelegd, naar beneden op het dienende erf druppelend, vanaf een lager punt mag echter niet:

"Hoe de erfdiensbaarheid van drop ook verkregen is, zij mag naar een hoger niveau opgetrokken worden. Daardoor wordt de erfdiensbaarheid immers lichter, omdat wat van hoog valt, zachter valt en soms door verstuiving de dienende grond zelfs niet bereikt. Drup van een lager niveau laten vallen mag niet, aangezien de erfdiensbaarheid dan zwaarder wordt (...)."

78 W.W. Buckland, 'The Protection of Servitudes in Roman Law', *The Law Quarterly Review* 1930/4, p. 455.

79 D. 8,2,20,1: Si domo mea altior area tua esset tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset, vel gradus vel clivos propius ianuam meam iure facere possum, dum ne quid ultra quam quod necesse esset itineris causa demoliar.

4 Conclusie

De vraag waarom het naar Romeins recht niet mogelijk was om een erfdienstbaarheid te vestigen waarvan de last bestaat uit een doe-verplichting, te vestigen, is in dit artikel vanuit twee invalshoeken belicht: enerzijds vanuit de aard van de erfdienstbaarheid en haar verhouding tot de eigendom en anderzijds vanuit haar afdwingbaarheid. Hieruit zijn twee verklaringen naar voren gekomen voor de onmogelijkheid om doe-verplichtingen in een erfdienstbaarheid op te nemen. Ten eerste is te noemen de verklaring van de Pandektisten, die stellen dat de inhoud van de eigendom bepaalt of een recht een zakelijk karakter heeft. Het recht – de bevoegdheid – om niet te doen is geen inhoud van de eigendom, maar komt iemand '*von Persönlichkeits wegen*' toe. Om die reden belast een verplichting tot een doen – die ingrijpt in die bevoegdheid – de persoon en niet de zaak. Dit maakt dat uit een zakelijk recht als de erfdienstbaarheid – dat de zaak zou moeten belasten – geen recht op naleving van een doe-verplichting kan voortspuiten. Dit bezwaar lijkt echter niet onoverkomelijk te zijn, zo blijkt uit de wijze waarop de Romeinse juristen de doe-verplichting bij de *servitus oneris ferendi* hebben ingepast in het rechtssysteem. De actie tot naleving van de *servitus oneris ferendi* heeft immers toch een zakelijk karakter, omdat volgens de Romeinse juristen uiteindelijk het doorslaggevende criterium was dat de stut- en herstelplicht de zaak volgde en niet de persoon.

De tweede verklaring is het 'passieve' karakter van de *actio confessoria*, vermoedelijk te verklaren vanuit de weerzin onder de Romeinen om de eigendom van een erf of gebouw met te zware lasten te bezwaren. Doordat met de *actio confessoria* enkel erkenning van de erfdienstbaarheid kon worden afgedwongen en dus geen naleving van een doe-verplichting, blijft de zakelijke doe-verplichting een uitzondering. Er moet immers per geval een actie voor in het leven geroepen worden, zoals in D. 8,5,6,3 voor de *servitus oneris ferendi* is gebeurd. De belangrijkste reden voor de inhoudelijke beperking bij erfdiensbaarheden tot verplichtingen tot dulden en niet doen is dus misschien wel gelegen in de huivering om de eigendom van een erf te zwaar te belasten. In die zin staat dus niet zozeer het zakelijke karakter van de erfdienstbaarheid in de weg aan doe-verplichtingen, maar eerder het karakter van de zaak waarop de doe-verplichting zou komen te rusten: een erf.

N.P. Heisterkamp⁸⁰

Groningen

80 Nikki Heisterkamp is als promotiestudente verbonden aan de sectie Rechtsgeschiedenis van de Rijksuniversiteit Groningen.