

90. EIGENDOM VAN DEN GROND EN EIGENDOM VAN DEN
OPSTAL. *)

I.

Reeds herhaaldelijk — zoo in dit Weekblad als elders — is uiteengezet, hoe weinig zeker en vast nog de leer der rechtspraak is omtrent de vraag van de horizontale deeling van den eigendom. De Hooge Raad heeft over deze vraag, over de mogelijkheid, dat de een eigenaar is van den ondergrond, de ander van het daarop gebouwde, wanneer dit nu wèl, wanneer niet kan worden aangenomen, over de kwesties van overbouw en alles wat daarmee samenhangt, een reeks van arresten¹⁾ gegeven, maar één lijn valt daarin niet aan te wijzen, een afgerond beeld bieden zij nog niet. In de nummers 2343 en volgende mocht ik een discussie voeren met mijn ambtgenoot Meijers over de vraag of tusschen de arresten van den H. R. van 11 April 1913 en 27 Maart 1914 over deze materie strijd bestaat.-) Daarna is nog het arrest van 31 October 1914 gevolgd, over welks beteekenis v. d. Dries in dit Weekblad eenige opmerkingen maakte. Sindsdien is, voor zoover ik weet, de vraag niet meer door den H. R. beslist, maar teekend is toch wel dat ons hoogste rechtscollege, toen het er nog eens zijdelings mee in aanraking kwam, het noodig vond, zich slechts uiterst voorzichtig over de zaak uit te laten. Ik doel op het arrest van 13 Maart 1916. N. J. 1916, 576. Het betrof een onteigeningszaak. Een huurder heeft krachtens overeenkomst met den verhuurder op den gehuur-den grond gebouwd en bedongen, dat hij bij eindigen der huur het gebouwde zal mogen wegnemen. De grond wordt onteigend, de verhuurder beweert eigenaar te zijn van de gebouwen en vraagt ook de waarde van deze in de vast te stellen schadevergoeding op te nemen. De Rechtbank weigert dit, volgens den H. R. terecht, immers hij lijdt geen schade. Maar, was hij inderdaad eigenaar van den opstal? Dat laat de H. R. in het midden, voorzigtiglijk heet het „bijaldien moet worden aangenomen, dat een verhuurder-eigenaar reeds aanstonds den eigendom verkrijgt van de gebouwen door zijn huurder in den loop der huurovereenkomst op den verhuurden grond gesticht, in ieder geval enz." Zou indien omtrent deze vraag een vaste rechtsleer bestond, de H. R. zich niet anders hebben uitgedrukt?

*) Weekblad voor Privaatrecht. Notaris-ambt en Registratie nos. 2521 e.v. f20 April 1918 e.v.).

¹⁾ Voor het gemak van den lezer vermeld ik ze hier nog eens: 16 Mei 1883. W. 5035; 25 Maart 1892. W. 6166; 4 Dec. 1903. W. 8004. W. P. N. R. 1776; 22 Dec. 1911. W. 9290. W. P. N. R. 2221; 11 April 1913. W. 9499, W. P. N. R. 2281; 27 Maart 1914, W. 9682, W. P. N. R. 2342; 31 October 1914. W. 9721. W. P. N. R. 2348. Zie ook het proefschrift van A. Fockema, Groningen 1913 en de beoordeeling daarvan door Suyling in Thcmis 1916.

-) Zie Verz. Geschriften III. p. 490 e.v.

Bij dezen stand van zaken kan het niet anders dan nuttig zijn nog eens een poging tot verheldering der voorstellingen te wagen.

In deze beschouwing stel ik één onderscheiding voorop: men moet naar mijne meening uit elkaar houden de gevallen, waar beweerd wordt dat een bepaalde zaak, een huis, een loods, een beplanting of een schutting, die zich op den grond van den een bevindt, aan den ander toebehoort en die andere reeks mogelijkheden, waar een deel van een zaak, b.v. een balcon of een dak uitsteekt boven den grond van een ander dan den eigenaar van die zaak, de gevallen van den opstal op eens anders grond, en die van den uitbouw boven eens anders grond.

De vraag van de verdiepingen-eigendom in het algemeen behoort tot de eerste, die van de mogelijkheid, dat van uit een huis een kamer is uitgebouwd boven het perceel van den buurman, tot de tweede categorie. In de eerste reeks van gevallen gaat het hierom of de leer der natrekking dien grond en eigendom tot één zaak maakt, op absolute gelding aanspraak kan maken, of uitzonderingen mogelijk zijn en zoo ja, wanneer, bij de tweede botst de accessio van den grondeigenaar tegen die van den eigenaar van het uitgebouwde perceel. De vragen hangen samen, maar zijn toch wel te onderscheiden, wij spreken in dit opstel alleen over de eerste.

Meijers heeft in de aantekeningen, die hij in het W. v. h. R. aan de arresten van 1911 en van 1913 toevoegde, op de beteekenis van het recht van opstal en van zijne regeling in onze wet voor deze stof gewezen, ik meen dat inderdaad bestudeering van dit recht het juiste inzicht in onze kwestie geeft, al zijn dan mijne conclusies niet die van mijn ambtgenoot. Voor het opstalrecht vraag ik dus allereerst de aandacht van den lezer.

