

91. UITBOUW EN BOUWEN OVER DE
ERFSCHEIDING. *)

I.

In no. 2521 van dit Weekblad¹⁾ wees ik er op, dat bij de bespreking van de vraag van het bouwen op eens anders grond uit elkaar gehouden moeten worden de gevallen van den opsta! op eens anders grond en van den uitbouw boven dien grond. Bij de eerste hebben wij te maken met de vraag, of een gebouw, een huis, schuur of beplanting, op zich zelf als een zaak te beschouwen, eigendom kan zijn van een ander dan den eigenaar van den grond, waarop het zich bevindt, bij de tweede met de mogelijkheid van het uitsteken van een deel van een zaak, een balkon, een dak, een scheef gezetten muur, een kelder boven of onder eens anders eigendom. De eerste vraag besprak ik in het aangehaalde opstel, over de tweede wil ik hier enkele opmerkingen maken. Veel nieuws zullen deze aan een kenner der materie niet brengen; vooral niet aan hem, die Suijling's beschouwingen over deze zaak in Themis 1916 heeft gelezen. Ik wil echter sommige daar slechts even aangestipte punten wat nader uitwerken en toelichten en het scheen mij niet ongewenscht ook overigens de resultaten mijner studie kort samen te vatten.

Onze vraag kunnen wij weer in drieën splitsen: 1°. wie is eigenaar van het uitstekend deel, de eigenaar van den grond of die van het gebouw dat uitsteekt? 2°. kan de grondeigenaar wegneming van dat uitstekende deel vragen? 3°. heeft hij recht op schadevergoeding?

De eigendomsvraag. Voor onze rechtspraak is dit geen vraag. Het is constante jurisprudentie dat, als de regel dat de eigendom van de grondoppervlakte meebrengt eigendom van hetgeen daarop gebouwd is in botsing komt met den accessieregel, dat eigendom van een zaak eigendom van zijn deelen insluit, de laatste vóórgaat. Suijling heeft") een reeks van arresten opgesomd, waarin deze leer wordt gehuldigd, ik wijs uit den laatsten tijd slechts op de arresten van 11 April 1913""): een kelder behoort aan den eigenaar van het perceel, waarmee hij in verbinding staat, niet aan dien van datgene, waaronder hij ligt, en van 27 Maart 1914 '): een uitspringend dak is van den eigenaar van het huis dat het bedekt, niet van hem boven wiens grond het zich bevindt.

Over de gevolgen dezer beslissing, die naar het schijnt niet die van het Romeinsche recht³⁾ was, aan het slot van het opstel nog een enkel woord. Hier wensch ik eenige beschouwingen in te

¹⁾ Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie nos. 2550 c.v.

(9 November 1918 e.v.).

²⁾ Verz. Geschriften III. p. 498 e.v.

³⁾ T. a. p. blz. 350.

⁴⁾ W. 9499, W.P. N. R. 2281. N. J. 1913, 682.

⁵⁾ W. 9682, W. P. N. R. 2342. N. J. 1914, 618.

⁶⁾ Vgl. D. 41, 1, 28.

vlechten over een geval, dat de H. R.¹⁾ te berechten kreeg en dat door het ingewikkelde der feitelijke verhoudingen een afzonderlijke bespreking wel waard is. Ik meen het proces Kopuit—Zimmerman, waaraan reeds vroeger v. d. Dries in dit Weekblad een aanteeke-ning wijdde.

