

**HANDELINGEN
DER
NEDERLANDSE
JURISTEN-VERENIGING
1958**

ACHT-EN-TACHTIGSTE JAARGANG

I

**N.V. UITGEVERS-MAATSCHAPPIJ
W. E. J. TJEENK WILLINK, ZWOLLE**

INHOUD

Praeadvies van Mr. C. H. Telders

	Blz.
I. Geschreven en ongeschreven recht	1
II. Eigendom van onroerend goed	3
III. De narigheden van nabuurschap	6
A. Bezoekers	6
B. Buren	12
C. Onteigening	16
D. Bouwen	18
E. Hinder	22
IV. De grens van het eigendomsrecht	30
V. De theorie van de hinder	33
VI. Het ontwerp voor het nieuwe Burgerlijk Wet- boek	42
(Vreemd recht no. 71).	
Bijlage I. Ontwerp-B. W.	146
Bijlage II. Toelichting Ontwerp	150
Bijlage III. Toelichting Regerings-ontwerp	153
Bijlage IV. Buitenlandse wets-artikelen	156

INHOUD

Praeadvies van Prof. Mr. A. van Oven

	Blz.
I. Het vraagstuk der eigendoms-afbakening in het algemeen	55
II. Afbakening der agressieve functie: de hinder-clausule van art. 625 B.W.	65
III. Afbakening der defensieve functie: de onrechtmatigheidscriteria van art. 1401 . . .	71
A. Zaakbeschadiging	72
B. Hinder	78
IV. Botsende eigenaarsbelangen – verband met rechtsmisbruik	86
V. Botsing van eigenaarsbelang met algemeen belang	96
VI. Conclusie ten aanzien van het huidige Nederlandse recht	111
VII. Buitenlands recht	116
A. Engeland	116
B. Frankrijk en België	120
C. Duitsland	123
D. Zwitserland	128
E. Italië	131
VIII. Toekomstige wettelijke regeling	133
Bijlage I. Ontwerp-B. W.	146
Bijlage II. Toelichting Ontwerp	150
Bijlage III. Toelichting Regerings-ontwerp . . .	153
Bijlage IV. Buitenlandse wets-artikelen	156

Behoort de burgerlijke wet de rechten, voortvloeiende uit eigendom, te omschrijven of te beperken in verband met hinder, overlast of schade en zo ja, op welke wijze?

Praeadvies van Mr. C. H. Telders

Deze vraag heeft bereids beantwoording gevonden in het ontwerp voor Boek 5 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek van 25 Mei 1955 (te citeren als „O”) en in het regeringsontwerp van 17 Januari 1957 („R.O.”) en is dus een verzoek om een critische beschouwing van de ontworpen antwoorden. Deze zijn niet geheel gelijk. Enige artikelen daaruit zijn overgenomen, voor zoverre verschillend in beide redacties in bijlage I (Voor de bijlagen, zie pag. 145 e.v.). Dit is de te bestuderen stof, doch ten dele; want in dit geschrevene wordt verwezen naar het ongeschreven recht, zodat ook dit erbij behoort. „Ook dit ongeschreven recht moet in zijn bijzonderheden bestudeerd en gekend worden.”¹

I. GESCHREVEN EN ONGESCHREVEN RECHT.

I. Wat wordt met deze termen bedoeld? In de Toelichting O. 381, 1e alinea, staat geschreven:

„De verwijzing naar de ongeschreven rechtsregels is niet zozeer „nodig voor de ongeschreven regels van het publieke recht.

„...Belangrijker... zijn, sedert het arrest van de Hoge Raad „van 31 Januari 1919 N.J. 161, de beperkingen, die door de regels „van ongeschreven privaatrecht worden gesteld aan de vrijheid „van optreden in het maatschappelijk verkeer. Sedert dat arrest „is immers voor de vraag of een gedraging onrechtmatig is, „beslissend hetgeen volgens regels van ongeschreven recht (en „hierbij staat als noot: „Hierdoor wordt tot uitdrukking gebracht „dat overtreding van louter zedelijke of religieuze normen of van „omgangsnormen niet onrechtmatig behoeft te zijn”) in het „maatschappelijk verkeer betaamt.”

Met de term „ongeschreven recht” is dus bepaaldelijk „recht” bedoeld en niet iets anders. Maar dan moet worden gevraagd, wat bedoeld wordt met dit onderscheiden, in het recht, van het geschrevene en het ongeschrevene. Op deze wijze brengen wij, geloof ik, tot uitdrukking, dat

¹ Meijers Verz. Pr. Opst. I. 81.

wij ons ervan bewust zijn, dat het recht zich aan ons voor-
doet, niet alleen als algemene regel, maar tevens als de
verwerkelijking van de algemene regel in het bijzonder
geval. In „Pays de Droit Ecrit” ligt het voor de hand deze
verwerkelijking aan te duiden als het ongeschrevene van
het geschrevene.

2. Wanneer wij dan het recht van eigendom willen be-
studeren in zijn eenheid van geschreven en ongeschreven
recht, dan moeten wij m.i. nemen: de algemene regel
(„de eigenaar heeft de bevoegdheid de zaak naar goed-
vinden te gebruiken”; 5.1.1.2.) *in zijn verwerkelijking*.
Op zich zelf genomen ware deze algemene regel immers
nog niets. In de Toelichting O. 380 regel 19 wordt gezegd,
dat hij het juridisch-technisch uitgangspunt van alle be-
kende rechtsstelsels is. Hij is dus niet niets; maar *nóg*
niets. Een punt, maar een punt van uitgang; wat zeggen
wil, dat *wij* er in het bijzonder geval van hebben uit te
gaan en, als wetgever, rechter of burger, deze algemene
regel voortdurend telkens te verwerkelijken hebben.

Het bestuderen van het recht van eigendom in zijn een-
heid van geschreven en ongeschreven recht beduidt dan
m.i., dat wij hebben te onderzoeken of er een bepaalde
methode is, volgens welke deze verwerkelijking van de al-
gemene regel in haar werk gaat. Indien dit het geval blijkt
te zijn, kunnen wij die bepaalde methode (welke dan
eveneens een algemene regel blijkt) inderdaad noemen:
„regel van ongeschreven recht”; waarmede wij dan even-
wel niet willen zeggen, dat die algemene regel, anders
dan andere algemene regels, niet geschreven zou kunnen
worden. Integendeel: er zullen vele regels van ouds ge-
schreven blijken, die niet anders aangeven dan de methode
van verwerkelijking van de een of andere algemene regel
in het bijzonder geval. (b.v. no. 20).

3. Deze regels van ongeschreven recht zullen dan de
methode aangeven volgens welke de algemene regel zich
verwerkelijkt... in het maatschappelijk verkeer. Waar
anders? Wat is het maatschappelijk verkeer (voor ons, als
jurist) anders dan het recht in zijn zelfverwerkelijking?
Welnu, dan is deze methode, die de methode van de zelf-
verwerkelijking van het eigendomsrecht is, het bepalen

van datgene, waardoor dit recht in zijn zelfverwerkelijking wordt belemmerd, hetwelk vanwege de mate van belemmering het stempel ontvangt van het in het maatschappelijk verkeer onbetamelijke. Deze methode kan nog meer zijn dan alleen dit „bepalen” van het onbetamelijke; behalve dit, kan zij ook de methode zijn volgens welke deze belemmering wordt opgeheven, of verwerkt; dit zal moeten blijken. Hier moge echter reeds er op worden gewezen, dat, terwijl de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorg doorgaans wordt genomen als een op zich zelf, buiten het recht, staande grootheid, waaraan wordt „getoetst”, het omgekeerd is: het recht is, als de methode van zijn zelfverwerkelijking, zelf „de toets”, n.l.: het bepalen van het onbetamelijke. (Wanneer, zoals in 5.1.2.1. wordt gesproken van iets, dat „volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt”, dan is daarmee juist dit gezegd, dat het deze regels zijn, die bepalen wat het onbetamelijke is).

4. Deze methode dient in haar bijzonderheid te worden gekend. En dit vordert een nadere bepaling van: Wat? Waar? Hoe? Wat is het, dat zich te verwerkeliĳken heeft? Dit is het eigendomsrecht op onroerend goed (no. 5). Waar heeft dit zich te verwerkeliĳken? Dit is de situatie die aan het onroerend goed in het algemeen noodwendig eigen is. (no. 6) Hoe? Dit is dan de methode (en in dit antwoord zijn de vorige antwoorden verenigd) volgens welke het eigendomsrecht op onroerend goed in de daaraan eigen situatie zich verwerkeliĳkt. Men kan zich nog afvragen, of deze methode een bijzondere is, speciaal behorende tot het eigendomsrecht. Daar het de methode is, waarop een algemene rechtsregel zich verwerkeliĳkt, is het niet uitgesloten, dat deze methode metéén iets is voor alle recht, voor zoverre dit zich voor vergelijkbare situaties ziet gesteld (no. 59 en 60).

II. EIGENDOM VAN ONROEREND GOED.

5. Eigendom is het meest volledige recht dat een persoon op een zaak kan hebben (5.1.1.1.). Dit volledige recht uit zich op drieërlei wijze: in het naar goedvinden gebruiken, in het trekken der vruchten en in het beschikken.

Hier is het naar goedvinden gebruiken aan de orde en in het bijzonder het naar goedvinden gebruiken van *een onroerende zaak*; want het gaat om de hinder en deze doet zich voor als gevolg van het gebruiken van onroerend goed². Zeker: de hinder kan uitgaan van een roerend goed³; doch is dan „hinder”, omdat hij, uitgaande van dat roerend goed, ergens in nabije omgeving niettemin een *vast* punt van uitgang heeft. De duiven, die voor dag en dauw hun vertier op mijn luifels zoeken, worden tot hinder als hun til in de buurt staat; de bijen, als hun korf te dicht bij de erfscheiding is opgesteld. Op duif, bij en vliegmachine komt het niet aan, maar op hun til, korf of vliegveld.

6. Eigendom van onroerend goed doet zich voor als eigendom van in elkanders nabijheid gelegen onroerende goederen. Dit is de constatering van een simpel feit, n.l. van een feitelijke situatie, voor welke het eigendomsrecht op onroerend goed zich nu eenmaal ziet gesteld en op welke het voor zijn zelfverwerkelijking nu eenmaal is aangewezen. Hiermede is het enige gezichtspunt gegeven, van waaruit het onderwerp kan worden overzien⁴. Eigendom van onroerend goed is: *eigendom in nabuurschap*. De wet spreekt van *de* eigenaar. Maar er is voor de wet niet slechts één eigenaar. Er zijn vele eigenaars in nabuurschap. De bevoegdheid om de zaak naar goedvinden te gebruiken, die de wet aan *de* eigenaar toekent, is *aan allen* toegekend en zal voor ieder werkelijkheid zijn. Wie niet meer of anders neemt dan de wet geeft, neemt zijn eigendomsrecht op gelijke wijze, n.l. zó, dat met het zijne ook het naburige tot zijn recht komt.

7. Bezien vanuit dit gezichtspunt, is het toekennen van de bevoegdheid de zaak naar goedvinden te gebruiken metéén het opleggen van de plicht, om een zekere mate van zorg in acht te nemen opdat het eigendomsrecht ook in en als de eigendom van naburige erven zijn verwerke-

² Aldus B.G.B. par. 906. Sch. Z.G.B. 684.

³ Toelichting O: 384, regel 10.

⁴ Smits, W.P.N.R. 3690. 1e kolom. Dit artikel is nogal bestreden (zie no. 61. Zie ook Rutten bij Asser, 501 en W.P.N.R. 4312). Toch is dit artikel m.i. zeer belangrijk.

lijking vindt⁵. Indien dan ook het eigendomsrecht (genomen als de bevoegdheid om de zaak naar goedvinden te gebruiken) in botsing komt met zichzelf, is het de vraag wát er botst. Botst het recht van de één op het *recht* of op de *plicht* van de ander? Wanneer men de botsing opvat als inbreuk op ſubjectief recht zonder meer, loopt men de kans te vergeten, dat eigendom-in-nabuuſſchap, behalve een aſtotende, altijd óók een meegevende zijde heeft: de zijde van de plicht.

8. Hier kan het niet gaan om de gedachte, dat het eigendomsrecht een „ſociale functie” zou hebben. Om het misverſtand, dat zich aan deze gedachte zou kunnen vastklonteren metéén te voorkomen, zij onderſtreept, dat hier, in het burgerlijk recht, het eigendomsrecht zijn doel niet buiten zichzelf heeft. Het heeft zichzelf ten doel. Maar om zichzelf „volledig”, en dat is: zowel in de eigendom van de één als in die van de ander, te kunnen verwerkelijken, moet het voor iedere eigenaar zowel recht zijn als plicht.

Onder „eigenaar” zijn overigens allen begrepen, die het onroerend goed gebruiken en die de bevoegdheid daartoe op een of andere wijze, b.v. als huurders of pachters, of zelfs als wandelaars langs 's Heren wegen, aan de eigenaar ontlenen⁶.

9. „Naburige” erven zijn niet alleen „aan elkander grenzende” erven. Oisterwijkſe woningen leden onder de ſtank van Tilburg, en hier in mijn Haagſe woning word ik soms, bij zachte zuiden wind, op een vroege zomermorgen miſſelijk van Pernis; ook dit zijn gevallen van nabuuſſchap. Nabuuſſchap doet zich in rechte dus voor als het door elkander begrensd worden, maar ook als het door de hinder bereikt worden. Het eigenlijke burennrecht behoort overigens uiteraard tot het recht van de eigendom-in-nabuuſſchap. Zo zegt de Toelichting (O) 408:

⁵ Eenvoudiger: Winfield On Tort par. 133: „It is repeatedly ſaid in nuisance caſes that the rule is „sic utere tuo ut alienum non laedas”, but the maxim is not very informative.... The homely phrases, „Give and Take”, „Live and let live”, are much nearer the truth than the Latin maxim.”

⁶ Toelichting O: 379 no. 9.

„de artikelen van deze 4e titel (zijn) van gelijke aard als die van „titel 1. Zij geven dus niet een recht, dat naast de eigendom „staat — hetzij een wettelijke erfdienstbaarheid, gelijk in Frank- „rijk, hetzij een persoonlijk vorderingsrecht — *maar zij bepalen „nader de inhoud van het eigendomsrecht.*”

Zo is het met alle regels van geschreven en ongeschreven recht geldende voor de narigheden, die het eigendomsrecht op onroerend goed nu eenmaal moet ontmoeten in zijn zelfverwerkelijking. Zij bepalen de inhoud van het eigendomsrecht. Met deze regels bepaalt het eigendomsrecht zelf zijn inhoud. Het regelt zelf de narigheden, die het zelf verwekt en die het niet kan nalaten te verwekken gezien de onvermijdelijke feitelijke situatie, dat wij bij één zijn als eigenaars-gebruikers van „onroerend goed”, de grond waarop wij leven. De vraag is: *hoe* regelt het eigendomsrecht deze narigheden?

III. DE NARIGHEDEN VAN NABUURSCHAP.

10. Een worp met het net van nabuurschap in de zee der narigheden brengt een rijke vangst aan dek. Vele soorten spartelen door één. Om daartussen de hinder te vinden moet er worden gezocht. Maar deze vele soorten werden tezamen gevangen en behoren dus ook bij elkaar. Het kan niet verkeerd zijn om voor de kennis van de hinder de andere soorten van narigheid ook in beschouwing te nemen. Wellicht is een gemene trek bij de één meer ontwikkeld dan bij de ander, zodat die tot voorbeeld kan strekken. Zo op het eerste gezicht zijn te ontwaren:

- A. regels in acht te nemen jegens bezoekers;
- B. regels van het eigenlijke burendrecht;
- C. enkele regels van het onteigeningsrecht;
- D. regels betreffende het naast elkander bouwen;
- E. en dan is er een glibberige massa mee boven gekomen, die wel de eigenlijke hinder zal zijn naar welke we eigenlijk zoeken.