Dit recht is, gelijk bekend, afkomstig uit het Romeinsche recht. Het is daar een merkwaardig voorbeeld van de wijze, waarop de Romeinen handelden indien het systeem van begrippen, waarmede zij de rechtswerkelijkheid wisten te beheerschen, in botsing kwam met nieuwe eischen van uit dat rechtsleven zelve. Het eigendomsbegrip vormt een der grondslagen van geheel hun systeem; dat één bepaalde zaak niet aan meerderen kan behooren, in dien zin dat het eene deel aan den een, het andere deel aan den ander toekomt, staat voor hen vast. Eveneens is de regel dat al wat met den grond vereenigd is, met dien grond één zaak is, voor hen van zelf sprekend, *superficies cedit solo* is dus een regel *in ius naturale*¹⁾. Maar als daartegen de behoefte opkomt aan iemand,

¹⁾ Vgl. Gajus, *Insi.* II. 7.3: D. -B. 18. 2 (Gajus). 9. 2. 50 (Ulpianus). Hcc is wel merkwaardig naast dit *„ius naturale”* de opmerking te leggen van Suij-ling, die in het aangehaalde beginsel niet anders ziet dan de *„elementaire waarheid”*, dat de eigendom van een /uk noodwendig den eigendom van al de declen in zich sluit".

die niet is eigenaar van den grond, een zoo sterk en volledig recht over het gebouw te verschaffen? Dan wordt het nieuwe recht van superficies geschapen. Of liever dan worden de proces-sueele mogelijkheden in het leven geroepen, het interdict en de actio die de praetor naar omstandigheden geeft, waaruit later de juristen dat recht zullen afleiden. En wanneer ontstond die behoefte? Wanneer de huurder van een stuk grond daarop voor eigen kosten, met eigen materiaal had gebouwd met goedvinden van den verhuurder en met de bedoeling voor zich, zoo lang de huur duurde, zoo volledig mogelijke beschikkingsbevoegdheid over het gebouwde te behouden. En vooral was voor zulk een bijzondere behandeling aanleiding, wanneer hij den grond — omdat hij aan Staat of gemeente behoorde — niet kon koopen. Wij hebben daarvan voorbeelden in inscripties die bewaard zijn gebleven¹⁾. Den eigendom van het gebouwde schreven de Romeinen aan den grondeigenaar toe, hun eigendomsbegrip lieten zij geenszins ter wille van dit geval in den steek, maar de positie van den huurder werd versterkt. Had hij in het algemeen geene — of volgens sommigen nagenoeg geene — bescherming tegen derden, moest hij ook een uitzetting door zijn eigen verhuurder dulden, zij het dan met een recht op schadevergoeding volgens contract, stond hij met name tegenover den koper van het goed machteloos, ten aanzien van dit gebouw had hij van dat alles niets te vreezen, nieuwe rechtsmiddelen werden voor hem in het leven geroepen²⁾). Zijn feitelijke macht over het gebouw, zijn bezit werd door een interdict gehandhaafd, ook tegenover de bezitsbescherming van den grondeigenaar werd hem een beroep op zijn superficies-recht toegestaan en de praetor zeide toe hem ook verder „causa cognita”, naar de omstandigheden van het geval, te zullen helpen. Dat voor latere uitleggers deze vage toezeggingen ruimte voor heel wat twijfel lieten, verhindert niet, dat de zaak hiermede voor het oude recht practisch voldoende was opgelost. Maar het valt niet te ontkennen, dat voor de theoretische beschouwing zoo een zekere tegenspraak werd geschapen. De Romeinen lieten zich terecht bij hun rechtsvorming geenszins door het begrip van eigendom hinderen, maar zij verzuimden zich af te vragen, of dat begrip ook naar aanleiding van de nieuw gevormde instellingen wijziging behoefde. Een gebrekkige begripsvorming werkt ten slotte toch weer op de rechtspractijk terug, doch niet de Romeinen, eerst de lateren, wij zelf hebben dit ondervonden. De grondeigenaar is eigenaar van het gebouw. Maar waaruit blijkt dan die eigendom? waarin bestaat hij? Men heeft zich te allen tijde³⁾) moeite gegeven om dit aan te toonen, maar is nooit verder kunnen komen dan een verwachtingsrecht, krach-

¹⁾ Zie Bruns, Fontes, biz. 344.

²⁾ Vgl. hierover Hijmans, Romcinsch Zakenrecht, eerste druk blz. 117. Girard. Droit romain, biz. 382. en de daar geciteerden. ³⁾ Vgl. b.v. Donellus, Comm. IX, 17, 10.

tens hetwelk de grondeigenaar wellicht nog eens te eeniger tijd in het genot van zijn eigendom zou kunnen treden, terwijl men overigens zich moest bepalen tot het aanhalen van onwaarschijnlijkheden, als het geval, dat tegen een ander dan de superficiarius en zijn rechtsopvolgers wordt gerevindiceerd of dat van de schat die in den grond gevonden wordt. Maar daargelaten, of de som dezer bevoegdheden nu terecht eigendom wordt geheeten, zou dit anders zijn, indien alleen van den bodem, niet van het gebouw aan den grondeigenaar eigendom werd toegekend? Hoe verklaart ge, dat hij die het recht van opsta! had, en niet eigenaar van het gebouw was dan toch maar op de meest volledige wijze over dat gebouw mocht beschikken, tot afbrekens toe? Geen wonder, dunkt me, dat zelfs aan de Romeinen, voor wie, gelijk gezegd, de gedachte, grond en gebouw één, *jus naturale* was, telkens weer de voorstelling — die *Windschcid* ') een niet-juridische noemt — zich opdrong, dat toch eigenlijk de eigendom van het gebouw aan den huurder kwam, dat ook zij zich wel eens lieten ontvallen, dat de superficies van den een, de grond van een ander kan zijn"). Maar doordringen kon deze voorstelling bij hen niet. Eerst de Middeleeuwen wijkten van het stelsel af.