Zimmerman heeft in huur van Kopuit het perceel Constantijn Huygensstraat 49 te Amsterdam. Met verlof van den eigenaar bouwt hij aan de serre van dat perceel een uitbouw, die uitsteekt boven en rust op den grond van het perceel Helmersstraat 99, dat eveneens aan Kopuit toebehoorde. Op 28 April 1909 verkoopt K. het perceel Constantijn Huygensstraat aan Z., daarbij wordt de uitbouw uitdrukkelijk uitgezonderd; 29 April verhuurt hij deze uitbouw aan den koper, die ook het perceel Helmersstraat in huur had. Zimmerman weigert de huurbetaling, hij beweert dat niet Kopuit, maar hij zelve eigenaar is van den uitbouw en dus de huur nietig is. Dien eigendom grondt hij op het feit dat hij het was die den uitbouw deed aanbrengen en betaalde. Dat dit verweer hem niet kan baten is duidelijk, zoowel de Rechtbank als de H. R. leeren dat de vereeniging van den uitbouw met de serre, een vereeniging die zonder braak niet ongedaan gemaakt kan worden, den huiseigenaar tot eigenaar maakt ook van den uitbouw. Intusschen geeft de verhouding van partijen aanleiding tot een andere vraag, die dank zij den opzet van het proces, in de beslissing van den H. R. niet tot haar recht is gekomen. Aangenomen, dat Kopuit bij het maken van den uitbouw den eigendom verwierf ook van dit deel van zijn huis, kan hij dan dien eigendom bij verkoop van het huis voorbehouden? Uit het arrest blijkt het niet met zooveel woorden, maar uit het vonnis der Rechtbank is wel op te maken, dat die uitbouw steunde op en bevestigd was aan den grond van het perceel Helmersstraat, maar stel eens dat dit niet het geval was, dan was het toch niet mogelijk geweest het perceel Constantijn Huygensstraat te verkoopen zonder den uitbouw? Ik kan mij voorstellen, dat ik mijn huis verkoop zonder het balkon of de serre, die er bij behoort, in dien zin dat ik bevoegd blijf deze uitstekende deelen af te breken, maar zoolang ik ze niet weggenomen heb zijn ze evenzeer als alle andere deelen van het huis, eigendom van den koper, wien het huis is overgedragen. De geheele regel van de accessie steunt toch hierop, dat deze onderdeden rechtens niet als zaken op zich zelf zijn te beschouwen. Een voorbehoud van eigendom van een uitbouw, hangende boven mijn grond, maar deel van het perceel dat ik u verkoop, is dus niet mogelijk. Maar nu komt de bijzondere moeilijkheid in dit proces: de uitbouw was bevestigd op den grond van perceel Helmersstraat. Nu acht ik dit op zich zelf niet van beslissend belangd). Het is mogelijk dat een deel

*) 30 Oct. 1914, W. 9721, W. P. N. R. 2348, N. J. 1914, 1328. ²⁾
V. d. Dries schijnt daarover anders te oordeelen.

van mijn huis bevestigd is op uw grond, het blijft niettemin *mijn* huis en *mijn* eigendom, denk aan het geval van het uitstekende dak, hierboven aangehaald. Daar rustte dit dak op het huis van den buurman. Maar wel kan het zich voordoen, dat die bevestiging zoo is geschied, dat het uiterst moeielijk is uit te maken, of de uitbouw nu deel vormt van perceel Constantijn Huygensstraat of van perceel Helmersstraat: b.v. de uitbouw was toegankelijk uit den tuin van het laatste perceel door middel van een trap — uitbouw en serre van perceel C. Huygensstraat waren geheel gescheiden door een glazen wand, waarin een deur enz. Men kan zoo den casus voldoende gevarieerd denken om zich voor te stellen, dat het feitelijk wel eens moeielijk uit te maken kan zijn, of de uitbouw deel is van het perceel waaraan hij is bevestigd. Partijen hebben hier door bij de koopakte den uitbouw uit te zonderen, dezen blijkbaar niet als onafscheidelijk deel van het verkochte huis beschouwd, bij twijfel zal ook de voorstelling van partijen daaromtrent mede van invloed zijn. Hoe ten deze de toestand precies was blijkt niet, waren er zulke redenen voor twijfel niet, dan had Zimmerman kunnen volhouden: ik ben eigenaar van den uitbouw, niet omdat ik dien heb aangebracht, maar omdat ik het huis, waarvan de uitbouw een niet te scheiden deel uitmaakt, van u heb gekocht. De vraag, of hij op dien grond de geldigheid der huur had kunnen betwisten, is echter den rechter niet voorgelegd.

Tot zoover de eigendoms kwestie. Nu de vraag: moet de grondeigenaar zulk een uitbouw dulden of kan hij wegneming daarvan vorderen? Het is duidelijk, dat *die* vraag met de eigendomsbeslissing niet is uitgemaakt — al heeft vroeger onze rechter een enkele maal anders geoordeeld.

Het antwoord ook op deze vraag ligt voor de hand. De grondeigenaar en hij alleen heeft de bevoegdheid over de luchtkolom boven het aardvlak, dat hem toekomt, te beschikken. Dat is krachtens traditie en letter de inhoud van art. 626 B. W. Wegneming van wat door een ander daarboven is gesteld kan hij dus verlangen, tenzij die ander tot het stellen of hebben van die deelen van zijn gebouw boven eens anders grond het recht heeft. Dit recht kan den bouwer persoonlijk toekomen, het kan ook — en zal in den regel — als erfdiensbaarheid gevestigd en dus door titel of verjaring verkregen worden. Ik herinner weder aan het proces van het uitstekende dak te Heemstede, in 1914 door den Hoogen Raad beëindigd. Uit de feiten wordt daar de verkrijging van een erfdiensbaarheid afgeleid. Tot zoover is alles uiterst eenvoudig. Maar nu kan uit den aard der verhoudingen, waarover we spreken, een complicatie voortvloeien. De inbreuk, die door den bouw boven eens anders grond op den eigendom gemaakt wordt, kan uiterst gering zijn, terwijl het wegnemen daarvan voor den ander een belangrijke schade ten gevolge kan hebben. Kan dit wegnemen niettemin geëischt worden? En zoo ja, wat is dan de invloed van het stilzitten