A. *Bezoekers.*

11. De eerste kennismaking met het concrete eigendomsrecht van onroerend goed is het bezoek aan de eigenaar, aan de leeuw in zijn hol. Gezien de omstandigheid,

dat deze eigenaar de bevoegdheid heeft het goed naar zijn goedvinden te gebruiken en in te richten, zou men eigenlijk moeten menen met huid en haar te zijn overgeleverd aan al wat het erf aan gevaren herbergt en dit te betreden op eigen risico. Zo is het echter niet. De eigenaar heeft plichten jegens zijn bezoekers en bij niet-nakoming daarvan is hij aansprakelijk voor de hun overkomen schade. De eerste ontmoeting maakt het eigendomsrecht derhalve reeds kenbaar als eenheid van recht en plicht.

12. In Engeland zijn de regels, die de eigenaar heeft in acht te nemen tamelijk intensief gecultiveerd, in drie varianten, al naar gelang de bezoeker is: invitee, licensee, of trespasser. Te onzent zijn enkele gevallen bekend. Cohen belde aan bij een hem onbekende portiekwoning; de deur werd automatisch losgemaakt; hij duwde de deur open, stapte naar binnen en viel metéén van de keldertap. De Hoge Raad ⁷ oordeelde, dat de eigenaar niet aansprakelijk is voor een gevaar, dat niet bestaat voor iemand, die beschikt over normale gezichtsvermogens en die zich normaal gedraagt. Dit is echter niet het antwoord op de juiste vraag. De goede vraag is, of een gewoon mens moet verwachten, dat er vlak achter een voordeur een keldergat is, waarin hij, als hij niet uitkijkt, vallen kan. Het is n.l. zo, dat de eigenaar zijn bezoeker niet mag stellen voor een onverwachte verrassing. Deze regel houdt niet in, dat men een woning betreedt op risico van de eigenaar; de eigenaar is niet aansprakelijk voor elk ongeval, overkomen aan een bezoeker. Maar de eigenaar moet ervoor waken, dat er niet iets is, dat een normaal mens niet verwacht.

13. Er is een uitspraak over een trespasser, een kind, dat speelde op een rangeerterrein van de H.I.J.S.M. ⁸ Verweten werd de onvoldoende afsluiting van het rangeerterrein. Van deze verweten omstandigheid was het ongeval niet het redelijkerwijze te verwachten gevolg. Maar als nu eens was gesteld dat er altijd kinderen speelden op het rangeerterrein, en dat de machinist en rangeerder, voordat zij wagens verreden, niets hadden gedaan om zich ervan te vergewissen óf er kinderen op de lijn waren, dan zou

⁷ H.R. 18 April 1940, 1941, no. 130 E.M.M.

⁸ H.R. 17 Juni 1932, 1371, E.M.M.

m.i. een veroordeling niet onmogelijk zijn geweest. Zeker, jegens trespassers is er geen plicht. Als een trespasser in mijn voetangels en klemmen loopt dan is dit voor zijn rekening. Maar kinderen spelen gaarne op verboden terrein. Dit is bekend. En zeker op rangeerterreinen, die niet goed zijn afgerasterd. Behoeft daarmee in het geheel geen rekening te worden gehouden? ⁹

14. Deze gevallen schijnen niet zeer gunstig ter demonstratie van de plicht van de eigenaar jegens zijn bezoekers. Als voorbeeld wordt natuurlijk een aansprakelijkstelling verlangd. Welnu, aan dit verlangen wordt voldaan, wanneer men zich rekenschap ervan geeft, dat ieder één en dezelfde nabuur gemeen heeft: de overheid. Deze neemt op gelijke voet als een particulier aan het maatschappelijk (nabuuerschappelijk) verkeer deel, in zoverre als zij haar onroerend goed: straten, pleinen, plantsoenen, wegen, kanalen, havens, rivieren etc. door het publiek laat betreden en gebruiken. En te onzent is de plicht van déze eigenaar-beheerder jegens zijn bezoekers tot rijpe ontwikkeling gebracht. Na Meijers' noot in 1933 881 ¹⁰ zijn wij erover heen ons kopzorgen te maken over de vraag, wanneer kan worden gezegd, dat de overheid niet iets anders doet dan een particulier zou kunnen doen. Deze vraag is niet de goede. De goede vraag is: gaat het in het te be-rechten geval om een laten gebruiken van onroerend goed? Zo ja, dan gelden de regels van nabuurschap en die gelden metéén voor de overheid.

15. In de rechtspraak blijkt dan de regel ontwikkeld te zijn, dat iemand, die op regelmatige wijze de ten openbare nutte bestemde zaken gebruikt, niet mag worden blootgesteld aan een voor hem onbekende en onverwachte verrassing, indien de overheid bij ene voor de betrokken zaak normale controle het euvel van de zaak, dat de verrassing herbergde, had kunnen, en dus had moeten, kennen en verhelpen. Er is géén sprake van zgn. risico-aansprakelijkheid. Er is slechts aansprakelijkheid indien er schuld is. Maar het kan zich voordoen, dat „res ipsa

⁹ Dit vraagstuk heeft bijzondere aandacht in het Engelse recht. Salmond, par. 149. Winfield par. 167.

¹⁰ H.R. 5 Mei 1933. N.J. 875. E.M.M. (Meerboei).

loquitur" en uit het euvel zelf de nalatigheid in de normale controle blijkt¹¹. Het was geen uitzonderlijke windstoot, die de stad Zaandam aan haar kabel deed trekken en de ring op de boei deed breken. Trouwens dergelijke zaken behoren bij stevige wind eerst recht deugdelijk te dienen.

16. De overheid ontleent aan geen enkel voorschrift van geschreven of ongeschreven recht enige bijzondere vrijheid ten aanzien van de regels van nabuurschap¹². Deze regels gelden voor ieder, ook voor de overheid. De vraag is echter steeds: is het euvel kenbaar bij normale controle? en: hoeverre strekt de voor de betrokken zaak normale controle?

Wanneer het euvel kenbaar is bij normale controle, zal de overheid vergeefs beroep doen op de kostbaarheid van deze controle, welke kostbaarheid dan zou voortvloeien uit de omstandigheid, dat de betrokken overheid zovél dergelijke zaken te controleren heeft. Het is even irrelevant wanneer Amsterdam¹³ één of 30.000 putdeksels, als wanneer een eigenaar een oprijlaan van 10 km of een voortuin van 3 m heeft te onderhouden. Men heeft wel geredeneerd, dat de overheid, deze controle nalatende, het risico voor ongevallen op zich neemt¹⁴ en zelfs, dat de overheid de controle mag nalaten, als zij de schade maar voor haar rekening neemt¹⁵, doch deze kronkelingen zijn onnodig en verkeerd. Het nalaten van een voor de zaak normale controle levert schuld op en het ten gebruike geven van de ongecontroleerde zaak de onrechtmatigheid¹⁵. De constructie van „onrechtmatig wegens inbreuk op een subjectief recht" kan hier, geloof ik, vergeten worden; het was slechts een vóór 1919 noodwendige uitdrukkingswijze.

17. Maar welke omvang heeft de voor de betrokken zaak normale controle? Hier lopen de eisen „uit de aard

¹¹ H.R. 5 Mei 1933. N.J. 875 E.M.M. (Meerboci).

¹² H.R. 9 Jan. 1942. no. 295. Ferweradecl. Zie ook: H.R. 20 Dec. 1940. 1941. no. 366. E.M.M. (Voorstr. Stroom V).

¹³ Rb. A'dam 9 Oct. 1934. 1935. 954 (v. Royen, Smits, Bregstein). Hof A'dam 14 Mei 1936. no. 679.

¹⁴ H.R. 7 Jan. 1955. no. 92. L.E.H.R. (Lloyd (Vios) c. Staat.)

¹⁵ Vgl. H.R. 6 April 1933. N.J. 881. E.M.M. (Acetyleen-cylinder).

van de zaak" uiteen. In getijhavens moet van de beheerder worden verwacht, dat hij de bodem regelmatig op oneffenheden onderzoekt¹⁶. Ten aanzien van een door de Duitsers vernielde haven is de Gemeente, die de haven had hersteld, doch een obstakel, waarvan zij de aanwezigheid had moeten vermoeden, had laten zitten, aansprakelijk¹⁷. Doch voor een obstakel in de Waal, na de bevrijding zorgvuldig afgetast, kennelijk opgewoeld bij de lage waterstand tijdens de zomer van 1947, was de Staat niet aansprakelijk¹⁸.

Ook bij de bepaling van wat de voor de betrokken zaak normale controle is, kan de vraag naar de kostbaarheid een rol spelen. Maar dan is het niet de kostbaarheid door de omvangrijkheid van de controle bij een overigens op zich zelf gemakkelijk kenbaar euvel (no. 16), maar de kostbaarheid van de bijzondere controle, die nodig ware om het euvel kenbaar te maken. Zo moet m.i. het arrest inzake Lloyd/Staat worden gelezen (noot 3 no. 16), waarin de staat niet aansprakelijk is geacht voor de gevolgen van de aanwezigheid van één steen op de bodem van het Merwedekanaal.

De regels, die de eigenaar-beheerder jegens bezoekers en gebruikers in acht moet nemen hebben hun veiligheid ten doel, maar houden niet een garantie voor die veiligheid in. Aansprakelijkheid voor een ongeval kan slechts berusten op het verwijt, dat de ter beschikking gestelde zaak een verrassing herbergde, welke bij een voor de zaak normaal onderhoud daar niet ware geweest, of dat een voor zijn doel te zwakke zaak ten gebruike is gegeven. Wat dit laatste betreft zijn nog van belang de gevallen van bruggen, die onder het huidige normale verkeer bezwijken en een „verrassing” zijn in de weg¹⁹.

18. Naast alle palen onder water, waarvoor de overheid, die havens ten gebruike geeft aansprakelijk is, omdat zij die bij normale controle had kunnen en dus had moeten

¹⁶ Rb. Breda 16 Febr. 1937. 1938. no. 650. Rb. Middelburg 1 Mei 1940. no. 983.

¹⁷ Rb. Dordrecht 26 April 1950. 1951. no. 251. Hof Den Haag 18 April 1951. 1952. no. 325.

¹⁸ Rb. Den Haag 13 Juni 1951. 1953. no. 26.

¹⁹ Rb. Almelo. 24 April 1940. 1941. no. 96. Hof Arnhem 13 April 1954. no. 570. Zie ook H.R. 5 Mei 1933. N.J. 875. (Meerboei).

vinden en opruimen²⁰, staat de Strooppot nog altijd als een paal boven water. Voor de verbetering van de vaart door de Noord (moeilijk water, dat al naar het getij noord- of zuidwaarts stroomde) werd de stroom verlegd. De Strooppot, een zijarm, verzandde en Rijsdijk verloor het genot van dit water, waaraan hij zijn werf had gelegd. Door een zekere mate van preoccupatie met het probleem van de aansprakelijkheid van „de overheid – als – zodanig” sinds het arrest Osterman²¹, maakte de Hoge Raad²² van de gelegenheid gebruik het onderscheid in te voeren van het al of niet op gelijke voet als een particulier deelnemen aan het maatschappelijk verkeer en oordeelde, dat de Staat in deze *niet* aan dat verkeer op gelijke voet had deelgenomen. Men had de Staat gerust in het gemene recht kunnen laten medelopen, zoals het Hof had gedaan²³. De eigenaar is nimmer verplicht van *zijn* grond (of water) het genot voor een buurman te bewaren²⁴. Behoudens de gevallen van misbruik van recht (no. 39 noot 1) mag iedere eigenaar aan zijn zaak de inrichting geven, die hij wenselijk acht. Daar is geen plaats voor enig verwijt aan de zijde van een buurman, die daardoor een bloot-feitelijk genot van die zaak, waarop hij geen recht²⁵ heeft, verliest. Zelfs is er geen plaats voor verwijt, als de eigenaar een bestaande inrichting laat te niet gaan²⁶, indien althans geen andere schade wordt gesteld, dan dewelke voortvloeit uit het *niet kunnen gebruiken* van die inrichting. Indien echter schade geleden zou zijn *bij het gebruiken* van een ten openbare nutte gestelde zaak, dan kan er uiteraard wel aansprakelijkheid zijn (nos. 16 en 17).

19. De eigenaar, de heer op zijn domein, moet dus omzichtig zijn. Hij moet altijd omzien naar het in het nabuurschappelijk verkeer betamelijke. Tot zover over zijn plicht jegens wie hem in zijn domein opzoeken. De tekening, die van het ongeschreven recht op dit stuk te

²⁰ H.R. 15 April 1937. no. 918.

²¹ H.R. 30 Nov. 1924. N.J. 1925. no. 89.

²² H.R. 29 Juni 1928. N.J. 1138. E.M.M.

²³ Hof 's-Gravenhage, 11 Febr. 1926. N.J. 352.

²⁴ Zie Langemeijer W.P.N.R. 3706. 3. 1e kolom.

²⁵ Anders, als er wel een recht is op het gebruik van de zaak: H.R. 14 Juni 1935. no. 1475. E.M.M. (Drielse Veer). (no. 60).

²⁶ H.R. 23 Nov. 1939. 1940. no. 242. (E.M.M.) (Zuiderhaven).

maken is, lijkt mij niet onbevredigend. Er is evenwel een onuitgewerkte plek bij de plicht ten aanzien van de bezoeker van een gevaarlijk gebouwde woning en vooral ten aanzien van kinderen, nature's trespassers, op verboden terrein. Moeten wij geen rekening ermede houden, dat gewone mensen uitgaan van de veronderstelling, dat het binnentreden van een (N.B. moderne) woning niet gevaarlijk is, en dat het nu eenmaal de gewoonte van kinderen is verboden dingen te doen? Hoe dit zij: Het eigendomsrecht bleek bij het eerste bezoek (deze eerste kennismaking met het recht in zijn werkelijkheid) reeds te zijn de eenheid van recht en plicht.

B. *Burenrecht.*

20. Na de komende en gaande bezoeker: de blijvende buur. Het eigendomsrecht houdt van ouds te zijnen opzichte allerlei bepalingen in. In de eerste plaats wordt op enige artikelen gewezen, die ten doel hebben narigheden te voorkomen of op te heffen zonder meer.

5.4.4.: de eigenaar heeft het recht de verwijdering te verlangen van bomen en heesters of heggen, die te dicht bij de erfscheiding staan.

5.4.12.: de eigenaar heeft het recht te verlangen, dat vensters of balkons, die zich binnen twee meter afstand van de grens bevinden en recht naar voren uitzicht op zijn erf geven, verwijderd worden. Indien in deze gevallen de toestand langer dan 20 jaar bestaat of met toestemming is aangebracht, kan de toestand geen aanleiding meer geven tot verzet. Dit zijn dus bepalingen, die licht, lucht en privacy waarborgen, voor zoverre de eigenaar deze voor zich behouden wil; maar hier wordt al een plicht tot dulden zichtbaar, want een boom op 2 m afstand kan even hinderlijk zijn als één nog dichterbij.

Dan zijn er bepalingen, welke de eigenaar, desverlangd, nopen tot een met zijn buur gezamenlijk handelen:

5.4.8.: het stellen van afpalingstekens.

5.4.11.: het oprichten van een scheidsmuur.

Deze dingen strekken ten nutte van beide buren en worden derhalve voor gemene rekening uitgevoerd. Het zijn maatregelen in het gezamenlijk belang, maar de meest

gerede der buren kan de ander dwingen de uitvoering te dulden en mee te betalen.

Tenslotte zijn er bepalingen, welke de eigenaar voorschrijven zijn medewerking te verlenen aan zijn buur, opdat *déze zijn eigendomsrecht voor zich kan verwerkelijken*. Dit zijn: 5.4.16, 17, 18 en 19, in de bijlage op pag. 145 opgenomen. Voor deze medewerking, die geheel ten nutte van de buur strekt, moet de buur aan de eigenaar volledige schadeloosstelling betalen.