II.

Het zijn de glossatoren geweest, die het begrip van eigendom hebben gesplitst, naast het *dominium directum* het *dominium utile* hebben gesteld. Wat bedoelen zij daarmee? We vinden het uiteengezet in een verhandeling van Thibaut (1801³⁾), die op de latere ontwikkeling der leer van grooten invloed is geweest. Volgens Thibaut is het uitgangspunt der tegenstelling niet dan een vergissing geweest. De glossatoren vonden in de Romeinsche teksten naast de *actiones directae* de *actiones utiles*, naast de acties van den eigenaar de acties die de praetor aan iemand verleende, alsof hij eigenaar was. Naar analogie daarvan spraken zij nu van *dominium directum* en *dominium utile*. Onder het laatste vatten zij dan twee dingen samen: 1". die gevallen, waar de praetor oorspronkelijk den een of ander had beschermd tegen den eigenaar naar streng recht, maar waar de aldus beschermde door het wegvallen der tegenstelling van *jus civile* en *jus honorarium* naar Just, recht eenvoudig eigenaar was geworden; 2". de gevallen, waar de Romeinen een uitgebreid zakelijk recht dat een zeer zware inbreuk

3) Pandectenrecht, 5 169a. noot 9.

4) D. 39, 2. 9. 4: „Si solum sit alterius, superficies alterius (Ulpianus) mot aanhaling van Julianus: „is. ad quem superficies pertinet". Vgl. ook D. 30. 86. 41-Julianus) leegaat van de superficies aan den grondeigenaar is geldig.

4) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Bd. II, n. 3. blz. 71 vlg.

op den eigendom maakt, hadden gevormd en den aldus gerechtigde hadden beschermd, alsof hij eigenaar was. Met name keeren als voorbeelden van de laatste verhouding telkens terug de erfpachter, de opstaller en de leenman. Volgens de glossatoren zijn dezen eigenaar, maar hun eigendom verschilt van den eigenlijken eigendom, het is een *dominium utile*, een eigendom dat een ander boven zich erkent. Het is duidelijk dat deze voorstelling met de Romeinsche eigendomsgedachte, volgens welke de eigenaar juist de eenig rechthebbende ten aanzien der zaak is en ieder ander recht als inbreuk daarop wordt voorgesteld, in strijd is, ook, dat zij alleen dan te verdedigen is, indien zij scherp weet aan te geven, waarin nu de tegenstelling tusschen *dominium directum* en *dominium utile* bestaat. En juist dat heeft de leer nooit vermocht. Pogingen genoeg om het feit, dat erfpachter, opstaller en leenman een macht hebben, die vrijwel even ver gaat als die van den eigenaar, maar dan toch een eigendom boven zich erkent, in scherp omlijnende woorden te vatten, maar geen bleek afdoend. Zoo stortte de leer spoedig ineen, toen Thibaut haar twijfelachtige origine had aangetoond, toen hij haar zwakheid tegenover de zooveel logischer doordachte Romeinsche voorstelling, de onzekerheid van haar nadere omschrijvingen in het licht stelde. Trouwens Thibaut had een voorganger gehad in onzen Ulricus Huber. Reeds bij hem¹⁾ vindt men de opmerking, dat de termen *dominium directum* en *dominium utile* zonder grond zijn overgenomen van de tegenstelling tusschen de *actio directa* en de *actio utilis*, en ook hem ontging het niet dat de voorstelling niet Romeinsch was, de Romeinen ontzeggen immers juist uitdrukkelijk den eigendom aan den erfpachter. Maar hij wijst er ook op, dat het recht van den laatste „*proximum dominio*” is, dat het buitengewoon veel op eigendom lijkt. Dat was het, wat de leer eeuwen door zoo sterken invloed heeft verschaft. Het blijft een bezwaar, dat moeilijk wordt overwonnen, om hem die ongeveer alles over de zaak te zeggen heeft, *het* recht bij uitnemendheid op die zaak te ontzeggen ter wille van een. wiens gerechtigd zijn zich in niet veel anders uit dan in een verwachting voor een verre, bij de zoogenaamd altijd durende rechten zelfs van zeer onzekere factoren afhankelijke, toekomst. Vandaar dat de tegenstelling der glossatoren werd aangegrepen door hunne opvolgers en de eeuwen door werd gehandhaafd, ondanks het verzet van scherpe koppen als Donellus²⁾. En dat zoowel in Frankrijk en in Duitschland, als bij ons.

Ook bij ons — en dit is voor het goed begrip van de ontwikkeling van ons opstalrecht van belang. Zeer duidelijk b.v. bij denzelfden Huber in de Hedendaagsche Rechtsgeleerdheid. Daar staat³⁾: „Nog wordt eigendom gedeeld in beheerschenden en in

¹⁾ Praelectiones juris civilis. Inst. II, 1, n. 15. ²⁾ Vgl. Coram. IX. 17 § 3. 6, 10. ³⁾ II, 14—16.