UITBOUW EN BOUWEN OVER DE ERFSCHEIDING

van den benadeelden grondeigenaar, van het tijdsverloop tusschen inbreuk en klacht — de verjaring voor een oogenblik ter zijde gelaten? Typische voorbeelden van de verhoudingen waarop ik doel, zijn dat van den muur, die enkele centimeters overhangt boven het terrein van den buurman en dat van dien anderen muur, dien de eigenaar een minimaal eindje buiten zijn eigen grond optrok, zoodat ook de oppervlakte van den buurman voor eenige vierkante centimeters in beslag is genomen. Mag onder alle omstandigheden afbraak worden gevraagd? Maar ook bij den uitbouw van erker of balkon kunnen soortgelijke vragen rijzen. Hierover een volgende maal.

II.

De Amsterdamsche Rechtbank kreeg in 1915 het volgende geval te berechten¹⁾. Geel en van Bommel zijn eigenaren van aan elkaar grenzende perceelen te Watergraafsmeer. Van Bommel heeft op zijn terrein een huis gebouwd, waarvan de muur overhangt over het terrein van eischer (Geel), en wel tot een diepte van 14 centimeter op een hoogte van 12 Meter. Geel, die zelf aan het bouwen is gegaan, heeft v. Bommel gesommeerd dien muur af te breken. Deze heeft daaraan niet voldaan, waarop Geel zijn bouw heeft voortgezet en thans in rechten vordert: wegneming van de eigendomsbelemmering met betaling van f 100 per dag voor iederen dag dat ged. nalatig zal blijven aan 's rechters bevel te voldoen en schadevergoeding. De Rechtbank wijst de eerste vordering af, die tot schadevergoeding toe.

Het loont de moeite hare motiveering na te gaan. Eischer had zich in de eerste plaats beroepen op art. 702 B. W.: „Alle gebouwen, schoorsteenen, muren, heiningen of andere scheidingen, welke, hetzij door ouderdom, hetzij uit anderen hoofde dreigen in te storten, en die het naburige erf in gevaar brengen, *of over hetzelfde heen hangen*, moeten afgebroken, opgebouwd of hersteld worden op de eerste aanmaning van den eigenaar des naburigen erfs". De Rechtbank zegt daarvan: „dat dit artikel, zoowel bij woordelijke interpretatie als ook, wanneer het wordt beschouwd in verband met het Romeinsche rechtelijke instituut der *cautio damni infecti*, waarmede het de meeste gelijkenis vertoont en waaruit het althans *kan* zijn afgeleid, de verplichting tot afbraak, opbouw of herstel alleen vaststelt ten aanzien der muren, wier overhanging met dreiging van instorting gepaard gaat, wat in casu niet gesteld is". Nu is het mij inderdaad duister hoe de Rechtbank zich voor hare opvatting op een woordelijke interpretatie van art. 702 kan beroepen, het artikel stelt toch immers *naast* elkaar het in gevaar brengen van het naburige erf en het daarover heen hangen, hoe

¹⁾ Vonnis 11 Jan. 1915, W. 9848, Ned. Jurispr. 1915, 817.

had de wetgever duidelijker kunnen uitdrukken, dat hij in deze *beide* gevallen de actie tot afbraak verleende? Ik kan mij voorstellen, dat men ondanks de letter der wet gevaar voor instorting eischt, maar de letter als argument? Niet veel sterker is het historische argument; van verband met de Romeinsche *cautio damni infecti*, waarover de Rechtbank zich terecht uiterst voorzichtig uitlaat, blijkt niets. Veel waarschijnlijker is, gegeven het niet voorkomen van art. 702 in den Code en de gewone methode van de samenstellers van ons B. W., samenhang met het W. N. v. H. en het Ontwerp 1820 en daar lezen we met afdoende duidelijkheid, dat niet het gevaar voor instorting, maar enkel het feit van het overhangen de actie tot afbraak motiveert. Men zie *naast* art. 567 W. N. v. H.: „Alle muren, staketsels en andere gebouwen, die door ouderdom en bouwvalligheid buiten het paslood geraakt zijnde, over eens anders erf heen hangen, moeten op eerste klachten worden ingetrokken”, art. 566: „Niemand heeft zonder servituut het recht om zijn gebouw of zijn balcon over zijns buurmans erf te laten heenschieten, integendeel in het bouwen buiten zijn paslood gaande, is hij gehouden om hetgeen verder uitsteekt, in te trekken”. En art. 1220 Ontwerp 1820 (blijkbaar aan de vorige ontleend): „Niemand is naar de wet bevoegd om zijn opbouw of zijn balcon over zijns buurmans erf te laten heenschieten of iets anders over hetzelfde uitspringende te hebben; integendeel in het bouwen buiten het bouwen van zijn eigen erf gaande, is hij gehouden om hetgeen verder uitsteekt, weder in te trekken; zelfs moeten alle gebouwen, muren, heiningen of andere staketsels, die door ouderdom, bouwvalligheid of andere oorzaken buiten het paslood geraakt zijnde, over eens anders erf heenhangen, op de eerste klachte worden hersteld of afgebroken”.