21. Deze bepalingen van het zgn. burenrecht zijn merkwaardig. Het merkwaardige is niet, dat zij er zijn en er van ouds waren, want zonder deze zou er van het eigendomsrecht op onroerend goed maar weinig terecht kunnen komen. Het merkwaardige is, dat zij van ouds behoren tot het geschreven recht (nos. 2 en 70). De noodzaak om deze bepalingen te schrijven was gelegen in de wijze, waarop het eigendomsrecht was gedacht en geschreven, n.l. als droit subjectif *inviolable* et *sacré*. De desbetreffende handelingen zouden onrechtmatige inbreuken op dit aldus beschreven heilige recht zijn, wanneer ook zij niet in de wet werden beschreven, als beperking en uitzondering. Thans echter, in dit nieuwe ontwerp, moet het merkwaardige zijn: dat deze bepalingen moeten worden opgevat als te behoren tot *de inhoud* van het eigendomsrecht op onroerend goed en niet meer als beperking of uitzondering daarvan (no. 9). Het eigendomsrecht houdt dus de plicht tot medewerking in: het fungeert in het geheel niet meer louter als subjectief recht, doch als eigendom-in-naberschap. Deze bepalingen zijn thans gedacht als regels van het eigendomsrecht, welke het inhoudt opdat het zich, zowel in de eigendom van de één als in die van de ander, zal kunnen blijven verwerkelijken; zó gedacht, konden de oude bepalingen metéén worden verfiind en zelfs uitgebreid.

22. Er wordt in deze bepalingen (5.4. 16 en 17; helaas niet in 5.4. 18 en 19) dan ook gesproken van schadeloosstelling en niet van schadevergoeding. *Vergoeding* vooronderstelt (indien het Nederlands tenminste nog een meer dan vage betekenis heeft), dat *kwaad* is bedreven, dat *goed* gemaakt moet worden. Indien het niet onmogelijk

ware, zou men wenschen bedreven kwaad ongedaan te maken; men moet echter volstaan met het te vergoeden. Maar wanneer er géén kwaad bedreven is, valt er niets goed te maken en kan slechts de vraag rijzen wie de last te dragen heeft. Hier, waar het gaat om de last van nabuurschap, — eigendom van onroerend goed is die last — brengt het eigendomsrecht die last voor rekening van degeen te wiens nutte de handelingen strekken; soms dus voor rekening van beide burenen gezamenlijk, soms dus voor rekening van één hunner.

23. Onteigening bijvoorbeeld is niet een kwaad. Opdat het eigendomsrecht van onroerend goed niet verzinke in een moeras, in één grote slum, in volslagen onbruikbare onbereikbaarheid, is er onteigening voor werken van openbaar nut, als noodwendig moment van eigendom-in-nabuurschap, en wel tegen volledige voorafverzekerde *schadeloosstelling*. De Onteigeningswet spreekt echter weer van *schadevergoeding* in art. 54f, wanneer de onteigening, in geval van voorlopige inbezitneming, blijkt een *kwaad* te zijn geweest, doordat zij wegens nietigheid der dagvaarding, ontzegging van de eis om andere redenen of verval van het vonnis vanwege het niet tijdig betalen van de *schadeloosstelling*, niet tot een *goed* einde is gebracht.

24. Zal men bij de actie uit onrechtmatige daad aan iets anders denken dan aan het goedmaken van bedreven onrecht? ²⁷ Hier, in deze bepalingen van burenenrecht met hun verplichting tot *schadeloosstelling*, hebben wij evenwel in elk geval niet met vergoeding van onrecht te maken, doch met verdeling van de last, die de eigendom-n-nabuurschap nu eenmaal te torsen heeft. Het is het eigendomsrecht zelve, dat zich in zijn zelfverwerkelijking door alle, aan nabuurschap nu eenmaal inhaerente narigheden een weg baant, in sommige gevallen de één dwingende medewerking te verlenen aan de rechtsuitoefening door de

²⁷ Vergeeft mij: Ik kan niets ervoor gevoelen de zgn. rechtsgrond van de plicht tot schadevergoeding in iets anders te zoeken. Maar de plicht tot *schadeloosstelling* heeft een andere rechtsgrond. Vergeeft mij ook de vraag, of soms (R. J. Polak, Slagter, Wertheim, Prof. Mr. C. H. F. Polak Hand. N.J.V. 1955, 49) deze twee verschillende plichten niet wat door elkander zijn gelopen.

ander, die zijnerzijds dan gedwongen wordt tot schade-loosstelling.

25. De actie, die uit het burenenrecht voortvloeit, heeft veel weg van de vordering tot onteigening. In het geval b.v. van 5.4.19. zal de eigenaar, die een waterleiding wil leggen door het terrein van zijn onwillige buurman, een dagvaarding moeten uitbrengen, waarin hij, onder aanbieding van een schadeloosstelling, vordert dat de buurman wordt veroordeeld de aanleg van de leiding te gedogen. Tevens zal hij daarbij aan zijn buurman het plan voor het werk moeten betekenen. De buurman heeft dan het recht om het plan te becritiseren op grond dat het voor hem onnodig bezwarend is en om de aangeboden schadeloosstelling ongenoegzaam te oordelen. De eigenaar zal voor het geval de buurman in zijn afwijzende houding volhardt ook gevorderd hebben benoeming van deskundigen. Na bepaling van de ligging van het werk en na vaststelling der schadeloosstelling zal de rechter de buurman veroordelen om, zodra hem de schadeloosstelling is uitbetaald, de uitvoering van het werk te gedogen. Wanneer de eigenaar haast heeft, kan hij van de rechter machtiging vragen het werk uit te voeren, na zekerheidsstelling voor de schadeloosstelling. Hoe zou zo een proces anders kunnen lopen? Het is een soort onteigeningsprocedure. Het is zelfs niet eens onwaarschijnlijk, dat de rechter op grond van art. 56 Rv. de regel van art. 50 der Onteigeningswet zal toepassen en de buurman in de kosten van het geding zal veroordelen, indien hem niet meer wordt toegewezen dan hem werd aangeboden. De rechter kan die kosten als nodeloos veroorzaakt aanmerken.

26. Onteigening wordt gezien (en zeker ondergaan) als de doodsvijand van het eigendomsrecht. Zo is het ook . . . n.l. voor de opvatting van het eigendomsrecht in slechts-subjectieve gedaante. Onteigening vermoordt evenwel de eigendom niet, maar doet die overgaan op een ander. Zij is de methode volgens welke het eigendomsrecht een deel van zichzelf ten openbare nutte offert teneinde zich in het overblijvende te kunnen handhaven. (no. 23). De rechtsgrond van de onteigening is niet te vinden buiten het eigendomsrecht, maar erin. En dan mag het niet ver-

wonderen, dat er zich onder de aan de eigendom-in-nabuuerschap inhaerente narigheden enige bevinden, die worden verwerkt volgens dezelfde methode van het brengen van een offer tegen schadeloosstelling. Onteigening is wel is waar de opheffing van de volledige eigenaarsmacht ten aanzien van het te onteigenen perceel, terwijl hier gevallen zijn, waarin de macht van de eigenaar slechts ten dele wordt opzij gezet; in wezen is er echter niet veel verschil.

C. *Onteigening.*

27. In extremis blijkt de ware aard. Zo is het ook ten aanzien van het eigendomsrecht, wanneer dit, van de zijde van de onteigende bezien, door onteigening aan „zijn eind” komt. Bij onteigening van alle grond, die een gedaagde in eigendom heeft, komt die ware aard uiteraard niet aan het licht. Maar wel is dit het geval bij een onteigening, die de eigendom *splitst*, zodat er „een overblijvende” is in de zin van art. 41 der Onteigeningswet. Dán dringt zich de onteigenende overheid *als nabuur* op en de regels, betreffende de berekening van de volledige schadeloosstelling voor de onteigening van een deel, moeten overeenstemmen met de regels, die zullen gelden voor nabuuerschap in het algemeen. Wellicht ziet men er van op, dat ongedwongen en gedwongen nabuuerschap zomaar worden bijééngenomen en vergeleken. Dit is echter geoorloofd. Bij de berekening der volledige schadeloosstelling terzake van onteigening wordt juist in geen enkel opzicht aan het gedwongen karakter der opgedrongen nabuuerschap enige betekenis gehecht.

28. De schadeloosstelling behoort te bestaan in een som geld. Maar niet elke factor van schade leidt tot het opnemen van een geldsbedrag in de schadeloosstelling. De onteigenaar kan het optreden van schadefactoren *voorkomen*, b.v. door het werk waarvoor onteigend wordt zodanig in te richten, dat die schadefactoren niet zullen optreden. Indien een zodanige inrichting (b.v. een tunnel onder de aan te leggen weg, ter verbinding van de door de onteigening doorsneden landerijen van één hofstede) in het onteigeningsgeding wordt aangeboden, is de schade,

die uit de verbreking der verbinding zou voortvloeien, voorkomen en blijft zij uiteraard buiten vergoeding. Dit is niets bijzonders. Het bijzondere is evenwel, dat aanbiedingen, die niet te maken hebben met de inrichting van het nieuwe werk, doch die te maken hebben met de inrichting van het overblijvende land, als schadevoorkomend zijn aanvaard. Wanneer de rechter van oordeel is, dat de ont-eigende *onredelijk zou handelen door deze aanbiedingen niet te aanvaarden*, berekent hij de schadeloosstelling op basis van de gedachte dat deze aanbiedingen, ook al heeft de gedaagde dezelve niet aanvaard, toch zullen worden verwezenlijkt²⁸.

29. Hier blijkt wederom van een plicht tot samenwerking. De onteigende is, als eigenaar van het overblijvende, jegens de onteigenende partij verplicht het nemen van schade-voorkomende maatregelen op het overblijvende te dulden, of genoeg te nemen met vergoeding van de kosten, welke aan het nemen van die maatregelen verbonden zouden zijn. Men mag niet zeggen: ja maar, dat is onteigening en daarbij is de eigenaar zonder meer toch altijd het haasje. Neen: wat de bepaling der volledige schadeloosstelling betreft is de onteigende juist in het geheel niet het haasje. Hij heeft *recht* op volledige schadeloosstelling en wanneer door onteigening de eigendom wordt gesplitst, blijkt in dit recht op volledige schadeloosstelling óók, dat het eigendomsrecht in zijn kern een plicht tot medewerking inhoudt.

De wijze, waarop bij onteigening de schadeloosstelling wordt berekend, is weder ongeschreven recht (nos. 1-4). Zou dit tot iets anders kunnen behoren dan tot het ongeschreven deel van het eigendomsrecht? Deze regel, dat de eigenaar verplicht is een verandering van zijn erf te aanvaarden tegen volledige schadeloosstelling, bevattende de vergoeding voor de aan het tot stand brengen van die verandering verbonden kosten, is een regel van het eigendomsrecht, welke het inhoudt opdat het, zowel in het éne als in het andere erf, zich zal kunnen blijven verwerken.

²⁸ Uit velen één: H.R. 23 Aug. 1926. N.J. 1156 W. 11559.

D. Bouwen.

30. Nabuurschap brengt mede de narigheden van het naast elkander bouwen. In onze veelal slappe bodem brengt nieuw naast oud onvermijdelijk verstoringen te weeg, en het is een allerminst eenvoudig probleem, in hoeverre het oude zich door het nieuwe moet laten afmaken dan wel aan het nieuwe het ontstaan beletten kan. Een bewerking van dit probleem met de idee van „de inbreuk op het subjectief recht” loopt uit in de doodse status quo ante. In de rechtspraak zijn levendiger ideeën aanwijsbaar. In de practijk der bouwers wordt gelukkig meer (als vanzelfsprekend) geregeld dan doordacht; de plicht tot medewerking aan het bouwen van de buur wordt, meestal onbewust, aanvaard. Maar soms komt puntje bij paaltje...

31. De Firma Wallich en Matthes wilde bouwen. Daarvoor moest worden geheid. Bouw- en Woningtoezicht stelde de voorwaarde, dat eerst het belendend perceel van de Firma Heimans inwendig moest worden gestut. W. en M. kon het met H. niet eens worden over de kosten daarvan. Toen sprak W. en M. zonder meer H. aan op grond van onrechtmatige daad gelegen in de weigering de nodige medewerking te verlenen. De Hoge Raad²⁰ overwoog:

„dat het Hof, op den voorgrond stellende dat Wallich en „Matthes, door de meergemelde bouwplannen op eigen terrein „uit te voeren, een rechtmatig gebruik van haar eigendom maakt „en Heimans dus aan de uitvoering dier plannen geen moeilijk- „heden en belemmeringen in den weg mag stellen, oordeelt dat „in dit verbod opgesloten ligt het gebod om ook mede te werken „tot die uitvoering door de tweede verdieping van haar eigen „aangrenzend pand inwendig te stutten, nu uit hoofde van de „eischen van Overheidswege aan Wallich & Matthes gesteld, deze „den bouw op haar terrein niet kan voortzetten voordat bedoeld „stutwerk is aangebracht; „dat, wat er zij van de vraag in het algemeen, of zoodanige plicht tot handelen in het belang van anderen, wanneer die niet ge- „grond is op eenig bijzonder wettelijk voorschrift, steun kan „vinden in de eischen van het maatschappelijk verkeer — wat bij „het middel onder a) wordt betwist —, dit zeker niet het geval „is, indien de handeling hem, van wien zij gevegd wordt, schade „berokkent en hij, die haar in zijn belang vergt, zelfs niet bereid „is die schade voor zijn rekening te nemen;

²⁰ H.R. 2 Mei 1930. N.J. 929. P.S.

„dat, gelijk ook het Hof kennelijk aanneemt en trouwens voor de „hand ligt, het inwendig stutten van de tweede verdieping van „haar pand voor Heimans schade moet medebrengen, terwijl, „gelijk het Hof mede vaststelt, Wallich & Matthes niet verder „willen gaan dan tot vergoeden van de kosten van dat stutwerk; „dat reeds uit deze vaststaande feiten volgt, dat de weigering „van Heimans, om ten gerieve van Wallich & Matthes de tweede „verdieping van haar pand inwendig te stutten, haar niet als een „misbruik van haar eigendomsrecht kan worden aangerekend; „dat derhalve ten onrechte het Hof in die weigering een onge- „oorloofde handeling van Heimans heeft gezien, ten onrechte „haar voor verhaal van de schade door het aanbrengen van het „stutwerk te lijden verwijzende naar een daartoe door haar in te „stellen rechtsvordering, waarvoor bovendien geen grondslag in „het geldend recht ware te vinden, nu Wallich & Matthes noch „onrechtmatig hebben gehandeld noch bij overeenkomst eenige „verplichting in dit opzicht hebben aanvaard;”

Het cassatiemiddel verkondigde de stelling, dat de eigenaar in het algemeen niet is verplicht tot medewerking aan de bouw van zijn buurman. Deze stelling werd door de Hoge Raad ter zijde gelaten; 's Hof's arrest was reeds verkeerd, omdat daarin het bestaan van deze plicht was aangenomen, terwijl de bouwer „zelfs niet bereid was de schade voor zijn rekening te nemen”. Uit het arrest is evenwel op te maken, dat de eigenaar, die zijn medewerking afhankelijk stelt van een volledige schadeloosstelling, een juist gebruik van zijn eigendomsrecht maakt. En naar mijn gevoelen mag men thans de kleine sprong maken, zo men wil met als polsstok de vergelijking met 5.4.17. dat, indien volledige schadeloosstelling wordt aangeboden, aan de eigenaar ook de verplichting kan worden opgelegd tot medewerking, na betaling of zekerheidsstelling. Aldus ook Scholten in zijn noot.

32. Het Hof, de weigering tot medewerking ongeoorloofd oordelende, had de eigenaar tot verhaal van zijn schade naar de gewone actie van 1401 B.W. verwezen. De Hoge Raad kon echter in het geldend recht geen grondslag voor deze actie vinden. Inzake Jochems c. 's-Gravenhage³⁰ vermocht de Hoge Raad dat wel. Jochems zag zijn landerijen uitdrogen, omdat de Gemeente de aangrenzende duinen leegpompte. Hij voorzag in een nieuwe watervoor-

³⁰ H.R. 18 Febr. 1944. no. 226.

ziening en sprak de Gemeente aan tot vergoeding van de kosten, die daaraan waren verbonden geweest.