nuttelijken eigendom. Nuttelijke eigendom is bij degenen, die het meeste genot der zaken hebben, maar echter aan den Heer tot erkennisse van opper-eigendom iets betalen". En juist Huber is hier van belang, daar we bij hem de volledigste beschrijving van het oude opstalrecht vinden en het niet onwaarschijnlijk is, dat het vooral de in de noordelijke provincies voorkomende vormen van landgebruik zijn, die tot vaststelling en invoering van onze titels van erfrecht en opstal hebben geleid. Wij vinden de onderscheiding verder bij Voet¹⁾ en bij anderen. De tegenstelling, die de Groot maakt tusschen „volle en gebrekkelijke" eigendom²⁾ loopt hiermee niet geheel evenwijdig, maar toch mag uit de omstandigheid, dat hij den een of ander den „vollen" eigendom onthoudt, worden afgeleid dat hij hem toch in zeker opzicht weder als eigenaar beschouwt. Hij laat in zoo'n geval — b.v. als het den opstal betreft!³⁾ — nooit na het woord „vol" aan eigendom te doen voorafgaan. Ook hij zoekt door een splitsing van den eigendom de verschillende machtsverhoudingen te systematiseeren, voor hem is zoowel de erfpachter als hij die in erfpacht uitgegeven heeft, de opstaller als de grondeigenaar „gibrekkelijk eigenaar", al worden dan ook de laatsten „gewoonlijk eigenaar genoemd".

Wat was nu het opstalrecht naar oud-Hollandsch recht? Ik zeide al, dat we bij Huber de uitvoerigste beschrijving vinden ⁴⁾. Hij vermeldt dat het in Friesland, vooral ten platten lande zeer gebruikelijk is, dat huislieden, hebbende landen voor lange jaren gehuurd, daarop zetten huizen, stallingen, hooibergen, met kennis van den landheer. Deze vorm van huur wordt „afkopen" genoemd, omdat de huurders — als de grondeigenaar de waarde bij het eindigen van de vorige huur betaald heeft — van dezen of anders van den vorigen huurder de gebouwen afkopen. Dus: óf de huurder van het land bouwt zelf het huis of hij koopt het bij den aanvang der huur. Uitsluitend Friesch was zulk een verhouding niet, de Rechtsgeleerde Observaties⁵⁾ leeren ons, dat reeds in de 15e eeuw in Zeeland soortgelijk gebruik bestond en Simon van Leeuwen, die wel op Hollandsche toestanden het oog zal gehad hebben⁶⁾, deelt mede dat een dergelijk verlof tot bouwen herhaaldelijk door den grondeigenaar aan den huurder met de hier bedoelde gevolgen wordt verleend. Wij zien hier dus een verhouding volkomen gelijk aan die, welke tot het ontstaan der Romeinsche superficies aanleiding gaf: de huurder bouwt het huis. de grondeigenaar erkent hem als de gerechtigde daartoe, hij mag er alles mee doen en ontvangt, als hij bij het eindigen van de huur

¹⁾ Pandect. VI, I, 1.

²⁾ Inleiding II, 3, 10—11; II, 33, 1.

³⁾ Inl. II, 46, 9.

⁴⁾ Hedend. Rechtsgeleerdheid II, 37.

⁵⁾ Deel III, n. 67.

⁶⁾ Censura forensis II, 15, 29.

het gebouwde niet wegneemt, van dezen de waarde vergoed. Bijzondere rechtsregelingen van inheemschen oorsprong vinden wij echter niet vermeld, behalve dan de Zeeuwsche keur, waarop de Observaties doelen, — de schrijvers nemen aan, dat het Romeinsche recht de materie beheerscht, maar het Romeinsche recht zooals zij het begrijpen. Vandaar dat Huber naast de uitspraak: „de rechte eigendom van het gebouwde volgens den gemeenen regel is bij den heer van den grond", deze andere stelt: „dat het huisrecht is een soort van nuttelijke eigendom *en niet anders als de eigendom van een huis op eens anders mans grond*".

De verdere uitwerking omtrent de regeling dezer verhouding, omtrent de berekening der taxatiën enz. kunnen wij ter zijde laten. Wij kunnen hier volstaan met twee resultaten vast te leggen:

1°. Naar Oud-Hollandsch recht worden de grondeigenaar en de opstaller beiden als eigenaar van den opstal beschouwd, de eerste is dan „direct", „vol", de tweede „nuttelijk", „gebrekkelijk" eigenaar.

2°. Het opstalrecht is van de Romeinen af en speciaal in het Oud-Hollandsch recht, niet het vestigen van een bijzonder recht op den grond, maar het verleen van een bijzondere bevoegdheid aan hem, die krachtens de een of andere rechtsverhouding, meest huur, gebruik van den grond heeft. Een bevoegdheid die bestond in — laat ik het woord eigendom vermijden — een zoo uitgestrekt mogelijke macht ten aanzien van het gebouwde en die zijn uitgangspunt vond in het geval, dat het gebouwde door den gebruiker zelve tot stand was gebracht, maar ook mogelijk was, als dit bij den aanvang van het gebruiksrecht reeds bestond (de z.g. afkoop). Hier dient nog nadruk gelegd te worden op een uitspraak van de Groot, die wij en bij Huber en bij van Leeuwen terug vinden, en die we dus als een gemeen recht mogen aannemen, het is deze „dit recht (huisgebouwsrecht, opstal) wordt genoeg verstaan vergund te zijn, als de eigenaar van den grond iemand toestaat op zijn grond te bouwen"). Een uitdrukkelijk beding is dus niet noodig.

Dezen Oud-Vaderlandschen rechtstoestand te bevestigen, was het doel van den titel over den opstal, die bij ons in 1824 werd vastgesteld en afzonderlijk ingevoerd. De huurder of gebruiker van een land, die het bouwrecht heeft verkregen of de gebouwen heeft afgekocht, moet zeker zijn van recht op den opstal en tegenover een ieder beschermd worden. Slechts in één opzicht is het Oud-Hollandsche recht verlaten, maar dat betreft meer een theoretische voorstelling dan een practisch punt.