Naast art. 702 meende eischer steun te kunnen vinden in art. 625 B. W.). Volgt men de opvatting die deze eischer van art. 702 verdedigde, dat n.l. het enkel overhangen de vordering tot wegneming motiveert, dan is dat artikel trouwens niet dan een toepassing van den algemeenen eigendomsregel. Wie over-bouwt doet wat alleen de eigenaar mag doen. Maar ook dit beroep kan hem niet baten, naar het oordeel der Rechtbank. Zij „laat daar” of in het algemeen de eigenaar van een bouwterrein het recht heeft om wegneming te vorderen van al datgene, wat hem behoudens rechten van derden bij de bebouwing van dat terrein hindert, maar oordeelt dat in ieder geval de eischer dit recht niet meer heeft,

¹⁾ Soortgelijk was de casuspositie — en ook de beslissing — in een geval, berecht door het Hof te 's-Gravenhage 10 Nov. 1913, W. P. N. R. 2296. Daar wordt den app. tegengeworpen „dat zijn eisch niet is gebaseerd op art. 625, doch op artt. 702 en 703 B. W.” Zullen onze rechters dan nooit inzien, dat het volkomen onverschillig is, waarop een partij zijn vordering baseert, en het enkel aankomt op de vraag of de gestelde feiten de gevraagde veroordeeling motiveeren?

nu hij na zijn sommatie reeds tegen of naast den „litigieuzen" muur gebouwd heeft „zoodat de uitoefening van zijn eigendomsrecht door die overhanging geen hinder meer kan ondervinden". Ook deze motiveering vind ik weinig bevredigend. Vooreerst: Geel had eerst gesommeerd en daarna was de bouw begonnen, hij bouwde als het ware onder protest. Stel Geel had niet gebouwd maar de beslissing der Rechtbank afgewacht; zou zij dan anders hebben geluid? De redactie der overweging dwingt tot een bevestigend antwoord, maar dan zou de schade aanzienlijk zijn vergroot. Kan zulk een houding rechtens verplicht zijn? Eigenaardiger wordt dit nog, als we naast deze motiveering de beslissing omtrent de schadevergoeding leggen. Deze vordering wordt toegewezen, hier wordt — wat boven is daargelaten — uitgemaakt dat het bouwen over de erfscheiding wèl hinder is, onrechtmatig en grond voor schadevergoeding. En ik dacht dat die hinder naar 's rechters oordeel niet meer bestond? Ja maar, zal de Rechtbank antwoorden, hij heeft bestaan, doordat de buurman genoodzaakt is geweest aan het opgetrokken huis een geringe breedte te geven. M. a. w. de toestand is nu niet onrechtmatig meer, maar het bouwen zelf was het wel. Doch hoezeer men zich met dergelijke redeneeringen vast-praat, blijkt als we er op letten, hoe de Rechtbank den ged.-eigenaar de bewering, dat niet hij, maar de man, die voor hem bouwde, zich onrechtmatig heeft gedragen, uit de hand slaat. Dan heet het: „dat, wanneer eenmaal wordt aangenomen, dat de toestand van overhanging, als strijdig met het subjectief recht van den buurman onrechtmatig is, daarvoor verantwoordelijk is hij, die op een gegeven oogenblik eigenaar van het overhangende perceel is, daar hij het is die dien onrechtmatigen toestand in stand houdt en aldus een onrechtmatige daad pleegt". Een onrechtmatige toestand en strijdig met het subjectief recht van eigendom toch geen hinder in datzelfde eigendomsrecht? Waarlijk: uit één stuk kan de motiveering der beslissing niet heeten. Vanwaar deze weinig gelukkige overwegingen bij een Rechtbank, die toch, samengesteld als zij bij deze gelegenheid was, meer dan gewone waarborg voor goed werk bood? Ligt het niet voor de hand deze hierin te zoeken, dat zij de beslissing: toewijzing der schadevergoeding met afwijzing der wegnemingsactie wilde en naar een weg heeft gezocht die uitkomst te bereiken? Het geval geeft een interessante bijdrage tot de psychologie der rechtspraak. Maar daarop kan ik thans niet ingaan, ik wil enkel doen uitkomen dat mijn kritiek niet de beslissing betreft maar de motiveering. Met de beslissing vereenig ik mij — met een gering voorbehoud, waarover zoo straks, gaarne.