„dat blijkens 's Hofs arrest, ten deze vaststaat:
„1e. dat de Gemeente ten behoeve van de watervoorziening van
„'s-Gravenhage aan haar eigen terrein voortdurend onttrekt
„dergelijke massale waterhoeveelheden, dat tengevolge daarvan
„de natuurlijke bronnen onder de terreinen van Jochems recht-
„streeks worden aangetast, waardoor deze terreinen dreigden
„waardeeloos te worden, hetgeen slechts voorkomen werd door
„een door Jochems genomen maatregel; en
„2e. dat de Gemeente de — volgens het Hof voor de hand lig-
„gende — mogelijkheid had kunnen en moeten voorzien, dat
„door haar handelwijze water werd onttrokken aan de aangren-
„zende terreinen, ook die van Jochems, met de daaraan verbon-
„den schadelijke gevolgen;
„dat derhalve de Gemeente door handelingen op haar eigen
„terrein verricht inbreuk maakt op den eigendom van daar-
„nevens liggende terreinen, terwijl deze rechtsinbreuk voor de
„Gemeente als mogelijk gevolg van haar handelingen redelijker-
„wijze te voorzien was;
„dat de Gemeente, die in het belang van de watervoorziening
„harer bevolking en ter ontkoming aan de bezwaren, welke een
„andere wijze van watervoorziening zou medebrengen, gekozen
„heeft een intensieve exploitatie van een sprank op duinterrein,
„haar daartoe door den Staat in erfpacht gegeven resp. te haren
„name onteigend, terwijl zij de aantasting van den eigendom van
„de belendende perceelen door wateronttrekking als mogelijk
„gevolg van hare handelwijze heeft moeten voorzien, aldus een
„gedragslijn heeft gevolgd, welke weliswaar vanuit het oogpunt
„der gemeentelijke belangen volkomen gerechtvaardigd of zelfs
„geboden kon zijn, doch waarvan zij tegenover de eigenaren der
„bedreigde perceelen eventuele nadeelige gevolgen, die daaruit
„voor deze mochten voortvloeien, voor hare rekening behoorde
„te nemen;
„dat daarom de Gemeente, waar zij de sprank is gaan exploi-
„teren zonder zich de belangen van zoodanigen eigenaar aan te
„trekken, nu deze exploitatie de bovengenoemde voorzienbare
„fatale gevolgen voor diens erf heeft medegebracht (welke slechts
„door een afweermaatregel van dien eigenaar zijn gekeerd), niet
„gezegd kan worden in het door haar te zijnen opzichte gevolgde
„gedrag de zorgvuldigheid in acht te hebben genomen, welke in
„het maatschappelijk verkeer ten aanzien van diens goed be-
„taamde;
„dat daarom het Hof terecht de bedoelde handelwijze der Ge-
„meente tegenover Jochems onrechtmatig heeft geoordeeld”;

Over dit arrest is nog al wat te doen geweest. Het is altijd tezamen behandeld met het arrest Oss c. Tilburg³¹. Deze

³¹ H.R. 19 Maart 1943, no. 312. En later met H.R. 19 Dec. 1952, 1953, no. 642. Ph.A.N.H. (Roessel c. Tilburg).

arresten spreken dezelfde taal. In feite hebben de zaken echter niets gemeen (no. 65). Ik kom op de stankzaken nader terug. Hier moet ik het over Jochems c. 's-Gravenhage hebben, omdat dit arrest de regel aangeeft voor het naast elkander bouwen. Bouwen is niet een handeling, die, wanneer zij schade ten gevolge heeft, *reeds daarom* onrechtmatig zou zijn³². Het is een handeling, die op onrechtmatige maar ook op rechtmatige wijze kan geschieden. De wijze, waarop de handeling wordt verricht, bepaalt het al of niet rechtmatig karakter van de handeling. 's-Gravenhage had precies dezelfde handeling van het pompen ook op rechtmatige wijze kunnen verrichten, n.l. door te voren aan Jochems het aanbod te doen van een nieuwe watervoorziening voor zijn landerijen, op kosten van de Gemeente. Het pompen zou dan ab initio op rechtmatige wijze zijn geschied ook als Jochems het aanbod verworpen had. Hij zou dan immers onredelijk hebben gehandeld door dit aanbod te weigeren (vgl. no. 28). 's-Gravenhage heeft zich echter van Jochems en zijn land niets aangetrokken en is zo maar haar gang gegaan. Jochems heeft zich uit zichzelf redelijk gedragen en heeft zelf gezorgd voor de nieuwe watervoorziening. De vraag was nu, op welke grond de Gemeente verplicht was de kosten van deze nieuwe watervoorziening te vergoeden. Die grond is: onrechtmatige daad. Maar het onrechtmatige van de daad ligt niet in de handeling van het pompen op zichzelf, want eerst de wijze van handelen bepaalt het al of niet onrechtmatig karakter van de handeling. Het onrechtmatige van het pompen was de wijze waarop het geschiedde: in volslagen onverschilligheid voor het land van Jochems.

Hoe kan men nog spreken van een handeling, die onrechtmatig is, reeds omdat zij een inbreuk op een subjectief recht zou zijn, als men te maken heeft met een handeling, die op onrechtmatige wijze maar ook op rechtmatige wijze kan worden verricht?³³

Eigendom in nabuurschap is eenheid van recht en plicht, over en weer. 's-Gravenhage had de plicht de schadelijke gevolgen van het pompen voor Jochems' land, welke in feite te voorkomen waren, ook inderdaad op te

³² Men vergelijke: H.R. 27 Jan. 1939. no. 874. P.S.

³³ Smits. W.P.N.R. 3688 en vlg. Zie verder no. 61 met noot.

heffen; Jochems had de plicht het aanbrengen op zijn land van de nieuwe watervoorziening te dulden, alsmede het pompen door 's-Gravenhage. En tegenover het recht op pompen van de Gemeente kan gesteld worden het recht van Jochems op volledige schadeloosstelling. De Gemeente heeft zich aan deze eenheid van samenhangende rechten en plichten onttrokken. Dát is het onrechtmatige van haar handeling³⁴.

33. Op dezelfde wijze moet worden gedacht over de gevallen van oppersing van grond tengevolge van het storten van een weglichaam in weke bodem; over gevolgen van heien, over „de kostbare instrumenten”, etc. Al dergelijke handelingen zijn nooit onrechtmatig om de enkele reden dat zij beschadigingen ten gevolge hebben. Het eigendomsrecht overleeft deze narigheden. Het houdt zelve het middel tot verwerking van deze narigheden in, n.l. voor de bouwer door de mogelijkheid om op rechtmatige wijze te handelen (n.l. door vooraf een schade-voorkomend of schade-opheffend aanbod te doen) en voor de getroffen eigenaar door het recht op herstelling; niet herstel in de vorige toestand, maar op het scheppen van een nieuwe toestand, waarmede hij vrede kan en moet hebben. (no. 44).

Het eigendomsrecht van onroerend goed is dus bepaald niet meer uitsluitend te vatten als een subjectief recht. Het leeft in nabuurschap en dus als het ene naast het andere subjectieve recht. Dit brengt narigheden mede, maar metéén de methode krachtens welke het zijn narigheden overleeft ... zelfs de hinder.

E. *Hinder.*

34. Wie nabuurschap zegt, zegt hinder. De één doet zich zonder de ander niet voor. In 5.1.2.1. wordt een aantal voorbeelden gegeven. Deze opsomming is niet limitatief. Men denke b.v. aan storing van radio- en televisieontvangst

³⁴ De materie van de zaak Jochems is nu geworden tot onderwerp van de Grondwaterwet Waterleiding bedrijven. S. 1954 no. 383. Zie Polak N.J.B. 1954. 226. De in deze zaak te voorschijn gekomen regel blijft gelden.

door het gebruiken van electrische apparaten. Maar de opsomming is van betekenis, omdat zij dwingt de gedachte los te laten, dat hinder alleen zou kunnen bestaan in een „inbreuk”. Het ontnemen van licht en lucht, het onthouden van steun, het veranderen van het grondwaterpeil (5.4.2.2.), dit zijn alle handelingen, welke men niet dan hard wringend onder het woord „inbreuk” brengen kan. Wij kunnen ons nu bevrijd achten van de beperkingen, die aan de oude immissio eigen waren ³⁵.

35. Alles wat de eigenaar-gebruiker in zijn genot stoort, kan dus hinder zijn. Maar veel daarvan is zonder meer te dulden. Dit spreekt vanzelf en naar de reden wordt niet gevraagd. Maar indien wel naar de reden wordt gevraagd, waarom er zo veel te dulden is, (en tevens, waarom dit zo vanzelfsprekend wordt geacht), dan zal het antwoord moeten zijn: dat aan het recht van eigendom op onroerend goed de plicht om hinder te dulden onafscheidelijk is verbonden, omdat dit recht zich nu eenmaal in nabuurschap te verwerkelijken heeft en dit enkele blote feit reeds medebrengt, dat geen eigenaar aan andere eigenaars of gebruikers beletten kan óók naar hun goedvinden te leven (no. 7) ³⁶.

36. „Hinder” blijkt daarom echter metéén een onduidelijk woord. Beter ware het in algemeenheid van „last” te spreken, omdat in het nederlands het bijzondere „overlast” ten dienste staat. Hinderlijk en lastig zijn ontelbare dingen. Veel daarvan is zonder rechtsgevolg en is te dulden. Maar er komt een moment, waarop, om met Churchill te spreken, gezegd kan worden: „That is even too much for my Christian patience.” Dan is men aan de juridieke hinder toe. Ernstige hinder? Neen: *te* ernstige hinder. Niet een last, niet een zware last, maar een *te* zware last of: „overlast”. Hinder duidt veelal iets aan dat nog drage-lijk is. Wien echter een overlast te dragen gegeven wordt, heeft de keus tussen bezwijken of . . . procederen.

Hierna wordt het woord „overlast” gebruikt voor de

³⁵ Toelichting O: 383. Meijers. Alg. Begr. 145. Verz. Pr. Opst. II. 178.

³⁶ Smits. W.P.N.R. 3690. 398. 1e kolom.

binder, toegebracht „in een mate of op een wijze die volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt”. (5.1.2.1.). Dan ontstaat geen misverstand ³⁷ als de aandacht moet worden gevraagd voor de „te dulden hinder” van 5.1.2.2., waarmee te dulden overlast is bedoeld.

37. De hinder is dus niet iets, dat er eigenlijk in het geheel niet moest zijn, maar iets, dat helaas nu eenmaal tot de eigendom van onroerend goed behoort. Het eigendomsrecht, zichzelf in nabuurschap verwerkelijkende, is zelf het bepalen van wat het als hinder kan verdragen of als overlast moet verwerpen. De eerste hinderlijke vraag is nu, welke de grens is waar de hinder in overlast overgaat. Maar voor het antwoord op deze vraag moet de zaak niet worden gezien vanuit het lijdende erf noch vanuit het hinderlijke erf maar vanuit hun nabuurschap.

Hierop is, voor zover ik weet, maar één uitzondering: de kooiker. Deze zeldzame, meestal onprettige figuur heeft recht op stilte, opdat zijn prooi niet wordt gestoord of verjaagd. Artikel 41 der Jachtwet bevat het volgende:

„.... 2. Het is ieder ander dan de kooiker van een geregistreerde en afgepaalde eendenkooi verboden binnen de afpalingskring van die kooi:

„a) zonder schriftelijke en gedagtekende vergunning van de kooiker te jagen, tenzij hij zich bevindt in gezelschap van de kooiker;

„b) buiten noodzaak handelingen te verrichten, terwijl hij weet of kan vermoeden, dat daardoor de eenden binnen de afpalingskring zullen worden gestoord of verjaagd.

„3. Noodzaak, als bedoeld in het vorig lid onder b), is aanwezig bij *handelingen*, verricht ter uitvoering van openbare werken of bij het gebruik en tot onderhoud van hetgeen door die werken is tot stand gebracht dan wel *ter uitvoering van de landbouw*, indien *redelijkerwijs niet kan worden gevergd, dat de handeling niet of op andere wijze wordt verricht.*

„4. Degene, die opdracht heeft gegeven tot uitvoering van de in het vorig lid bedoelde openbare werken, is verplicht de schade, welke uit de daartoe noodzakelijke handelingen voor het gebruik van de eendenkooi voortvloeit, aan de benadeelde te vergoeden.”

³⁷ In de Toelichting O. op 5.1.2.2., laatste alinea van §84 (zie bijlage II) is de zaak duidelijk. Veel minder in Toelichting R.O. 3. (Zie bijlage III). Zie verder no. 66.

Dat is ³⁸ nog eens een recht! Welnu, het recht van de eigendom is dan wel (gelukkig) zoveel als het omgekeerde van een eendenkooi.

38. De nabuurschap wordt door de hinder gevormd, niet door het aaneengrenzen van de percelen, maar door het bereikt worden door de hinder (no. 9). Iedere eigenaar-gebruiker verwekt een zekere mate van hinder, met geringer of groter actie-radius. De vraag is nu, of deze hinder met deze bepaalde actie-radius zijn punt van uitgang (no. 5) heeft op de juiste plaats.

Gewoon mensenleven en plezier etc. is, gezien de geringe actie-radius van de hinder en het geringe uithoudingsvermogen van deszelfs bron, overal op zijn plaats, maar niet overal op alle uren. Men vrage niet of hinderlijke gedragingen nodig of onnodig zijn; de eigenaar heeft de vrijheid ook tot onnodige zotheden van tijd tot tijd ³⁹.

Dan komt de bedrijfmatige, constante, onvermoeibare hinder. Ook deze moet een plaats hebben. Maar deze plaats moet met enige zorg worden uitgekozen, want er zijn plaatsen, waar een bedrijf, gezien de actie-radius van zijn constante hinder, niet past en zijn hinder tot overlast ⁴⁰ wordt.

Maar ook zijn er bedrijven, die op een bepaalde plaats zijn aangewezen; de bokkingrokerij bij de vissershaven, de scheepswerf aan de rivier, de olie-raffinaderij te Pernis aan de monding van West-Europa's grootste stroom etc. Deze bedrijven drukken hun stempel op de nabuurschap. De hinder, die aan zo een bedrijf inhaerent is, is in de nabuurschap passend en ieder heeft die te dulden... zonder schadeloosstelling, dacht ik.

39. Het is niet mijn taak om na te gaan wat hinder en wat overlast is, maar om na te gaan op welke wijze dit onderscheid moet worden vastgesteld. Men komt er niet uit met te vragen of er inbreuk is op het subjectieve recht van den eigendom; men komt er ook niet uit met te vragen of de eigenaar een goed gebruik van zijn eigendom

³⁸ Of was? Dezer dagen heeft ergens een kooiker het moeten afleggen tegen een tractor.

³⁹ H.R. 31 Dec. 1937. 1938. no. 517 E.M.M. (Nobel c. Unitas).

⁴⁰ H.R. 30 Jan. 1914 N.J. 497. W. 9648. E.M.M. (Joosten c. Krul).

maakt⁴¹. Dit zijn *beide* éénzijdige opvattingen van de zaak. Het criterium is of de hinder al of niet past in de nabuurschap. Dit is een objectief criterium. Het eigendomsrecht heeft zich nu eenmaal te verwerkelijken. Dit beduidt, dat men over de abstracte bevoegdheid om de zaak naar goedvinden te gebruiken nooit anders kan oordelen dan in de volledige concreetheid van de nabuurschap. Als eigendom-in-nabuurschap bepaalt het eigendomsrecht zelf wat het van de hinder duldt of verwerpt en het ziet daarbij vooruit. Het denkt zichzelf in economische ontwikkeling.

40. Hieruit moet dan volgen, dat de hinder, die niet past in de nabuurschap, overlast is. Aldus de stank van Tilburg. Zeker, rioolvuil pleegt te stinken. Maar elders in den lande geven de Gemeenten schatten uit voor de zuivering. Als elke Gemeente deed als Tilburg, was het leven in ons land ondragelijk, ziekelijk en armetierig. Het kan anders; het moet anders; en nu, sinds Roessel c. Tilburg, is het gelukkig ook anders. Wij hebben Oisterwijk als recreatiegebied terug.