In het begin der 19e eeuw is de leer van de splitsing van den

¹⁾ Inl. II, 46 § 10. Vgl. v- Leeuwen t.a.p. Huber neemt zelfs in sommige gevallen het bestaan van zulk een recht aan. Indien de huurder *buiten* medeweten van den eigenaar gebouwd heeft (t.a.p. II, 37, 31).

eigendom gevallen, directe en nuttelijke eigendom worden niet meer naast elkaar gesteld. Maar daaruit volgt geenszins dat men terugkeerde tot de Romeinse voorstelling, dat de eigendom van grond en opstal bleef bij den grondeigenaar. Men was zoozeer vertrouwd met het denkbeeld, den opstaller als eigenaar van het gebouwde te beschouwen, dat men als van zelf aanknoopte bij den Code, die zijnerzijds tot het doorbreken van den regel „superficies cedit solo" was gekomen en die in plaats van de tweërlei soort eigendom van den lateren tijd, eigendom van den grond en eigendom van het gebouwde als een zaak op zich zelf had gesteld. In de plaats van de deeling in tweërlei eigendom de deeling van de zaak in ondergrond en gebouw. Dit wordt duidelijk, als wij den gang van de totstandkoming onzer wet nagaan.

Wij beginnen bij het Ontwerp v. d. Linden. Dit kent nog de scheiding van volkomen en onvolkomen eigendom, (Bk. II, Titel II, art. 9) en definieert met behulp daarvan het recht van opstal als volgt: „Het recht van opstal, ook wel huisrecht of recht van afkoop genaamd, wordt door overeenkomst vergund aan huurders van landen, die de daarop staande huizinge, schuren, boomen en plantsoen voor zekere somme volgens gedane begrooting overnamen en het overgenomen gedurende de huurjaren in onvolkomen eigendom als vruchtgebruiker bezitten". Boek II, Titel VI, afd. 3. art. 27¹⁾). De aansluiting aan Huber is duidelijk. Volgt het Wetboek Napoleon voor Holland. Wel herhaalt dat in art. 443 de definitie van den onvolkomen eigendom, die v. d. Linden gegeven had, maar hier is deze bepaling tot een decoratieve fraaiigheid geworden; het Wetboek neemt de mogelijkheid van scheiding van den eigendom van den grond en dien van den opstal van den Franschen Code geheel over en gebruikt deze en niet de vroegere opvatting bij omschrijving van het recht van opstal. Aan duidelijkheid laat de bepaling niet te wenschen. Men zie de definitie van art. 529: Het recht van opstal is het vermogen om op eens anders grond één of meer gebouwen te mogen stichten of hebben en dezelve te mogen gebruiken, men lette op artt. 530 en 531, die telkens weer de bevoegdheden van den eigenaar van den grond tegenover die van den eigenaar van het gebouw stellen. Gelijk in denzelfden geest spreekt het Ontwerp 1820: Het recht van opstal, ook huisbouwrecht genaamd, is het recht om een gebouw, getimmerte of ook boomen en beplantingen te mogen hebben en als eigendom te mogen bezitten op den grond, welke aan een ander als eigendom toebehoort (art. 1280²⁾). En wie nog twijfelen mocht of dat „als eigendom" nu ook werkelijk eigendom is, kan zekerheid verkrijgen, als hij in art. 1283 leest dat bij het eindigen van

¹⁾ Vgl. ook art. 29 ten aanzien van beklemming (de bekleemde meier eigenaar van de huizen).

²⁾ = art. 1468 Ontwerp 1816.

het recht van opstal de eigendom van den opstal overgaat aan den eigenaar van den grond¹⁾. Juist als het laatst bedoeld artikel zegt art. 762 B. W.— dat er klaarblijkelijk aan is ontleend — dat de grondeigenaar in den eigendom van de gebouwen treedt, of zooals de Fransche tekst der wet het uitdrukt: la propriété des bâtimens passe au propriétaire des fonds²⁾. Eindelijk wijs ik er nog op, dat volgens Noordziek³⁾ het de beschouwing van Daam Fockema was, die in zijn sectie aanleiding gaf tot een eenparig bevestigende beantwoording der vraag of het Wetboek over het recht van opstal zou handelen en die daar de thans aangenomen redactie van de omschrijving voorstelde⁴⁾, terwijl deze er van zegt⁵⁾: „dat de gebouwen, hoewel opgericht op vreemden grond, een recht leveren om het eigendom van dezelve met het tijdelijk bezit van den grond door zulke acties tegen ieder te handhaven". Mij dunkt, dit alles is toch wel voldoende om te doen uitkomen, dat ons recht van opstal niet anders is dan het recht om gebouwen enz. in eigendom te hebben op eens anders goed. Ik ben het trouwens met Planiol⁶⁾ eens dat dit door de wet zelve in art. 758 met klare woorden wordt gezegd. Wat zouden deze anders betekenen?

III.

Hebben wij met het voorgaande nog iets anders bereikt dan een bevestiging van de reeds zoo vaak verkondigde, zij het dan ook weer dikwijls bestreden, leer, dat de opstaller eigenaar is van den opstal? Ik geloof het wel. Immers er volgt ook uit, dat het opstalrecht niet anders is dan het recht eigenaar te zijn van gebouwen op eens anders grond en dat wie eigendom van ondergrond en gebouw scheidt, wie een ander verlot verleent te bouwen met bepaling dat die ander eigenaar van de te stichten zaak zal worden, opstalrecht vestigt. Hoezeer dit van de veelal gebruikelijke opvatting verschilt, blijkt het beste, wanneer we eenige uitspraken nagaan van Goudekot in zijn bewerking van Opzoomer. bij wien die opvatting wel het scherpst uitkomt. Opzoomer zelf — wiens ontkenning dat de opstaller eigenaar van het gebouwde zoude zijn. ook niet tot een juist inzicht van het instituut heeft meegewerkt — maakt de opmerking, dat door een gewone huur-overeenkomst het recht van opstal verleend kan zijn. Goudekot^{T)}

¹⁾ Vgl. art. 1472 Ontwerp 1816. zie ook art. 1488 van dit Ontwerp.