Maar waarom dan deze kronkelwegen ingeslagen om dit resultaat te bereiken? Omdat — zou ik willen antwoorden — inderdaad naar streng recht, enkel naar de wet gemotiveerd, de vordering tot wegneming had moeten worden toegewezen, maar tegelijkertijd een dergelijke beslissing kennelijk onbillijk geweest zou zijn. Hoe, een

nieuwe muur zou moeten worden afgebroken enkel omdat hij op 12 M. hoogte 14 centimeter uitsteekt? daarmee zoude toch een kostenbedrag gemoeid zijn, dat zacht uitgedrukt volkomen onevenredig zou zijn aan de schade, die de benadeelde werkelijk lijdt. En die zware last zou op den bouwenden eigenaar worden gelegd, ook indien hij volkomen te goeder trouw zich vergiste? We voelen het onrecht in zulk een uitspraak en toch dicteert de wet haar, zoo in het algemeen in zijn eigendomsregeling als in het bijzonder in de bepaling van art. 702 B. W.

Hoe aan de wetsbepalingen te ontkomen en toch een betoog te geven, dat zich geheel aan de wet en aan de gebruikelijke methoden van wetsuitlegging aanpast? Ziedaar de moeielijkheid, waarvoor de rechter stond en in welker oplossing hij niet gelukkig was.

III.

Eenige analogieën uit oude rechtspraak.

Leyser vertelt van een beslissing van de faculteit van rechtsgeleerdheid van Helmstätt van 1718 ¹⁾. Een ridder heeft een steenbakkerij gebouwd en is daarbij iets over de grenzen gegaan van zijn grond en de gemeene weide, waarop de boeren gewoon zijn hun vee te drijven. De boeren vorderen afbraak van het gebouwde, zij winnen in twee instanties hun proces, maar de faculteit oordeelt anders; zij legt enkel aan eischers een schadevergoeding toe. Want zegt zij „bei Grenz-streitigkeiten kommt es gântzlich auf die Bil-ligkeit und des Richters Gutachten an". Leyser doet voorts een beroep op „den favor aedificiorum, quae sine gravi causa rescendi non oportet" en op de overweging dat de rechter niet contra bonum et aequum recht mag spreken.

Naast het Duitsche geval een Fransch. In 1618 stond een Fransche rechter, die naar Normandisch recht te oordeelen had, voor volkomen dezelfde vraag. Vaststond de usurpatie van eens anders terrein, ditmaal zelfs tot een breedte van anderhalven voet, vast ook, dat tot deze handeling geen enkel recht bestond, maar vast stond ook dat „quand dans le rigueur du droit il serait tenu l'abattre, dans l'équité qu'on devait plutôt suivre, on ne pouvait le condamner qu'à l'estimation et aux intérêts du demandeur plutôt que de démolir un grand édifice . . ." En zoo werd beslist, deelt Basnage ons mee²⁾.

Eindelijk een herinnering aan Oud-Hollandsch recht. Ook daar gold de regel dat een muur die over het erf van den buurman hing, op kosten van den eigenaar recht moest worden gezet, maar te Rotterdam bepaalde de keur, dat alleen hij die zelf wilde bouwen

¹⁾ Meditationes ad Pand. VII, 447, geciteerd bij Wolff. Der Bau auf fremdem Boden, blz. 3.

²⁾ Sur l'art. 60 de la coutume de Normandie, t. a. p. 116, geciteerd bij Demo-lombe, IX. 691/er.

gerechtigd was dit te vorderen en te Dordrecht werd zelfs dezen de vordering ontzegd, indien hij door zijn balken in 's buurmans muur te leggen voldoende zijn belangen kon verzorgen¹⁾).

Overal hetzelfde conflict tusschen het strenge recht en de billijkheid, overal pogingen de laatste ten koste van het eerste te redden. De Fransche rechter van 1618, de Duitsche van 1718 en de Nederlandsche van 1915 vonden daarbij, waarschijnlijk wel onafhankelijk van elkaar, dezelfde oplossing: wel recht op schadevergoeding, geen recht op afbraak. In resultaat is dit wel bevredigend, eenvoudiger zeker dan de uitweg dien Demolombe aanbeveelt²⁾ en een Fransch rechtscollege eens volgde³⁾: bevel van den rechter tot verkoop van het perceel met verdeeling der opbrengst naar evenredigheid van het door ieder der betrokkenen bebouwde terrein.