Naar mijn gevoelen behoort tot de eigendom-in-nabuurschap als hinder: de hinder, die voortvloeit uit de exploitatie van de ten openbare nutte bestemde zaken, voor zoverre die hinder aan die exploitatie inhaerent is. Deze gedachte komt ook in de rechtspraak inzake onteigening

⁴¹ Misbruik is in art. 8 van de Inleidende titel omschreven als volgt:
 „1. Het misbruiken van een bevoegdheid is verboden.
 2. Een bevoegdheid wordt misbruikt, wanneer men haar gebruikt, hetzij voor geen ander doel dan om iemand te schaden, hetzij voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend, hetzij in een geval waarin men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening der bevoegdheid en dat hetwelk geschaad wordt, naar redelijkheid niet tot uitoefening van de bevoegdheid had kunnen komen.” (II Kamer, 1955&1956 no. 3766, nota van Wijzigingen). Betrokken op de bevoegdheid de onroerende zaak naar goedvinden te gebruiken, kan „misbruik” niet het criterium zijn tussen hinder en overlast. Wat slechts „hinder” zou zijn, kan onrechtmatig zijn, omdat de hinderende handeling b.v. wordt verricht met geen ander doel dan te schaden; en wat „overlast” zou zijn (b.v. het oppompen van het water uit de duinen), kan niet onrechtmatig worden geacht, omdat 's-Gravenhage naar redelijkheid niet tot dat oppompen zou hebben kunnen komen. Hinder en overlast enerzijds, misbruik anderzijds, het zijn verschillende dingen. Misbruik komt pas ter sprake, als er van gebruik geen sprake meer kan zijn.

tot uiting: de gedaagde heeft geen recht op vergoeding van de schade, die hij in het overblijvende zal onder vinden door de *exploitatie* van het werk waarvoor ont eigend wordt. Wanneer de gevolgen van de opgedrongen nabuurschap zijn vergoed, behoort het nieuwe werk tot de inrichting van de nabuurschap en is de daaraan noodwendig verbonden hinder door iedere eigenaar, ook de eigenaar van het overblijvende, zonder meer te dulden ⁴².

Maar wat niet als aan de exploitatie van ten openbare nutte bestemde zaken *inhaerent* kan gelden (en dat is b.v. de wijze van afvoering van het rioolvuil, n.l. door de Voorste Stroom) wordt door de nabuurschap uitgeworpen. Slechts kan worden gevraagd, of aan de kostbaarheid van het opheffen van de overlast enige betekenis kan worden toegekend. Daarop is in gelijke zin te antwoorden als in nos. 16 en 17. De kostbaarheid is alleen dan van betekenis, als zij *objectief* prohibitief is. Zo is het niet bij Tilburg, want alle Gemeenten in Nederland zorgen voor rioolwaterzuivering. Iedere particulier heeft trouwens ervoor te zorgen, dat zijn vuil binnen zijn eigendom wordt verwerkt en niet op de eigendom van een ander.

41. Wanneer in deze materie de „belangen” van de één met die van de ander worden vergeleken, komt men er ook niet uit. Natuurlijk is het Tilburg's welbegrepen eigen belang de kosten der zuiverings-installatie te besparen, en is het belang dat de een of andere bewoner van Oisterwijk had bij frisse lucht, in centen uitgedrukt, bepaald geringer. Dit is echter nooit de vraag, die de eigendom-in-nabuurschap zichzelf stelt, als hij in de overlast, die hij verwekt, iets ontmoet, dat er niet behoefde en er dan ook niet behoorde te zijn. Zo iets is om der wille van de verwerkelijking van het eigendomsrecht zonder meer te verwijderen.

Ik moge hier een passage laten volgen uit de Toelichting O. 383, laatste alinea:

„In beide (no. 34) rubrieken van hinder moet men binnen „zekere grenzen het nadeel dulden, dat een ander door het ge„bruik van eigen zaak veroorzaakt (no. 35). Waar de grens wordt „overschreden, wanneer een geoorloofd gebruik overgaat in een

⁴² H.R. 24 Nov. 1911 W. 9315. E.M.M. Zie ook: H.R. 4 April 1956. no. 531.

„onbetamelijk gebruik, is niet in het algemeen te zeggen. Be-
„halve met hetgeen ter plaatse gebruikelijk is, moet hier reke-
„ning worden gehouden met de belangen van anderen, welke
„worden geschaad. Een zekere belangenafweging is noodzakelijk,
„al mag niet zonder meer tot onrechtmatigheid worden gecon-
„cludeerd, wanneer het benadeelde belang een grotere waarde
„heeft dan het eigen belang dat men dient; ook de omstandig-
„heid, dat aan de handelende persoon een recht toekomt om
„zijn zaak te gebruiken, moet zich doen gelden.”

Ik zou daaraan volledigheidshalve willen toevoegen: en
wanneer het benadeelde belang een veel geringer waarde
heeft dan het eigen belang, dat men dient, moet de om-
standigheid, dat aan de benadeelde persoon een recht toe-
komt om van zijn zaak het genot te hebben zich evenzeer
doen gelden. Het benadeelde belang is bij overlast: het
eigendomsrecht op onroerend goed (of het daarvan af-
geleid gebruik) en dus identiek aan het belang dat de
overlastige eigenaar nastreeft. En zo is wel degelijk in het
algemeen te zeggen, waar hinder in overlast overgaat. Het
objectieve criterium is de nabuurschap, waarin *beide* be-
langen tot hun recht moeten komen (no. 39) (zie verder:
de citaten uit Meijers artikel van 1950 in no. 62).

42. Hoe komt nu voor mij hierop aan, *hoe* eigendom-
in-nabuurschap, die de overlast te zijner zelfverwerke-
lijking moet verwijderen, dit doet. Dit kan geschieden op
drie manieren:

1. Op het terrein van de lastige eigenaar worden de maatregelen genomen, die aan de handelingen het karakter van overlast ontnemen;
2. Op het terrein van de lijdende eigenaar worden de maatregelen genomen, die aan de handelingen het karakter van overlast ontnemen;
3. De handelingen worden gestaakt. De derde manier komt aan de orde, als de eerste twee in feite onmogelijk zijn. De tweede komt aan de orde als de eerste prohibi-
tief is. Bij de eerste twee worden de overlast-bezorgende
handelingen dus niet stopgezet. In geval 2 heeft de
lijdende eigenaar niet de overlast te dulden, doch het
nemen op zijn terrein van de maatregelen, die aan de
onverminderd voortgaande handelingen het karakter
van overlast ontnemen.

43. Geval I bevat nog geen onderscheid met wat in de gedachtensfeer van 1401 B.W. gebruikelijk is. De voorzienbaarheid van het karakter van overlast bepaalt of de eigenaar met zijn handelingen had mogen beginnen. Doch al of niet zorgeloos bij het begin, moet hij op eerste waarschuwing geacht worden zich van de overlast bewust te zijn, zodat hij, niettemin voortgaande, onzorgvuldig handelt. Hij zal dan maatregelen moeten nemen op zijn eigen terrein om de overlast op te heffen. Indien het onmogelijk is dergelijke maatregelen te nemen, brengt dit echter nog niet mede, dat dit voortgaan „onrechtmatig” is. Want nu komt de eigendom-in-nabuuerschap met de hem eigen methode voor de opheffing van de overlast, en daarmee verlaten wij de bij 1401 gebruikelijke sfeer. Immers: de lijdende eigenaar heeft niet zomaar het recht op een verbod van de overlast bezorgende handelingen van zijn buurman.

44. Indien Jochems de rechter had benaderd met de vordering aan 's-Gravenhage het pompen te verbieden, dan had 's-Gravenhage bij conclusie van antwoord een nieuwe watervoorziening kunnen aanbieden op haar kosten en, eis doende in reconventie, kunnen vorderen Jochems te veroordelen het pompen, maar ook het maken van de nieuwe watervoorziening, te gedogen. De rechter had dan aan Jochems zijn vordering moeten ontzeggen en aan de Gemeente de reconventionele vordering moeten toewijzen onder gehoudenheid het aangeboden na te komen. Dit alles, indien de rechter inderdaad van oordeel zou zijn geweest, dat Jochems onredelijk zou handelen het aanbod te weigeren.

In dit woord „onredelijk” schuilt „een afweging”. Maar dit is niet een afweging van de belangen der wederzijdse eigenaars. (no. 41). Het is een vergelijking tussen de oude en de nieuwe toestand van het getroffen erf en vervolgens het oordeel, of een eigenaar zich deze verandering moet laten welgevalen, met in achtneming van de omstandigheid, dat de kosten van de verandering komen voor rekening van zijn buur (no. 33).

45. Eerst wanneer op deze wijze de opheffing van de overlast, of de vermindering van dezelve tot het niveau

van de in de nabuurschap passende hinder, niet worden bereikt, komt men tot het absolute verbod van geval 3. Het eigendomsrecht, deze eenheid van recht en plicht, is in zijn zelfverwerkelijking metéén de verwerking van de hinder. Het doet dit ten eerste door de (nabuur) schappelijke hinder te dulden; vervolgens door de overlast te verwerken, indien verwerkbaar, tot iets dat weder dragelijk is, tegen schadeloosstelling; tenslotte, uiteindelijk, door de onverwerkbare overlast uit te werpen. Nergens⁴³ bevat het eigendomsrecht het dulden van onverwerkbare overlast tegen een schadeloosstelling, welke, vanwege deze onverwerkbaarheid, uitsluitend in geld zou moeten bestaan.

IV. DE GRENS VAN HET EIGENDOMSRECHT.

46. Het eigendomsrecht, bezien als de eenheid van geschreven en ongeschreven recht, en dus als het recht én de methode van zijn zelfverwerkelijking, is veelomvattend; het omvat zelfs onteigening, het middel om de eigendom ten openbare nutte te brengen (no. 23). Hiertoe is nodig, dat aan de eigenaar de macht die hij krachtens zijn recht op de zaak heeft, wordt ontnomen. Maar het eigendomsrecht is enerzijds „macht”, anderszijds „economische waarde”. Voor het doel is slechts de ontneming van de macht nodig, niet van de waarde: die wordt aan de eigenaar gelaten; en dit is de grondslag van de aan onteigening verbonden plicht tot schadeloosstelling⁴⁴.

47. Niet altijd is nodig de ontneming van de gehele macht van de eigenaar over zijn onroerend goed. Er zijn, behalve die van het eigenlijke burendrecht (no. 21), nog andere figuren, waarbij aan de eigenaar de macht wordt ontnomen slechts in bepaald opzicht. Aldus het bouwverbod op de entourage van vliegvelden, (Luchtvaartwet 28), en van vestingwerken (Kringenwet); dan is er de Belemmeringenwet Privaatrecht. Telkens is er volledige schadeloosstelling. Verder is te denken aan de macht-

⁴³ Met name niet in de zaak: H.R. 19 Maart 1943. no. 312 (Oss c. Tilburg), want Oss had slechts schadeloosstelling in geld gevorderd. Toen Roessel met zijn verbodsactie kwam, was het metéén uit.

⁴⁴ A. C. Visser. Geschiedenis en Beginselen van het Onteigeningsrecht. Diss. Leiden 1884 p. 88.

beknotting door rooilijnverordening en uitbreidingsplan krachtens de Woningwet.

48. Maar het is altijd afstand van eigendomsmacht *ten openbare nutte*. De gevallen van het eigenlijke burendrecht kunnen hier buiten beschouwing blijven; want de machtsbeperking ten nutte van het naburig erf resulteert juist niet in een overlast; het resultaat is juist altijd iets dragelijks en de eigenaar van het lijdende erf heeft het recht om, indien de nieuwe situatie tot overlast wordt, verbetering van de toestand te vragen (5.4.18. en 19). Onze vraag is nu, of het eigendomsrecht inhoudt: een afstand van macht anders dan ten openbare nutte. Anders gezegd: Kan aan de eigenaar, in het burgerlijk recht, jegens zijn nabuur, zo maar in het algemeen, de plicht worden opgelegd een onverwerkbaar overlast te dulden tegen schadeloosstelling?

49. In het onteigeningsrecht werd lange tijd geleden vooropgesteld, dat de schadeloosstelling in geld moest worden uitgekeerd, en daaraan werd dan metéén als conclusie verbonden: *dus* niet in werken. Zoals gezegd heeft de Hoge Raad de plicht van de gedaagde erkend om een aanbod van schadevoorkomende of schade-opheffende werken te aanvaarden wanneer hij onredelijk zou handelen dat aanbod te verwerpen (no. 28). Onze vraag zou nu, aan de hand van dit onderscheid, als volgt nader kunnen worden bepaald: de eigenaar, die overlast ondervindt, is verplicht het voortzetten der overlast-verwekkende handelingen te dulden tegen een schadeloosstelling in werken. (Jochems c. 's-Gravenhage). Maar is hij nu ook tot dulden verplicht tegen schadeloosstelling in geld? (Roessel c. Tilburg???)

50. Ik heb de zaak gewend en gekeerd, maar ik kan *in het eigendomsrecht* deze plicht niet vinden. En dit verbaast mij ook niet. Want als ik het eigendomsrecht bezie in zijn zelfverwerkelijking, dan weet ik, eigenlijk al van te voren, dat ik het niet zal vinden in zijn zelfverminking.

Niet altijd zal de eigenaar redelijk handelen door schadeloosstelling in geld te weigeren. De eigenaar, die het genot

aan een ander heeft afgestaan, ondervindt geen andere schade dan waardevermindering. Zijn vermogen (en zijn eigendom was voor hem slechts waarde-object) wordt geheel hersteld door betaling van een geldsbedrag gelijk aan de waardevermindering. Maar is de eigenaar tevens gebruiker (zo niet, dan geldt het volgende voor de gebruiker), dan kan de weigering van een geldsom wel degelijk redelijk zijn. Het eigendomsrecht *kan* voor hem niet de plicht inhouden om met schadeloosstelling in geld genoeg te nemen, omdat het eigendomsrecht zich te verwelijken heeft zowel in het ene subjectieve recht als in het andere; het zou niet tot zichzelf komen, wanneer het in het ene zou gaan louter „ten koste” van het andere.

51. Het eigendomsrecht houdt de onteigening ten openbare nutte in (no. 23) maar niet *in zijn verschijning als subjectief recht*. Het heeft niet zijn subjectief gerechtigden toegerust met dit middel van onteigening van het genot, dat ieder van zijn grond heeft. Het middel, dat de subjectief gerechtigden tegen elkander hebben is . . . hun subjectief eigendomsrecht, de eenheid van recht en plicht, inhoudende de plicht tot medewerking aan het opheffen van overlast of het verminderen daarvan tot dragelijk niveau. Maar een verdergaand middel hebben de subjectief gerechtigden tegen elkander niet. Binnen in de eigendomsnabuuerschap is er voortdurend de hinder, en het recht in zijn zelfverwerkelijking vordert het beletten dat de hinder tot overlast wordt; maar, indien overlast zich voordoet, dan vordert deze zelfverwerkelijking het verwerken van de overlast tot iets dat weer dragelijk is. Het eigendomsrecht zelf is het uitwerpen van de *onverwerkbare* overlast. Dan kan geen subjectief gerechtigde zijn nabuur, tegen diens wil, de onverwerkbare overlast aandoen, ook niet tegen vergoeding in geld. Hier ligt dan de grens van het eigendomsrecht, op dit punt, waar zijn methode de overlast niet langer verwerken kan.