²⁾ Misschien is het niet overbodig er aan te herinneren, dat de argumentatie uit deze reeks wetten en ontwerpen reeds bij Diephuis VII. 14 wordt gevonden.

■M 1822—3. II. bl. 359.

M 1823—4. I. bl. 396.

⁵⁾ 1822 3. II. bl. 376.

⁶⁾ I. n. 2526.

M III. biz. 835. noot 1.

geeft in een aanteekening daarbij een voorbeeld „van een geval, waarin partijen verdeeld waren over de vraag, of men met huur dan wel met opstal te doen had". Naar onze meening is dit geer. tegenstelling, de vraag is niet: huur of opstal, maar huur met opstalrecht of huur zonder opstalrecht. In een andere aanteekening ¹⁾ heet het dat „het Fransche droit de superficie wel te onderscheiden is van ons recht van opstal". De „superficiaire heeft niet een afzonderlijk zakelijk recht, doch is eenvoudig eigenaar van het gebouw of de beplanting". En dan volgt: „Zij die aannemen, dat hetzij tengevolge van een overeenkomst, hetzij door verjaring afzonderlijk eigendom van gebouwen enz. volgens ons recht kan worden verkregen, moeten tot de conclusie komen, dat in ons recht *naast* het recht van opstal ook het droit de superficie van den Code Civil voorkomt". Ik meen de onjuistheid ook van deze bewering te hebben aangetoond, onze opstal en het Fransche droit de superficie zijn precies hetzelfde. Ook onze opstal voldoet geheel aan de omschrijving die Goudekot van den Franschen rechtsvorm geeft.

De Fransche ontwikkeling loopt evenwijdig aan de onze. Ook in Frankrijk bestond het opstalrecht vóór de revolutie en had het dezelfde beteekenis als bij ons. Bij de opruiming der feodale rechten raakt het in het gedrang, de huur van korten duur met geringe beschikkingsbevoegdheden van den huurder verdringt vroegere steviger vormen²⁾, voor het vestigen van eigendomsrecht op bebouwingen van den huurder laat zij zoo goed als geen plaats, de Code zwijgt, toch handhaaft zich in sommige streken een gebruik van dien aard en wordt ook elders herhaaldelijk eigendom van grond en gebouw gescheiden. Wat bij ons de wet heeft gedaan, deed hier de jurisprudentie, zij erkent dat het superficies-recht ondanks het zwijgen der wet is blijven voortbestaan. Dat ons recht en het Fransche samenvallen is ook de opvatting der Franschen zelfen. Gelijk bekend is onze opstaltitel met dien van erfpacht reeds in 1824 als afzonderlijke wet ingevoerd, die wet geldt in België nog. Slaat men nu b.v. Planiol op, waar hij over het droit de superficie handelt, dan spreekt hij ook over die wet en er is geen zweem van een meening te vinden, dat die wet over iets anders zou spreken dan over hetzelfde recht dat de Fransche jurisprudentie erkent. En naast een der hedendaagsche schrijvers een vroegere. Als voorbeeld van huur met opstal citeeren alle Fransche auteurs het „domaine congéable" uit Bretagne, een vorm die veel op ons oud-Hollandsch recht van afkoop gelijkt. Dat doet ook Toullier³⁾. welnu, juist bij de bespreking hiervan citeert de Brusselsche uitgaaf van 1829 onze opstalwet.

¹⁾ III, blz. 832, noot 1.

²⁾ Vgl. een aanteekening van Planiol bij een arrest van Hof van Parijs 8 Juni 1892, Dalloz 1892. 2. 409.

³⁾ II. n. 103. Brusselsche uitgaaf. II. blz. 30.

Ik concludeer dus: scheiding door overeenkomst van den eigendom van ondergrond en gebouw is ook naar Nederlandsen recht mogelijk.

Maar, vraagt men wellicht, is er niet een groot verschil tusschen ons recht en het Fransche? Schrijft ons B. W. niet in art. 760 de overschrijving voor van den titel van opstal in de openbare registers en vloeit daaruit niet voort, dat zonder zulk een overschrijving ook geen opstalrecht bestaat? Dat de scheiding tusschen grond en bebouwing dus alleen mogelijk is, als uitdrukkelijk van opstal is gesproken en de titel is overgeschreven? De vraag geeft mij een ongezochte gelegenheid nog eens een enkele opmerking over de beteekenis dier overschrijving te maken. Het mag bekend worden geacht, dat naar mijne meening een recht als dat van opstal gevestigd wordt door den titel, waarbij het wordt bedongen en dat overschrijving slechts dient om het werking tegenover derden te verschaffen, ook, dat deze leer, noch in den vorm zooals zij oorspronkelijk door Hamaker is opgesteld, noch in de eenigszins andere voordracht die ik van haar gegeven heb, veel bijval gevonden heeft. Het is hier niet de plaats om in een uitvoerige bespreking van het vóór en tegen te treden, ik wil enkel op eenige omstandigheden wijzen, die juist hier een keuze voor mijne opvatting zoo gemakkelijk maken. Vooreerst dan de woorden der wet, het is bekend dat daaruit bij de eigendomsoverdracht tegen het door mij verdedigde stelsel kan worden geargumenteed; maar hier? De wet zegt niet anders dan dat „de titel moet worden overgeschreven”, niet, dat zonder dien er geen opstalrecht is en evenmin dat de vestiging door dien titel geschiedt. Wat er gebeuren zal als die overschrijving niet plaats heeft wordt aan den uitlegger overgelaten. Nu is deze bepaling reeds wet sinds 1824, toen de Code Civil nog ten onzent gold en dus van een overschrijving als eigendomsoverdracht, zooals de heerschende leer dat bij ons wil, nog geen sprake was ¹⁾. Ik geef toe, dat door de invoering van art. 671 ook de regel van art. 760 een gewijzigde beteekenis had kunnen krijgen. Maar is dat waarschijnlijk? Laten we de eigendomsoverdracht voor een oogenblik rusten, en vragen wij ons enkel af, of het werkelijk de wil der wet zou zijn, bedingen als dit ook tusschen partijen bindende werking te doen missen, indien zij niet zijn overgeschreven? Het opstalbe-