Maar zoolang die billijkheid slechts vaag wordt gevoeld en niet in algemeen verband kan worden gebracht, blijft de rechter in een toegeven aan haar eischen iets zien wat hij wel graag doen zou, maar toch eigenlijk niet doen mag. Vooral bij de opvattingen over de verhoudingen van rechter en wet die in de 19e eeuw heerschende waren en veelal nog worden aangehangen, was zoo iets hem streng verboden; *dura lex, sed lex*, zeide men. Door latere Duitsche schrijvers zijn Leyser en de faculteit van Helmstädt om hunne uitspraak vaak genoeg verketterd. Een Fransch arrest van 1888⁴⁾ dat een actie tot wegneming had geweigerd in een geval van het uitsteken van fundamenteen onder den grond, waarvan de buurman niet den minsten last had, wordt door Baudry-Lacantinerie⁵⁾ alleen verdedigbaar geacht met de stelling „*malitiis non est indulgendum*” en in strijd met de jurisprudentie van het Hof van Cassatie. En ook ten onzent kennen de wets- en ontwerp-bepalingen van 1809 en 1820, die ik aanhaalde, niets meer van de verzachtingen der Rotterdamsche en Dordtsche keuren, geeft hare redactie integendeel sterk den indruk van een onvoorwaardelijk erkennen van het recht van den eigenaar, boven of onder wiens grond is getimmerd. En de rechtspraak in de 19e eeuw wist dat recht ook rigoureuus te handhaven⁶⁾.

Nu is er gelukkig één middel, waarmede men somtijds den on-

¹⁾ Fockema Andreae, Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht, I, blz. 254.

²⁾ T. a. p.

³⁾ Besançon 5 avril 1887, D. 1888, 2, 222.

⁴⁾ Limoges 4 juillet, 1888, D. 1892, 2, 285.

⁵⁾ Deel VI (Chauveau) n. 377. De Franschen achten art. 555 (artt. 656—8) toepasselijk, en meenen dat dus de eigenaar van den grond eigenaar is van dat deel van den muur dat buiten de loodlijn van de grens is opgetrokken (zoo b.v. Planiol, I, 2735), zij vergeten dat het hier geldt een deel van een muur tot een huis behorend, niet een zelfstandige constructie. Dat heeft allerzonderlingste gevolgen, waarvan Baudry alleen weet te zeggen, dat „*la nécessité imposera le plus souvent un arrangement amiable*”. Te dezen aanzien is onze rechts-toepassing te verkiezen.

⁶⁾ Zie Léon—Canes ad art. 702.

gelukkigen eigenaar, die tot afbraak zou moeten worden verplicht, te hulp kan komen en dat geheel past in de door traditie geijkte methode der rechtspraak. Heeft de eigenaar in den uitbouw toegestemd, dan kan hij later niet op die toestemming terugkomen. Die toestemming kan uitdrukkelijk worden gegeven, zij kan ook uit de feiten worden afgeleid. En nu zien wij hier gebeuren, wat ook in de contracts-uitlegging zoo vaak is geschied: de rechter stelt vast, dat datgene, wat hij als billijk en rechtvaardig verlangt, ook door partijen is gewild. Nu wordt uit het niet dadelijk protesteeren, uit het stilzwijgen een goedvinden van de overschrijding der grenzen afgeleid. De Duitschers zeggen: het recht gaat door Ver-schweigung te niet. Het Pruisische Landrecht¹⁾ en het Oosten-rijksche Wetboek²⁾ doen dan nog een stap verder en zij laten het beroep op den vermoedelijken wil van den betrokken persoon varen en zeggen eenvoudig in het algemeen: wie niet „sofort" protesteert, verliest zijn recht. Intusschen, kan zoo een toestand beschermd worden, die reeds jaren bestaat, zonder dat echter de verjaringstermijn is afgelopen, afdoende is het hulpmiddel niet. Vooreerst baat het niet, indien de aangevallen eigenaar wèl protesteert maar niettemin zijn belang bij afbraak uiterst gering is, vergeleken bij dat van den ander. Voorts is de vraag niet te ontwijken of zulk een stilzwijgende toestemming niet alleen den eigenaar bindt, die toestemt, maar ook zijn opvolgers in den eigendom, niet alleen hem baat, wien zij bij het bouwen geacht wordt gegeven te zijn, maar ook wie de zaak verkregen heeft. De billijkheid zou een bevestigende beantwoording dezer vraag vorderen, maar hoe haar rechtens te fundeeren? En eindelijk: is die toestemming niet veelal pure fictie? Hier als in het contractenrecht kan zij dienst doen om een resultaat dat gewenscht wordt te bereiken, maar is het dan niet oprechter hier en daar te zeggen dat het resultaat recht is omdat het billijk is, niet omdat partijen het hebben gewild — waarvan men toch vaak zoo weinig weet. In het overeenkomstenrecht wordt het langzamerhand het intrappen van een open deur als men betoogt, dat de overeenkomst te goeder trouw moet worden ten uitvoer gelegd en dat die goede trouw er toe kan leiden een der partijen een bevoegdheid te ontzeggen, die hem naar de letter van het contract zou toekomen, maar ook in andere rechtsverhoudingen moet het denkbeeld doordringen, dat een rechtstoepassing, die naar den regel der wet gerechtvaardigd, toch naar den hoogereren maatstaf, waarvan ook die regel een uitvloeisel is, kennelijk onrecht zou zijn, niet mag worden geduld, dat, zooals Suijling³⁾ het uitdrukt, alle recht in redelijkheid moet worden uitgeoefend. Het is het denkbeeld, dat ook een recht misbruikt kan worden. Voor het