52. Maar het eigendomsrecht houdt *in zijn totaliteit* de onteigening tot zijn zelfverwerkelijking in. En nu is het zeer wel denkbaar, dat er bepaalde bedrijvigheden zijn of komen, die niet gemist kunnen worden en aan welke een overlastig karakter inhaerent is. Ook voor deze

moet er plaats zijn, maar zal er geen plaats zijn, tenzij de overlast aan de nabuurschap als te dulden wordt opgelegd; want zij wordt door het eigendomsrecht uitgeworpen. Zo iets is geschied in de mijnwetgeving, voor de burgerexploitant van een vliegveld etc., waarbij de verbodsactie is uitgesloten maar de plicht tot schadeloosstelling is opgelegd voor een bepaalde aan de onderneming inhaerente onverwerkbare overlast. De plicht om de onverwerkbare overlast te dulden, (men lette wel: dit is niet de onvermijdelijke hinder van een op een bepaalde plaats aangewezen bedrijf, b.v. Pernis, welke hinder geduld moet worden, omdat zij in de nabuurschap past (no. 38); en ook niet de hinder van de exploitatie van openbare werken (no. 40); maar de in de nabuurschap niet passende hinder, die dáárdor overlast is) zal eerst ontstaan, voor zoverre dezelve bij de wet als een onderneming ten openbare nutte wordt verklaard.

V.

THEORIE.

53. De mij gegeven opdracht houdt in te onderzoeken of de burgerlijke wet het eigendomsrecht behoort te omschrijven of te beperken in verband met hinder, overlast of schade. Dit beduidt, dat het mijn taak was de hinder aan te vatten vanuit het eigendomsrecht. Hiermede is mij een andere weg aangewezen dan in de litteratuur wordt gevolgd; deze behandelt de hinder vanuit de onrechtmatige daad. Deze andere weg heeft, naar ik meen, zijn voordeel. Veel van hetgeen bij een benadering vanuit 1401 tot vrijwel onoverkomelijke moeilijkheden leidt, is bij benadering vanuit het eigendomsrecht op eens duidelijk, met name de „duistere” ⁴⁵ arresten van de Hoge Raad.

54. Vanuit 1401 gedacht is het reeds moeilijk te doen te hebben met een handeling, die op de ene plaats wél maar op de andere plaats niet onrechtmatig is. Dit dwingt reeds de inbreuk op subjectief recht als het onmiddellijk-bepalende voor de onrechtmatigheid van de hinder los te laten. Daarvoor in de plaats kwam, als het bepalende voor de onrechtmatigheid, het maatschappelijk betamelijke. En nog is dit geen volledige oplossing voor de vraag waarom

⁴⁵ Ph.A.N.H. in zijn noot onder Roessel c. Tilburg 1953. no. 642.

iets op de ene plaats wel en op de andere niet mag. Want geldt het in het maatschappelijk verkeer betamelijke dan niet overal? Met de eigendom van onroerend goed is de nabuurschap als criterium gegeven. Het nabuurschappelijke is van het algemeen maatschappelijke een bijzondere vorm, met eigen inhoud, de inhoud n.l. van het eigendomsrecht op onroerend goed.

55. Maar de voornaamste moeilijkheid is wel, bezien vanuit 1401: de handeling, die haar onrechtmatig karakter ontleent aan de wijze waarop zij wordt verricht (no. 32). Wanneer ik iemand een mes tussen de ribben steek, dan is dit niet een handeling, die ik zowel op onrechtmatige wijze, als ook op rechtmatige wijze had kunnen verrichten. De handeling, die niet reeds op zichzelf onrechtmatig is, maar die haar onrechtmatig karakter ontleent aan de wijze waarop zij is verricht, geeft, vanuit 1401 gedacht, tot monstrueuze enormiteiten aanleiding, zekerlijk wanneer men de rechtmatige wijze gaat zoeken in het betalen van „schadevergoeding”. Want dan wordt het onrechtmatige: het niet betalen van de schadevergoeding! of komt men tot de gedachte, dat onrechtmatige daden mogen worden gepleegd tegen tarief! of dat een onrechtmatige daad rechtmatig wordt, als men maar betaalt! etc. etc.

56. Bezien vanuit het eigendomsrecht op onroerend goed doen deze enormiteiten zich echter niet voor; beter gezegd: wat zich voordoet is geen enormiteit. Niemand is verplicht medewerking te verlenen aan een ander, die hem een mes in de ribben wil steken; maar elke eigenaar is verplicht tot medewerking aan zijn buurman, voor zoverre deze medewerking in redelijkheid van hem kan worden gevergd. Zeker, bij 1401 kennen wij de plicht van de getroffene mede te werken aan beperking van de schade. Hier, in het eigendomsrecht hebben wij echter te maken met de verplichting zich te laten beschadigen, of de toestand van het erf te laten veranderen. Het eigendomsrecht op onroerend goed is indeukbaar maar tevens opverend.

57. Bezien vanuit het eigendomsrecht, is het betalen van *schadevergoeding* nooit een middel om een in principe onrechtmatige handeling rechtmatig te maken, doch is het

vooraf aanbieden van een *schadeloosstelling in werken* de van meet aan rechtmatige wijze van handelen. De onrechtmatige wijze van handelen is dan het handelen zonder te voren de medewerking van zijn buur te hebben verworven door een aanbod, hetwelk hij redelijkerwijze moet aanvaarden.

Wellicht wordt tegengeworpen (met een beroep op no. 55) dat ook in deze visie het dwaze geval zich voordoet van de onrechtmatige daad, die door het aanbieden van schadeloosstelling tot een rechtmatige wordt. Dit zou echter niet juist zijn. Men moet erop letten dat de handeling (het pompen door 's-Gravenhage) een voortgezette handeling is. Deze handeling wordt op *onrechtmatige* wijze verricht zolang het aanbod niet is gedaan. (zie no. 32) Daarna is het precies dezelfde handeling, die wordt verricht op *rechtmatige wijze*. De vordering tot verbod vervalt door het aanbod, wanneer tenminste de rechter oordeelt, dat dit aanbod redelijkerwijze aanvaardbaar is.

58. Bregstein neemt in het algemeen aan, dat degeen, die gebruik maakt van zijn recht en daarbij een ander schade berokkent, handelt op een rechtvaardigingsgrond in wording, die tot volledige wasdom komt door „betaling van schadevergoeding”. Ik kan gaan bezwaar hebben tegen het woord „rechtvaardiging”, mits deze rechtvaardiging (tussen naburen!) wordt gevonden in het schadeloos stellen in werken en wel in een desbetreffend aanbod vooraf, met, desgewenst, zekerheidsstelling. Deze concretisering van het begrip rechtvaardiging zal men bij Bregstein evenwel niet aantreffen ⁴⁶. En de Hoge Raad is nooit voor de vraag gesteld! Ook niet in Roessel c. Tilburg; de vraag of Roessel onredelijk zou handelen door een aanbod in geld te weigeren is in dat arrest *niet* beslist. Wel is in dit arrest (zie het slot) beslist, dat niet de rechter de keuze heeft te doen, welke maatregel de dader moet nemen om zich te rechtvaardigen; voor de rechter is het slechts de vraag, óf er een aanbod is gedaan, en of het aangeboden de handeling rechtvaardigt.

⁴⁶ Zou Prof. Mr. Dr. G. van den Bergh, met deze concretisering, de leer van Bregstein nog bestrijden? (Zie R.M.Th. 1952. pag. 498 en vlg.)

59. Nabuurschap van onroerende goederen is de „natuurlijke” verschijningswijze van het eigendomsrecht, een verbondenheid, die er is zonder 's mensen toedoen. Reeds is ontdekt, dat een gelijksoortige verbondenheid het resultaat kan zijn van een vrije daad van personen.

In het arrest Staat/Degens⁴⁷ staat geschreven:

„dat, wie zich eenmaal contractueel heeft gebonden, — waardoor „de contractsverhouding, waarin hij partij is, in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen, waarmede de belangen van „derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen „kunnen verbonden worden — ten aanzien van de wijze, waarop „hij zich ten opzichte van zijn contractuele verplichtingen „draagt, bij in achtneming van hetgeen in het verkeer betaamt, „niet onder alle omstandigheden de belangen mag verwaarlozen, „die derden bij de behoorlijke nakoming van zijn contract kunnen hebben;”

Indien ik mij in het vorige beelddsprakig mocht hebben uitgedrukt, dan zal de schone beelddsprak van dit arrest zelfs mijn minder fraaie pogingen verontschuldigen. Hier vormt een contract voor een derde een schakel waaraan hij zich vasthoudt als de Stad Zaandam aan de Amsterdamse havenboei. Indien een contractant dat weet, of had kunnen en moeten weten, dan mag hij het eigen voordeel niet najagen in volledige onverschilligheid voor het lot van dien derde. Dit is niet omdat het behalen van een voordeel, dat onmiddellijk gepaard gaat met een nadeel voor anderen, op zichzelf reeds ontoelaatbaar zou zijn — dit gebeurt nog al eens —, maar omdat zulks de ten grondslag liggende verbondenheid, om welke bestendinging het moet gaan, verstoort en belemmert in haar verwerkelijking.

60. Er zullen wel meer dergelijke gevallen van nauwe verbondenheid bestaan. Het zou mij niet verwonderen wanneer overal waar één doel te verwezenlijken is door een aantal personen, bij een botsing tussen deze personen een methode bestaat, volgens welke de narigheden worden verwerkt tot iets dragelijks, dat weder doelmatig is.

Het doel van de eigenaars van onroerende goederen is de verwezenlijking van het eigendomsrecht in het algemeen. Aannemer en onderaannemer zijn met de aanbesteder verenigd in het tot stand brengen van het te maken werk. Het doel van waterschappen is de algemene

⁴⁷ H.R. 3 Maart 1946. no. 323.

beheersing van de waterstand; zij moeten elkander daarin niet hinderen, wel bijstaan ⁴⁸. Twee Gemeenten werkten samen inzake riolering ⁴⁹. De electriciteitsvoorziening was het doel van de „verbintenis” tussen de Provincie Noord-Holland en de Gemeenten ⁵⁰. Ik zie geen dwingende reden, waarom deze methode niet bruikbaar zou zijn in andere figuren dan „eigendom”; het eigendomsrecht heeft geen octrooi op zijn werkwijze.

Blijvende verbondenheid is ook doel van de eigendom en de daarop rustende zakelijke rechten. Door het leggen van kribben in de Rijn kon de gierpont van het Drielse Veer niet meer uit zichzelf op de stroom de oevers bereiken. De Hoge Raad oordeelde:

„dat noch de Rivierenwet nog enige andere wet het Rijk de „bevoegdheid geeft ter bescherming van het openbare rivieren-„belang een recht, als eiseres ten deze beweert te hebben, zonder „meer behoudens schadevergoeding aan te tasten.” ⁵¹

Dit arrest is (met dat van 1930; no. 31) een voorloper van *Jochems c. 's-Gravenhage*; de gierpont wordt nu over de dode punten geholpen door een door het Rijk bekostigd motorbootje, evenals 's-Gravenhage de nieuwe watervoorziening van *Jochems* heeft betaald.

Tenslotte noem ik hier het *Tandartsenarrest* ⁵². Zou het ook zó kunnen worden gezegd: dat de vraag, of een actie tot verbod toekomt aan iemand die door norm-overtreding schade lijdt, hierdoor wordt beslist, of zulks ter verwerking van de norm nodig is? (Zo ja, dan zou die actie voortvloeien uit het ongeschreven recht). Is dit niet een duidelijker richtsnoer dan de vraag, wanneer iemand (geheel afgezien van het nederlands) een privé-belang „erbij krijgt”?

61. Bezien vanuit het eigendomsrecht blijft geen der aspecten, die vanuit 1401 getekend (doch vértkend) zijn,

⁴⁸ H.R. 20 April 1923. N.J. 689. W. 11072 (*Schouwen c. Westeren Ban*). Bij H.R. 29 April 1910. W. 9027 (*Mark en Dintel*) liep de zaak nog uit op een onbevoegdverklaring.

⁴⁹ Hof Arnhem 27 Oct. 1952. 1953. no. 252.

⁵⁰ H.R. 18 Aug. 1914. no. 598.

⁵¹ H.R. 14 Juni 1935. no. 1475. E.M.M. *Drielse Veer*.

⁵² H.R. 17 Jan. 1958. R.v.d.W. no. 4.

onopgemerkt. De inbreuk op het subjectieve recht is inderdaad niet het onmiddellijk onrechtmatige.

Smits (W.P.N.R. 3688 en v.) deed zulks gelden voor de onrechtmatige daad in het algemeen. Reeds enkele weken later betoogde Langemeijer (W.P.N.R. 3706 en v.) de beperking tot absolute vermogensrechten: „Geheel anders is het bij leven, gezondheid, eer, vrijheid. Gesteld voor een ogenblik dat men ze als subjectieve rechten zou mogen beschouwen, dan is hier de figuur van een niet ongewenste maar toch onrechtmatige en schadeplichtige inbreuk niet denkbaar.”

En Meijers oordeelde: „Smits' vooronderstelling, dat men bij iedere aansprakelijkheid wegens een inbreuk op een subjectief recht het onbepaalde en ongeschreven criterium van de zorg die in het maatschappelijk verkeer betaamt met het oog op eens anders persoon en goed moet toepassen, is sterk overdreven.” (Verz. Pr. Opst. III 323) Maar het is zo tussen eigenaars-gebruikers van onroerend goed, en Langemeijer ontdekt „in deze smalle grenszone van gevallen” (W.P.N.R. 3707. 10. 1e kolom) de handeling, „van welke wij niet wensen, dat zij achterwege ware gebleven, maar waarbij wij toch gevoelen, dat degene, wiens recht is aangetast niet met de schade mag blijven zitten.” Ik gevoel daarbij dan echter bovendien voor het onderscheiden tussen verwerkbare en onverwerkbare overlast, en voor een beperking van de figuur tot het geval dat de overlast „verwerkt” kan worden door een aanbod van schade-voorkomende of -opheffende werken. Een begin hiervan lees ik al bij Smits (W.P.N.R. 3689. 387. 2e kolom): „Waarom zou echter — bij de hier verdedigde opvatting — het gedrag van degene, die de dijk of de verkeersweg aanlegt (en grond doet oppersens T.) met het oog op de bewuste rechtsaantasting niet veroordeeld kunnen worden vanuit het gezichtspunt van wat maatschappelijk behoorlijk is in verband met de omstandigheid, dat door aankoop of ont-eigening (het kan misschien al met minder! T.) deze schade voor den ander had kunnen worden voorkomen, terwijl een behoorlijk handelen in ieder geval een poging daartoe hadde vereist.”

Er is inderdaad een „natuurlijke verbintenis”, van nature besloten in de feitelijke verbondenheid der nabuurschappelijke erven.

Drion. W.P.N.R. 3995. 270 2e kolom. Maar hij ziet als natuurlijke verbintenis het betalen van een geldsom aan degene, die schade leed door de op zichzelf niet onbetamelijke gedraging en maakt geen onderscheid tussen verwerkbare en onverwerkbare overlast.

Ook kan gesproken worden van een rechtvaardigingsgrond (no. 58). En er is „een rechtsexces” van de eigenaar,

die een redelijk aanbod weigert en persisteert in een actie tot verbod.

R. J. Polak. (Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad). Beekhuis W.P.N.R. 4398 en vlg.

En zo blijkt de literatuur over 1401 in plaats van een hinderlijke stofwolk opgewaaid door duistere arresten van de Hoge Raad, het genot van het studeervertrek aanmerkelijk belemmerend (arme studenten!), een bijzonder interessante weg... naar het wezen van het eigendomsrecht op onroerend goed. Ik geloof, dat iedere schrijver zal moeten erkennen, dat als hij uit de theorie van 1401 de gevallen van „nabuuerschappelijke narigheid” weglaat, die theorie zijn (betrekkelijke) eenvoud kan behouden, daar zij dan van deze narigheid alleen heeft op te vangen het burgerlijk onrecht, dat bestaat in het niet volgen van de aan het eigendomsrecht op onroerend goed eigen methode van verwerkelijking, en het onrecht dat niet volgens deze methode kon worden verwerkt (de onverwerkbare overlast).

62. Meijers heeft de hinder benaderd vanuit 1401⁵³. Voor hem was hij niet langer een inbreuk op een subjectief recht. Bij Nobel/Unitas b) schreef hij:

„Ik volsta hier met de opmerking, dat sinds het arrest van „31 Januari 1919 de beantwoording der vraag of een belemmering van den eigenaar in zijn genot onrechtmatig is, niet meer „hiervan afhangt of deze belemmering een schennis van diens „recht genoemd mag worden, maar dat *omgekeerd* de al of niet „onrechtmatigheid der belemmerende handelingen den omvang „van het eigendomsrecht bepaalt: de vraag of een belemmering „van het genot onrechtmatig is, moet altijd getoetst worden „aan het door het arrest van 1919 geproclameerde kenmerk: „strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorg „voor eens anders goed.”