¹⁾ Ik mag art. 1486 Ontwerp 1816 niet stilzwijgend voorbijgaan, omdat daaraan een argument tegen mijn betoog zou kunnen ontleend worden. Het luidt: „van het recht van opstal bij overeenkomst toegestaan, moet voor het bestuur van de plaats, waar de grond gelegen is, opdracht gedaan worden. Voordat deze opdracht gedaan is, wordt het recht zelve niet verkregen en de toezegging geeft slechts de bevoegdheid om de opdracht te vorderen”. Ik stel daartegenover dat dit art. in het Ontwerp 1820 *niet* voorkomt en dat dit ongetwijfeld verband houdt met het gewijzigd stelsel van eigendomsoverdracht, in 1816: overdracht voor het gemeentebestuur (artt. 1127 en 1141). in 1820: authentiek transport met inschrijving in de registers ter wille van derden (art. 1029); bij het laatste sluit onze wet aan.

ding waaraan men dacht bij het tot stand komen der wet, was een beding bij een huur. Die huur behoeft niet te worden overgeschreven, zou het nu met dit bijzondere element van de huur anders zijn? Is het niet èn historisch èn vooral geoordeeld naar het doel van het wetsvoorschrift, juister in het bevel tot overschrijving de bescherming te zien van hen, wier rechtmatige belangen zonder die overschrijving gevaarloopen?

Mijn conclusie is dus deze: het opstalrecht, d. i. de bevoegdheid eigenaar te zijn van gebouwen enz. op eens anders grond, wordt gevestigd door overeenkomst. Hij, wien dat recht verleend is, kan het tegen zijn tegenpartij inroepen, tegenover derden behoeft hij de overschrijving van den titel.

De vraag is nu: wie zijn die derden? Een vergelijking van twee der geciteerde arresten van den Hoogen Raad kan dat duidelijk maken, ik bedoel de arresten van 1903 en 1911. Het eerste betrof het geval dat een maatschappij op een van de gemeente Amsterdam tot dat doel gehuurd stuk grond een gebouw had geplaatst en daarop hypotheek verleend. De hypotheek wordt betwist door een der concurrente crediteuren der inmiddels gefailleerde maatschappij. De H. R. heeft die betwisting toelaatbaar geacht. Mijns inziens ten onrechte. De maatschappij had van de gemeente opstalrecht verworven en was eigenaar van het door haar gebouwde circus, dat opstalrecht en dezen eigendom konden echter aan derden niet worden tegengeworpen, bij gebreke van overschrijving van den titel. Was nu de concurrente schuldeischer als „derde" te beschouwen? Ik zou meenen van niet, deze beweerde zelf geen enkel recht op den grond of het gebouw, hij ontleende zijn recht aan denzelfde persoon (de maatschappij) als degeen. wiens recht hij betwistte, en dat wel aan hem, die bij den titel, die dan overgeschreven had moeten worden een recht *verkreeg*, niet aan dengeen, die dat recht uit zijn vermogen liet gaan. In geen enkel opzicht dus kan hij gezegd worden vertrouwd te hebben op den rechtstoestand, zooals hij door het verzuim van publicatie scheen te zijn, maar in waarheid niet was, in geen enkel opzicht is hij door het niet overschrijven benadeeld. Onder de derden, wien de titel bij gebreke van overschrijving niet kan worden tegengeworpen, behooren niet de schuldeischers van den verkrijger. De te beschermen derden zijn alleen zij, die zich bij hun handelen door de publicaties in de registers hebben laten motiveeren of althans dat hebben *kunnen* doen. Leg daarnaast nu het geval van 1911. Twee bouwers spreken af dat zij voor gezamenlijke rekening zullen bouwen op den grond van een hunner, daarna verleent deze, de grondeigenaar dus, *alleen* hypotheek op de perceelen. Vraag: is de hypotheek geldig? Hier zou ik met de conclusie van de H. R. meegaan, al zou ik die anders motiveeren. Ook ik houd de hypotheek voor geldig. Door de overeenkomst tussen de bouwers hebben zij naar mijn meening tezamen opstalrecht en dus ook eigendom van de huizen verkregen, doch thans

kan de hypotheekhouder terecht zeggen, dat deze overeenkomst hem niet aangaat. Hij vond in de registers dat de eigendom van den grond slechts door één hunner was bekomen, dien grondeigenaar mocht hij dus ook voor eigenaar van den opstal houden en toen hij eenmaal hypotheek had gegeven, kon hem de niet overgeschreven overeenkomst van vestiging van opstalrecht niet worden tegengeworpen. Hij die zijn recht ontleent aan dengeen die het opstalrecht had gevestigd, is dus wel derde tegenover den titel van het laatste, hem baat art. 762 B. W. wèl. Hetzelfde geldt voor een lateren koper van het goed. Mag ik verder naar mijne bewerking van Asser II⁵, blz. 125, verwijzen?