¹⁾ I, 9, 332.

²⁾ § 418.

³⁾ T. a. p. blz. 347.

eerst als een algemeenen norm uitgesproken in het Duitsche Wetboek, maar daar nog te eng omschreven¹⁾, is het door art. 2 van het Zwitsersche Wetboek tot grondslag van de geheele rechts-toepassing gemaakt: „Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz“. Tegen den term misbruik van recht heeft Planiol²⁾ en in navolging van hem Goudekot³⁾ te onzent bezwaar gemaakt — misbruik van recht zou niet bestaan, het recht houdt op, indien het zou worden uitgeoefend buiten zijn grenzen, Le droit cesse où l'abus commence. Het bezwaar schijnt overtuigend, maar is toch eigenlijk zuiver terminologisch; bovendien zou ik den term gaarne willen verdedigen, hij doet goed gevoelen, waar het hier op aankomt: dat namelijk *geen* recht onvoorwaardelijk op handhaving aanspraak heeft; bij iedere rechtstoepassing heeft men zich af te vragen of datgene wat naar algemeenen regel recht zou zijn door deze toepassing niet kennelijk tot onrecht wordt. Het is thans niet het geschikte oogenblik draagwijdte en beteekenis van dezen regel — en ook weder *zijn* grenzen — nader aan te geven, maar wèl wil ik als mijn overtuiging uitspreken, dat hij naar ons recht evengoed geldt. Dit is ook de meening van de Franschen die de leer van het abus de droit verdedigden⁴⁾. Bij ons is hij ongeschreven, maar geldt dit niet evenzeer voor den regel, dat ieder aan eigen handeling gebonden is, dat niemand zich verzetten mag tegen een daad van een ander, waarin hij reeds van te voren heeft berust? En dit zijn toch regels die telkens en telkens weer worden gehanteerd, die voor iederen rechter van zelf sprekend zijn en ook in deze materie worden gebruikt. Iedere regeling eischt het wringen der feiten in een bepaald schema. Dat daarbij onbillijkheden voorkomen is onvermijdelijk; maar worden deze zóó sterk, dat de rechtstoepassing tot een aanfluiting voor het rechtsbewustzijn zou worden, dan moet het den rechter vrijstaan die rechtstoepassing te weigeren. Het is een uiterst redmiddel, dat stellig niet dan bij uitzondering mag worden toegepast. Maar als zulk een uitzondering is het noodig. Men kan dit ook zoo uitdrukken: het is de concrete billijkheid die zich handhaaft tegenover den algemeenen rechtsregel. En waar de billijkheid altijd betreft het bepaalde geval, zal bij de beoordeeling met alle bijzonderheden van het geval rekening gehouden moeten worden, zal, waar de rechter niet door de wet is gebonden, invloed moeten worden toegekend aan punten als: goede trouw, stilzitten

¹⁾ § 226: misbruik alken als de handeling enkel ten doel kan hebben benadeeling van den ander. (Chicaneverbod.)

²⁾ II. 871.

³⁾ W. P. N. R. 2229.

⁴⁾ Vgl. b.v. voor het Fransche recht Colin et Capitant. II, blz. 371 en de daar geciteerde auteurs. De Franschen behandelen echter ten onrechte de leer als onderdeel van het vraagstuk der schadevergoeding uit onrechtmatige daad.

van den benadeelde, diens eigen handelen enz., al die zaken die ook bij onze stof ter sprake kwamen.