Het is deze „omkering”, die ik ter harte heb willen nemen. Maar, dit doende, en dus enerzijds inziende het eigendomsrecht als vaststaande grootheid (waarop de inbreuk onmiddellijk onrechtmatig is) te moeten loslaten,

⁵³ a. Noot W. 9648 (Joosten c. Krul).

b. Noot N.J. 1938 no. 517 (Nobel-Unitas).

c. Alg. Begrippen v.h. B. Recht 307/8.

d. Verz. Pr. Opst. III 323 en vlg. W.P.N.R. 4145.

e. Verz. Pr. Opst. II 178 en vlg.

bleek mij, dat ik anderzijds ook het in het maatschappelijk verkeer betamelijke als vaststaande grootheid (waaraan getoetst" moet worden) moest loslaten. Want deze grootheden staan niet zelfstandig als vreemden tegenover elkaar, zó, dat men de één zou kunnen loslaten maar de ander zou kunnen laten staan. Zij zijn twee aspecten van hetzelfde: het abstracte en het concrete recht, of, in énen gezegd: het recht in zijn verwerkelijking. Ik hield dus over: het eigendomsrecht, zelf zijn omvang (inhoud) bepalende, en wel door te bepalen wat te zijner verwerkelijking opzij gezet dient te worden als... het onbetamelijke (no. 3).

Meijers bespreekt (d en c) de duistere arresten van de Hoge Raad van 1943 en 1944. In d) pag. 324 verwijt hij de Hoge Raad, dat deze „het betamelijke" steeds laat beïnvloeden door de waarde van het belang, dat de handelene persoon nastreeft en de waarde van het belang dat deze schaadt. Ik kan dit in deze arresten niet vinden; de beslissing berust in deze arresten niet op een vergelijking van wederzijdse belangen. (Zie ook no. 41). Van belang is echter wat Meijers doet volgen:

„Hier dient in zover met de belangen van naburen rekening „gehouden te worden als er een algemene norm moet zijn, die aangeeft welke hinder de ene buur van de ander, hetzij in een „bebouwde kom, hetzij bij landelijke eigendommen mocht dulden. Maar deze norm bepaalt de normale hinder, die geduld „moet worden. Daarboven mag niemand gaan zonder onrecht- „matig te handelen, zolang hij zich niet op een noodtoestand „kan beroepen."

Deze algemene norm is in nos. 38 en 39 omschreven als datgene wat in de nabuurschap past, in de geconcretiseerde vorm van de actie-radius van de hinder in verband met de plaatselijke gesteldheid en derzelver natuurlijke ontwikkelingsmogelijkheid.

Zeër belangrijk is evenwel:

„Hinder, die men van zijn ene buur niet behoeft te dulden, „behoeft men evenmin van een ander, die wellicht een nuttiger „gebruik van zijn erf maakt, te verdragen....
„(Het) is van geen gewicht, dat de nabuur zeggen kan: bedenk „toch, ik handel in het algemeen belang; ik exploiteer een „ziekenhuis, een school of een gasfabriek en ik wil U Uw „schade vergoeden.... Noch de belangen van de hinderende „persoon, noch het algemeen belang leveren hier een recht- „vaardigingsgrond op."

Voor mij vindt dit zijn grond in het eigendomsrecht zelf, dat, zich in het ene zowel als in het andere subjectieve recht verwerkelijkende, zichzelf bedoelt (no. 8) en geen andersoortige belangen nastreeft (no. 41).

Over de noodtoestand schrijft Meijers:

„Het wordt slechts anders wanneer er een zodanige wanverhouding tussen het geschade en het bevorderde belang bestaat, dat men van een noodtoestand spreken kan. Men bedenke daarbij echter tweëerlei: ten eerste kan men van een noodtoestand niet spreken, indien degene, die de wet overtreedt, tijd genoeg heeft om maatregelen te nemen, die de dreigende aantasting kunnen voorkomen. In de tweede plaats sluit m.i. een noodtoestand wel onrechtmatigheid, maar niet de verplichting tot schadevergoeding uit. Het is mogelijk dat de Hoge Raad dit met zijn opmerking: het optreden der Gemeente was gerechtvaardigd, maar toch is zij vergoedingsplichtig, heeft willen zeggen; het is jammer dat de Hoge Raad dit dan niet duidelijker gezegd heeft; nu wekt de lezing van het arrest de indruk alsof de Hoge Raad zegt: of de exploitatie der Gemeente werken al of niet rechtmatig is, hangt af van haar bereidwilligheid om schadevergoeding te betalen.”

Hier verstout ik mij te zeggen: zo is het voor degenen, die vanuit 1401 nadert. Komt men uit de richting van het eigendomsrecht dan zijn de arresten van de Hoge Raad, als nabuurschappelijk recht, volkomen juist. Dan wordt de al of niet onrechtmatigheid van de handeling inderdaad bepaald door de wijze waarop zij wordt verricht (nos. 32, 55, 56), maar dan is de rechtmatige wijze niet het betalen van geld (behalve in het geval dat uitsluitend waardevermindering optreedt, of dat niet anders dan geld wordt gevorderd) maar het voorafgaand aanbieden van schadeloosstelling in werken, voor rekening van de hinderaar. (no. 57, 58).

Tot slot het slot van zijn artikel:

„De vraag overigens of een beroep op het algemeen belang een noodtoestand rechtvaardigt mag niet te vlug bevestigend beantwoord worden. In nood mag men van eens anders terrein gebruik maken. Maar desniettemin is voor de toekenning van deze bevoegdheid aan een Gemeente of een concessionaris in het belang van de uitvoering van werken van algemeen nut een bijzondere wettelijke regeling nodig geweest. Deze regeling is thans te vinden in de wet tot opheffing van privaatrechtelijke

„belemmeringen. Toen iedere wettelijke regeling nog ontbrak, „was deze ingebruikneming onrechtmatig. Meent men dat een „moderne exploitatie van werken van algemeen nut verlangt „dat eigenaars van gronden — al of niet tegen vergoeding — „een hinder moeten dulden, die zij van andere personen niet „behoeven te verdragen, dan moet deze bijzondere wet niet „alleen regelen het in gebruik nemen van onroerende goederen, „maar ook het hinder of overlast toebrengen aan eens anders „eigendommen. Men is dan tevens verzekerd, dat de eigenaars „volgens de in die wet aangegeven procedure schadevergoeding „verkrijgen.”

Komende vanuit het eigendomsrecht kwam ik er toe het onderscheid te zien tussen verwerkbare (Jochems) en onverwerkbare (Tilburg) overlast. De onverwerkbare overlast („die zij van andere personen niet behoeven te verdragen” — de verwerkbare is na verwerking nl. geen overlast meer), is ook volgens Meijers niet iets, dat te dragen gegeven kan worden (zelfs niet als voorrecht van de Overheid; laat staan, in het burgerlijk recht, als het voorrecht van de ene particulier ten opzichte van de andere). Het recht van de eigendom moet deze onverwerkbare overlast om der wille van zijn bestaan uitwerpen, is dus inderdaad een privaatrechtelijke belemmering voor dezelve, en wenst dat te blijven.

VI.

HET ONTWERP.

63. Aangezien de hinder een noodwendige verschijning is van eigendom in nabuurschap (evenals andere narigheden, die in het burendrecht hun regeling vonden), komt het juist voor om bij de algemene regel, dat de eigenaar de bevoegdheid heeft naar goedvinden de zaak te gebruiken, te herinneren aan de nabuurschappelijke grens en aan de wijze, waarop de eigenaar zich aan die grens te gedragen heeft. Ik heb ten aanzien van de redactie van 5.1.1.2. slechts op te merken, dat ik „O” bepaaldelijk verkiez boven „R.O.”. De inhoud van het eigendomsrecht (dit „volledige” recht, deze eerste verwerkelijking van de mens als persoon) moet men niet aangeven met een: „je mag”. Maar zelfs: „de eigenaar heeft de bevoegdheid” (O) is mij te slap. Liever las ik: Eigendom is de bevoegdheid.

64. Bij 5.1.2.1. merk ik dan op, allereerst, dat deze bepaling niet behoort bij „Eigendom in het Algemeen”, aangezien de hinder zich voordoet in verband met het gebruiken van onroerend goed (no. 5). De juiste plaats lijkt mij daarom in de aanvang van Titel 4: „Bevoegdheden en verplichtingen van eigenaars van naburige erven”.

Vervolgens: dat de grens tussen hinder en overlast niet getrokken moet worden met het vage: „het in het maatschappelijke verkeer betamelijke”. Het maatschappelijk verkeer is alle recht in zijn zelfverwerkelijking. Het gaat hier om de zelfverwerkelijking van het recht van eigendom op onroerend goed. Men zou m.i. beter, immers concreter, kunnen spreken van: „de hinder, in een mate of op een wijze, die volgens regels van ongeschreven recht met het oog op de nabuurschap niet betaamt”⁵⁴.

65. Maar het belangrijke is O. 5.1.2.2. en R.O. 5.1.2.2. en 3. In Toelichting O. (zie bijlage II sub C) wordt deze bepaling als volgt geïntroduceerd:

„Het tweede lid is niet aan het geldende recht ontleend, maar „berust op een beginsel, waaraan blijkens de practijk behoefte „bestaat. Er zijn namelijk gevallen van hinder (lees overlast), „waarbij het enerzijds onwenselijk is, dat de hinder-toebren- „gende activiteit als onrechtmatig wordt aangemerkt zodat zij achter- „wege moet worden gelaten, terwijl het anderzijds onbillijk zou „zijn, als degene, die de hinder ondervindt, geen vergoeding van „zijn schade zou ontvangen.”

Als de bekendste voorbeelden uit onze rechtspraak worden Jochems c. 's-Gravenhage én Roessel c. Tilburg genoemd. En metéén zijn we uit de koets op de keien gevallen, want deze arresten zijn niet eender (no. 32). Jochems ondervond een *verwerkbare* overlast, die hij uit zichzelf ophief door zich een andere watervoorziening aan te schaffen, waarvan de kosten door de Hoge Raad ten laste van 's-Gravenhage zijn gebracht. En Roessel ondervond een *onverwerkbare* overlast, welke door de Hoge Raad is verboden. Het ontwerp wil nu de eigenaar een „overlast” te dulden geven en doet zulks met voor-

⁵⁴ „Nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach „Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch” etc. Schw. Z.g. 684.

noemde arresten als voorbeeld. Maar noch Jochems noch Roesel hebben een overlast te dulden gekregen; Jochems niet, omdat hij aan de behandeling van 's-Gravenhage het karakter van overlast wist te ontnemen; en Roessel niet, want aan Tilburg werd verboden verder te stinken. Welk is nu het beginsel, waaraan „blijkens de practijk” behoefte bestaat??

66. Wat bedoelt het Ontwerp nu, als het aan de hand van deze voorbeelden als regel opstelt: „Niettemin is de eigenaar bevoegd zodanige hinder (= overlast) aan een ander toe te brengen, voor zover die ander in het algemeen belang deze hinder behoort te dulden”? Men zie het slot van bijlage II sub C: het is een raadsel. Dit raadsel wordt in de Toelichting R.O. allerminst opgelost. In deze Toelichting R.O. wordt speciaal aandacht gegeven aan de term „algemeen belang”. Zie bijlage III sub A. Ik heb deze passage gelezen en herlezen, maar ik vermag daaruit niets anders op te maken, dan dat het daar gaat om de vraag, waar hinder in overlast overgaat. Daaroever had ik het in nos. 38 en 39. Het betreft de vraag, of een hinder, gezien zijn actie-radius, zijn punt van uitgang heeft op de juiste plaats . . . in zijn nabuurschap. En zo ja, dan is het merkwaardige, dat de nabuurschap die hinder te dulden heeft zonder schadeloosstelling. Zo neen, dan is er overlast, en is dezelve te onderzoeken op zijn verwerkbaarheid.

67. Uit het voorgaande volgt, dat, naar mijn idee, onderscheid moet worden gemaakt tussen, duidelijkheids-halve: hinder en overlast (no. 36), en dan vooral tussen verwerkbare en onverwerkbare overlast (nos. 42-45); daarenvens tussen schadevergoeding en schadeloosstelling (no. 22) en tenslotte vooral tussen schadeloosstelling in werken en schadeloosstelling in geld (nos. 28, 33, 44). En, dit doende, dringt zich de vraag op: bedoelt het ontwerp te zeggen, dat Roessel onredelijk zou hebben gehandeld door (voor de onverwerkbare overlast) een schadeloosstelling in geld te weigeren? Neen toch? Dan zou het Ontwerp meer zeggen dan de Hoge Raad ooit gezegd heeft (nos. 45, 58). En het ontwerp zal toch ook niet bedoelen, dat ik, of althans een burger van Vlaardingen, een briefje kan gaan schrijven aan Pernis inhoudende de bereidheid om à raison van

± f 100,— per jaar van de stank (een te dulden hinder, no. 38) misselijk te worden?

68. Indien van de eigenaar (én van de gebruiker van onroerend goed!) wordt verlangd het dulden van onverwerkbare overlast, dan is dit te aanvaarden, doch niet als algemene burgerrechtelijke regel. Want dit is geen burgerrechtelijke regel. Hij *kan* dat niet zijn. Hij *kan* niet voorkomen in de verhouding tussen subjectief-gerechtigden (no. 51). Maar het is te aanvaarden als verfijning van de idee Onteigening, of als Opheffing van Privaatrechtelijke Belemmering (no. 52). Hieruit volgt dan, dat ook van een algemene regel geen sprake kan zijn, doch dat de bedrijvigheden, aan welke het voorrecht zal toekomen van overlastig te zijn én te blijven, bij de wet met name moeten worden aangewezen en tevens met name zal moeten worden genoemd welke de bevoorrechte overlast mag zijn. Aldus Meijers (no. 62) ⁵⁵.

69. De regering (Toelichting R. O. 3 en vlg.; zie bijlage III B) is voornemens om, geheel in het algemeen, de regel in te voeren, dat hinder, toegebracht door de werking van een inrichting overeenkomstig een vergunning verleend krachtens Hinderwet of Mijnreglement 1939, door de rechter niet verboden zal kunnen worden, doch dat alsdan de mogelijkheid van schadevergoeding onverlet moet blijven ⁵⁶. Te dezen aanzien rijzen bij mij twee vragen:

Ten eerste: Aangenomen mag worden, dat de administratieve procedure feilloos werk doet. Maar toch kan niet worden voorbijgezien, dat het bij deze procedure gaat om een onderzoek naar *te verwachten* narigheid, en dat de mens nu eenmaal niet bij machte is alles te voorzien; ook de overheids-instanties niet. "The proof of the pudding is in the eating thereof". En zo schijnt het mij menselijker en dus fraaier óm de rechter van de pudding

⁵⁵ De Engelse Clean Air Act 1956 verbiedt het produceren van rook, as dark or darker than Shade 2 on the Ringelman Chart. Bij deze wet wordt een bepaalde hinder afzonderlijk behandeld, zelfs als dezelve nog geen „overlast" is, doordat hij in de nabuurschap past. Dat kan ook.

⁵⁶ Aldus in Duitsland, Frankrijk en België; doch ik heb niet nagegaan, of de regelingen dáár gelijk zijn aan die van onze Hinderwet.

te laten proeven. In feite zal hij dan zelden te verbieden hebben, want de diep-ingrijpende ordening van het gebruik van onroerend goed (Nationale plan, streekplannen, uitbreidingsplannen, én voormelde Hinderwet en Mijnreglement) heeft juist ten doel het hinderlijke bij één en het andere daarvan vrij te houden en slaagt daarin hier te lande in een mate, die voor West-Europa als uniek mag worden beschouwd. Daarbij komt, dat wij mirabile dictu gezegend zijn met een klimaat, waarin stof en stank geen lang leven hebben. Wij kunnen de tussenkomst van de rechter velen, omdat hij in feite eerst zal behoeven in te grijpen als het, werkelijk onverwacht, de spuigaten uitloopt.