Door overeenkomst kan het recht van opstal gevestigd worden, uit overeenkomst kan dus voortvloeien, dat de eigendom van den opstal aan een ander komt dan de grondeigendom. Wanneer dat het geval is, is vraag van uitlegging. Een uitdrukkelijk beding is nergens vereischt en ik zou er veel voor voelen, om ook nu nog als in het Oud-Hollandsch recht in het verlot om op eigen kosten te bouwen, door den grondeigenaar verleend, in den regel het vestigen van zulk een recht te zien. Fransche schrijvers als b.v. 'Baudry—Lacantinerie en Chauveau') meenen dat bij huur als noch blijkt van een afstand van den grondeigenaar op de accessies noch van een voorbehoud daarvan, de zaak onzeker blijft tot het einde der huur en den grondeigenaar dan de keus toekomt. Voor een dergelijke, practisch bezwaarlijke oplossing bestaat m. i. weinig reden. Een van tweeën: of het blijkt dat de partijen de vestiging van een afzonderlijk eigendom van het gebouwde hebben beoogd, en dan is er geen reden om aan de verwezenlijking hunner wenschen iets in den weg te leggen, óf dat blijkt niet, maar dan is ook de grondeigenaar eigenaar van den opstal. Van den regel dat opstal en grond één zijn kan afgeweken worden, maar men moet die afwijking dan ook bewijzen.

Vraagt men verder, hoe het bij erfpacht gaat, of de erfpachter dan wel de grondeigenaar eigenaar van den opstal is, dan is die vraag verkeerd gesteld. De zaak ligt niet anders dan bij gehuurden grond") — het komt op uitlegging der overeenkomst aan. Alleen zal reeds in den aard van het erfpachtcontract, in den langen duur en de uitgebreidheid van het recht der erfpacht verleend, een aanwijzing kunnen liggen voor een beslissing ten zijnen gunste. Voor den beklemden meier schijnt het gebruik vrijwel zeker tot een beslissing in dezen zin te leiden.

Eindelijk de vraag of ook door verjaring eigendom van den

) Des Biens (VI. v. d. groote Baudry) n. 30 vlg.

²) Vgl. een goed gemotiveerd arrest van het Hof t. Gent van 29 Mei 1895. Dalloz 1897. 2. 218. verder Rotterdam 18 April 1901. W. 7657. De H. R. heeft bij arrest van 22 April 1901. W. 7600 niet beslist, dat de grondeigenaar bij erfpacht eigenaar van het gebouw is. enkel dat uit geen wetsbepaling voortvloeit, dat de erfpachter eigenaar is. Met onze opvatting is dit arrest geenszins in strijd.

opstal kan worden verkregen. Twijfel zal daaromtrent niet bestaan, indien het recht ontleend is aan een onbevoegde. Maar kan ook de dertigjarige verjaring zonder titel hier te pas komen? Men leert gewoonlijk van niet, en zelf heb ik in mijne bewerking van Asser *) de opmerking laten staan, dat het bezwaarlijk kan blijken dat iemand gebouwen juist als opstaliër heeft bezeten. Veel voorkomen zal dit wel niet, maar uitgesloten is het toch geenszins en onze jurisprudentie geeft er voorbeelden van²⁾, het kan b.v. dat iemand zich wèl gedraagt als eigenaar van de boomen langs een weg geplant, deze snoeit, omhakt, door nieuwe vervangt, maar ten aanzien van den berm zelve, het gras enz. zich van elke bezitsdaad onthoudt. Het opstalrecht kan dan door verjaring verkregen zijn en de eigendom der boomen komt hem bij zulk een verkrijging evengoed toe als bij verkrijging krachtens titel.

Hiermede meen ik dit opstel te kunnen afsluiten. Er zou nog wel iets te zeggen zijn over de gevolgtrekkingen die uit de mogelijkheid van een horizontale scheiding voor het eigendomsbegrip zelve gemaakt kunnen worden, over de plaats die het opstalrecht in het systeem der wet toekomt. Stellig is deze — als trouwens die van den erfpacht — sinds de scheiding tusschen direct en „nuttelijk“ eigendom uit de doctrine verdwenen is, niet zeer bevredigend. Aan de voorstelling: eigendom als al-omvattend beschikkingsrecht met beperkten inbreuk door de dienstbaarheden, worden erfpacht en opstal zonder veel innerlijk verband vastgeplakt. Bruns³⁾) heeft daar indertijd verstandige opmerkingen over gemaakt en terecht volgehouden, dat de tegenstelling der glossatoren, zij mag dan ook haar bezwaar gehad hebben, toch nog zoo dwaas niet was. Maar deze vragen worden bewaard voor een later opstel, ik ga er liever op in, nadat ik nog eenige practische zijden van den inhoud van den eigendom bij onroerend goed heb behandeld.

») II⁵, blz. 226.

²⁾ Tiel 4 Oct. 1907, W. 8943, beu. Hof Arnhem 2 Juni 1909. W. 8943.

³⁾ In zijn bewerking van het Romeinsche recht in de Encyclopaedie van Holtzendorff. In den 6en druk (Kohier) § 42. blz. 352.