Ziehier dus wat, dunkt mij de Amsterdamsche rechtbank de eischende partij had moeten voorhouden: „gij misbruikt uw recht door afbraak te vorderen van een muur, die op 12 Meter veertien centimeter uitsteekt, het nadeel dat uit vervulling van uw wensch voor uw buurman zou voortvloeien is volkomen onevenredig aan het voordeel, dat gij er bij hebt". En hierbij kan dan ook de argumentatie der Rechtbank dienst doen: „dit klemt te meer nu ge zelf al hebt gebouwd en dus met de ruimte die vrij zou komen niets kunt uitvoeren. Uw voordeel is nihil, zijn nadeel groot. Een zoo onbillijke uitspraak kunt ge van mij niet verwachten". Het was het burerecht, waaruit het denkbeeld der chicane zich ontwikkelde, de nijdbouw gaf aan Fransche en Duitsche opvattingen beiden den grondslag, het stellen van werken op eigen terrein wordt ongeoorloofd als het geschiedt „uit enkel spijt ende kregelheydt, om synen naeste te quellen sonder syns selfs nut of profijt", gelijk reeds het Tielsche stadsrecht van 1659 voorschreef¹⁾. Veralgemeend leidt dezelfde gedachte tot de conclusie, dat evenals eigen handelen verboden kan worden, evenzoo in gelijke omstandigheden het vorderen, dat de ander iets doet, onrechtmatig wordt.

Wordt dit denkbeeld in deze stof erkend, dan bestaat er weinig behoefte aan speciale bepalingen als de Duitsche en Zwitsersche wet kennen. Uitdrukkelijk ontzeggen deze de actie tot wegneming bij niet tijdig protest tegenover hem, die te goeder trouw bouwde (Zwitsersch) of die — zooals de Duitsche wet het ruimer en beter zegt — zonder opzet of grove schuld handelde²⁾. De benadeelde behoudt echter zijn recht op schadevergoeding.

Volgt men deze opvatting, dan is ook volkomen duidelijk, waarom het recht op wegneming wegvalt, dat op vergoeding blijft, wat in de motiveering der Rechtbank zoo duister schijnt. In het algemeen zijn beiden aan dezelfde voorwaarden gebonden. Waar het echter misbruik wordt afbraak te vorderen, kan dit van de vordering der geld-vergoeding niet worden gezegd. Vandaar dat ook ik de uitkomst, waartoe de Amsterdamsche Rechtbank kwam, volkomen juist oordeelde. Ik maakte boven een gering voorbehoud. Het is dit. Had de Rechtbank niet goed gedaan van hare bevoegdheid om de schade direct te begrooten, gebruik te maken? Het wordt toch een schadevergoeding ex aequo et bono, had zij den eischer dadelijk de geringe som toegelegd, die hem toekomt omdat zijn bovenkamers 12 c.M. minder breed zijn. dan hij recht had ze te bouwen, nog beter zou het chicaneuse in dit proces zijn uitgekomen.

Ten slotte nog iets over de eigendomsvraag. De Duitsche en Zwitsersche wetten kennen de mogelijkheid, dat de eigendom van

¹⁾ Fockema Andreae, t. a. p. I, blz. 255.

²⁾ Zw. wetboek art. 674, Duitsch § 912 vlg.

den grond, die overbouwd is, aan den eigenaar die over de schreef ging tegen vergoeding wordt toegewezen. Hiervoor is wel iets te zeggen. Daarvan is in ons geldend recht geen kwestie. De eigenaar van den grond blijft eigenaar. Hij moet het overhangen dulden, maar verder gaan zijn plichten niet. Wil de buurman boven op die muur een nieuwe verdieping zetten, hij kan dadelijk er tegen opkomen. Breekt de buurman af, de nieuwe muur zal in de loodlijn van de grenzen van den grondeigendom moeten worden opgetrokken. Van een servituut-verkrijging is hier geen sprake. Er was geen bezit waartegen verzet kon plaats hebben, door den duur van den toestand wordt dus geen recht geboren¹⁾. Dit moeten wij goed in het oog houden: — en dit geldt zoowel voor den uitbouw die krachtens recht geschiedt, als voor dien welke moet worden geduld omdat het rechtsmisbruik zou zijn afbraak te verlangen — het is alleen de grondeigendom die het recht van bouw geeft, niet de eigendom van eenig deel dat boven den grond uitsteekt. Het is een misverstand geweest van het Hof te Amsterdam²⁾, toen het den eigenaar van het uitgebouwde dak toestond nog boven dat dak opnieuw te gaan bouwen, een misverstand, waaraan trouwens ook de H. R. in een vroeger arrest niet vreemd is geweest³⁾. Het bouw-recht heeft slechts hij die eigenaar is van dat aardoppervlak en naast hem slechts diegenen wien het verleend is (opstal) en zoover het hem verleend is.

¹⁾ Vgl. Suijling. blz. 348.

²⁾ Zie arr. 7 Maart 1913. W. 9518. N. J. 1913, 1139.

³⁾ Arr. 25 Maart 1892. W. 6166.