Ten tweede: Geldt de opheffing van de mogelijkheid van tussenkomst van de rechter ook tussen Hinderwet-bedrijven onderling? Aan deze consequentie heeft de regering, geloof ik, niet gedacht; want zij speelt met de idee, dat de uitsluiting van het rechterlijk verbod gedacht moet worden als eis van *het algemeen belang*, waarop tussen Hinderwet-bedrijven *onderling* natuurlijk geen beroep kan worden gedaan. De consequentie schijnt mij weder onredelijk en onmenselijk. Moet een witwasserijs, die lijdt onder het roet van een naburig bedrijf genoeg nemen met geld? Moeten de arbeiders van die wasserij berusten in een slecht product van hun arbeid?

Ik zie geen redelijke grond voor uitsluiting van het ultimum remedium, wanneer een nabuurschap lijdt onder een onderneming, die, naar achteraf blijkt, gezien de actie-radius van haar overlast, daarin niet past. En wat trekt de regering zich het lot van deze onderneming aan? Voor het verlenen van een gevraagde, doch, naar achteraf blijkt, beter niet gegeven vergunning is de overheid niet aansprakelijk. Wie de vergunning aanvraagt moet allereerst zelf weten, wat hij anderen gaat aandoen.

Het komt mij dan ook voor, dat men de beslissing omtrent de goede nabuurschap niet op déze algemene wijze, met de Hinderwet als grondslag, uit handen van de burgerlijke rechter moet nemen. Wij worden in ons denken niet geplaagd door het trauma van „de scheiding der machten”, op dit punt in zuidelijker landen meebrengende, dat wat de administratie goed vindt, de rech-

ter niet slecht mag vinden⁵⁷. Over het Mijnreglement kan wellicht anders worden gedacht, gezien de nauwe band tussen de daarbedoelde bedrijven en de – onverbiedbare – mijnen zelf, zodat een aanvulling (als bedoeld) van het Mijnreglement wel mogelijk en aanvaardbaar schijnt.

70. Uit het vorenstaande vloeit voort, dat, naar mijn idee, artikel O. 5.1.2.2. (R.O. 5.1.2.2. en 3) moet vervallen. Maar dan rijst de vraag, of de regel van Jochems c. 's-Gravenhage daarvoor in de plaats moet worden gesteld. Deze regel zou kunnen worden geformuleerd als volgt:

„Eigendom op zich zelf rechtvaardigt ook niet een verbod van „zodanige handelingen, voor zoverre de eigenaar onredelijk zou „handelen door een aanbod ter voorkoming of opheffing van „overlast te weigeren.”

Aldus zou het mogelijk worden het verbod van het aandoen van overlast (5.1.2.1.) te ontgaan, doch uitsluitend ten aanzien van verwerkbare overlast. Deze regel bevat het beginsel, waaraan m.i. de praktijk behoefte heeft. Ik ben mij zeer wel ervan bewust, dat deze regel in zijn verwerkelijking vergaande gevolgen kan hebben. De vraag, of een eigenaar onredelijk handelt door het weigeren van een aanbod inhoudende een schadeloosstelling, in geld uitgedrukt, en berekend aan de hand van de kosten benodigd voor aanschaffing van een ander perceel, verhuizing en bedrijfsverplaatsing, kan niet in het algemeen ontkennend worden beantwoord. Maar het is bepaald iets anders of als uitgangspunt genomen wordt de plicht om te dulden (waarbij de eigenaar dan maar moet zien wat hij aan schadevergoeding deelachtig kan worden), dan wel het recht op verbod, (waarbij degeen, die de overlast aandoet, het verbod slechts kan afwenden door een redelijk aanbod tot herstel in een gelijkwaardige nieuwe toestand). In het burgerlijk recht is het laatste m.i. het enig juiste uitgangspunt. Althans: het ware mij liever, dat de volgende 100 jaar aan het recht van eigendom de kans wordt gegeven zich door middel van deze regel te verwerkelijken, dan dat reeds thans aan

⁵⁷ H.R. 30 Jan. 1914. W. 9648. Joosten c. Krul.

deze verwerkelijking een bruut einde wordt bereid met de regel van het Ontwerp. Dán kunnen we wéér zien; voorlopig blijve de onverwerkbare overlast in het burgerlijk recht verboden; en de plicht dezelve te dulden moet – voor zoverre noodzakelijk – haar behandeling vinden in het publieke recht. (Waar? Hoe? is niet gevraagd)⁵⁸.

71. Het eigen recht gaf reeds zoveel te denken, dat er weinig plaats blijft voor het vreemde. Het vorenstaande blijkt nauw aan te sluiten, geloof ik, bij *het Zwitserse recht*. Ik haal mijn kennis daarvan uit Haab's Kommentaar van 1935. Sindsdien wordt daar te lande gesproken over „Enteignungsähnliche Tatbestände”. Als ik wel zie, dan worden daarmee bedoeld gevallen van overlast, *door de overheid verwekt*, waarin aan de beschadigde eigenaar een vordering tot schadeლოსstelling is toegekend, maar die tot verbod hem is onthouden. Van een onderscheid tussen verwerkbare en onverwerkbare overlast wordt niet gerept. Dit zou dan beduiden dat aan het Zwitserse ongeschreven publieke recht de overheid een bevoegdheid tot het aandoen van overlast ontleeft. Anders te onzent (no. 16). In het Zwitsers burgerlijk recht vind ik van een plicht jegens de nabuur tot het dulden van overlast niet gesproken.

Voor België leze men De Page I. no. 932 en vlg. Hier is schadevergoeding, geen verbodsactie (no. 935 „le règlement du trouble de voisinage comporte une compensation pour le dommage subi; mais ce dommage ne doit pas cesser.”), zeker niet tegen met overheidsvergunning gestichte bedrijven. De Page zoekt de grondslag voor de schadevergoeding overigens niet in 1382 C.c. maar in het wezen van het eigendomsrecht (zie over deze verhouding slot no. 61).

Voor Duitsland las ik de nieuwe Staudinger-Seufert IIe druk 1956, die zeer uitvoerig is. In no. 49 staat: „...der Fall kann eintreten, dass bestimmte Einwirkungen als ortsüblich anzusehen und deshalb zu dulden sind, obwohl dadurch die (auch) ortsübliche Nutzung des betroffenen Grundstücke ausgeschlossen wird. Musterbeispiel ist die Verhältnis von Landwirtschaft und Grossindustrie im Ruhrgebiet.... Hier versagt die in 906 zum Ausdruck gebrachte Interessenwertung des Gesetzgebers, der nur die „Kleinimmissionen“ des üblichen Gewerbes vor Augen gehabt und die künftige Entwicklung der Grossindustrie nicht vorhergesehen hat Wenn man sich von dem Gedanke freimacht, dass ein Aufopferungsanspruch nur gegenüber der öffentlichen Hand bestehen könne, wird man erkennen, dass es sich hier gerade um einen Fälle eines überwiegenden öffentlichen Interesses mit der Folge der Duldungspflicht und des Ausgleichsanspruch handelt”. Ja maar daarvoor, als algemene *burgerrechtelijke* regel, meen ik juist te moeten passen (nos. 51 en 52).

⁵⁸ We denken natuurlijk aan de kern-reactor. In de U.S.A. bestaat, in Engeland is aanhangig, een wet, die voorschrijft de desbetreffende inrichting, indien met overheidsvergunning gesticht, te dulden, en die tevens regelt de aansprakelijkheid voor schade door besmetting met radio-activiteit.

In de Toelichting van het Ontwerp wordt verwezen naar *het Franse Recht*. Reeds Demoque IV no. 501 schrijft: „...il y a de véritables cas d'expropriation d'intérêt privé. Dans certains cas, une personne fait un acte licite, mais en doit indemnité. C'est le cas de l'industriel qui ouvre une usine avec les précautions connues et qui cependant nuit à ses voisins.... Nous pouvons donc généraliser et dire qu'il y a des cas.... ou le fait est licite à condition d'indemniser les victimes (... responsabilité du propriétaire d'établissement autorisé). C'est une responsabilité toute spéciale, car on répond d'un acte licite contre lequel il n'y a pas de légitime défense, parce qu'il est soutenu par un intérêt social important dont il est l'expression.” En in no. 721: „Chaque propriétaire dans certains cas ne peut exploiter son terrain qu'en modifiant ce fonds commun des agréments du quartier: air salubre, tranquillité etc. Il ne fait rien d'illicite. Mais il se livre forcément à une sorte d'expropriation de ses voisins, en leur procurant un air vicié, en leur enlevant leur tranquillité. Il est juste qu'il doive indemnité. On ne pourra pas le forcer à supprimer son exploitation, mais seulement à payer une indemnité en argent.” Aldus ook Planiol-Ripert III no. 471. De Fransen zitten in hun maat met de scheiding der machten. (Zie Josséraud I 1498 en vlg.) De Belgen ook (De Page V. no. 936).

But:

„When the damage done is substantial, an injunction will be granted even though its effect will be to inflict upon the defendant or upon the public at large a loss that is much greater than any benefit so conferred upon the plaintiff. The court will not sanction, in the interest of individuals or of the public, any substantial invasion of private rights, even on the terms of paying full compensation for the injury so inflicted” (Shelfer's Case 1895. Salmond 751). Andere taal (Men zie Okma. N.J.B. 1953. 49 over „De Voorste Stroom in Engeland”).

We zitten er blijkbaar in de één of andere vorm allemaal mee: en, op het continent, wordt in het leerstuk van de hinder soms op één of andere wijze de eigendom met onteigening in verband gebracht. M.i. is dit juist, in zoverre, dat men van zijn nabuur tegen schadeloosstelling medewerking kan verlangen aan het scheppen van een nieuwe dragelijke toestand.

72. Hier, aan het einde, een regel „schrijvende” van „ongeschreven” recht, ben ik terug bij het begin. In het Ontwerp worden door elkander gebruikt de termen: „ongeschreven rechtsregels” (5.1.1.2.) en „regels van ongeschreven recht” (5.1.2.1.). Het Regerings-Ontwerp gebruikt uitsluitend de laatste term. Dit komt mij zuiver voor, want, als het ongeschreven recht een regel bevat, is die niet onbeschrijflijk. Maar moet voormelde regel van vooralsnog ongeschreven recht thans geschreven worden?

Niet te ontkennen valt, dat gelijksoortige regels van het gewone Burenrecht (b.v. het steigerrecht) van ouds in de wet hebben gestaan. Zou men van oordeel zijn, dat dit burenrecht nog limitatief is, dan zou de regel erbij geschreven moeten worden. Nu echter deze regelen van burenrecht de inhoud van het eigendomsrecht bepalen (no. 8 en 21), is er geen reden meer om hen als de enige te beschouwen; voormelde regel heeft reeds gelding als regel van ongeschreven burenrecht (H.R.). Is dan het schrijven nodig? Gelijke vraag is gesteld in de Toelichting O. 382 bij 5.2.1., ten aanzien van de hinder zelf:

„Men zou kunnen menen dat een afzonderlijke bepaling over „hinder naast artikel 5.1.1.2. overbodig is, omdat de eigenaar die „bij het gebruik van zijn zaak aan een ander onbetamelijke „hinder toebrengt, in strijd handelt met het ongeschreven recht. „Een uitdrukkelijke bepaling is echter wenselijk, omdat de on- „rechtmatigheid van de hierbedoelde gedragingen lang onzeker „is geweest”

Wel... dan zette men thans voormelde regel in de wet, eveneens ter opheffing van onzekerheid. In de Toelichting zelf werden Jochems en Roessel in één adem genoemd. Het onderscheid tussen verwerkbare en onverwerkbare overlast werd niet belicht. Naar mijn gevoelen komt het bij overlast op de al of niet verwerkbaarheid aan. Dit onderscheid maakt zowel het arrest Jochems als de stankarresten begrijpelijk en brengt licht in duistere literatuur. (Aantrekkelijke omkering). Indien dit goed is gezien, dan is een uitdrukkelijke bepaling wenselijk, opdat de beoogde elasticiteit van het eigendomsrecht op onroerend goed (omzichtigheid én inschikkelijkheid, welker soepele eenheid zo moeilijk een plaats kon vinden in een denkwereld van „subjectief recht” en „inbreuk”) nader tot uitdrukking wordt gebracht.

Daarbij komt dan een neiging te trachten het recht te zien in de levende eenheid van de algemene regel in zijn verwerkelijking, medebrengende het „verwerken” van de belemmerende overlast en dus het ziften en verwijderen van „het onverwerkbare”. En daar zit, geloof ik, nog iets anders achter dan een woordenspel. Waarom is (no. 2:) het recht van de eigenaar om zijn zaak naar goedvinden te gebruiken het technisch-juridisch uitgangspunt van alle bekende rechtsstelsels? Zit daar niet wat meer

achter dan juridische techniek? Ik vraag mij af, of het slechts een toevalligheid kan zijn, dat alle bekende rechtsstelsels dit als uitgangspunt hebben gekozen. Zou het niet zó kunnen zijn, dat er iets is, dat er in het algemeen toe dwingt dit als uitgangspunt te nemen? Indien dit zo is, dan ware, wat technisch-juridisch een uitgangspunt wordt genoemd, een onveranderlijke richting, waarin moet worden gegaan, door ieder (eigenaar, of gebruiker), zonder onderscheid, zonder bevoorrechting. Volgens het Ontwerp heeft de één de burgerlijke vrijheid de ander te verplichten met minder dan vrijheid genoeg te nemen. Ik kan niet geloven, dat hiermede de goede richting zou zijn aangegeven, en daarom is het m.i. niet het goede recht. Men neme, in het burgerlijk recht, het recht van eigendom zo soepel mogelijk, doch, met al zijn soepelheid, niettemin zó, dat wij kunnen blijven zeggen: het is onder ons, eigenaars-gebruikers, onaantastbaar en heilig.

INHOUD

	Nr.
I. Geschreven en ongeschreven recht:	1- 4
II. Eigendom van onroerend goed:	5- 9
III. De narigheden van nabuurschap:	10-45
A: Bezoekers:	11-19
B: Buren:	20-26
C: Onteigening:	27-29
D: Bouwen:	30-33
E: Hinder:	34-45
IV. De grens van het eigendomsrecht:	46-52
V. De theorie van de hinder:	53-62
VI. Het ontwerp voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek	63-72
(Vreemd recht no. 71).	
Bijlage I. Ontwerp-B. W.	blz. 145
Bijlage II. Toelichting Ontwerp	„ 149
Bijlage III. Toelichting Regerings-ontwerp	„ 153
Bijlage IV. Buitenlandse wets-artikelen	„ 157

Behoort de burgerlijke wet de rechten, voortvloeiende uit eigendom, te omschrijven of te beperken in verband met hinder, overlast of schade, en zo ja, op welke wijze?

Praeadvies van Prof. Mr. A. van Oven

**I. HET VRAAGSTUK DER EIGENDOMS-
AFBAKENING IN HET ALGEMEEN**

Een van de moeilijkste aspecten van het probleem van de eigendoms-afbakening wordt gevormd door de afbakening van het probleem. Hoe dieper men doordringt in de aan het onderwerp gewijde literatuur en rechtspraak, des te méér beseft men de nauwe verwantschap met andere onderwerpen. Als zodanig moet wel in de eerste plaats worden genoemd het leerstuk van de onrechtmatige daad. Omschrijving of bespreking van het eigendomsrecht heeft immers ten doel, een richtlijn te geven voor de vraag, wanneer in overeenstemming wordt gehandeld met het eigendomsrecht, wanneer er mede in strijd. Met andere woorden wanneer een handeling, verband houdende met een voorwerp van eigendom, al dan niet *onrechtmatig* is te achten, en wel een handeling, verricht hetzij *door* hetzij *jegens* de eigenaar. Wat de laatstbedoelde categorie betreft – handelingen *jegens* de eigenaar, dus waardoor de eigenaar wordt benadeeld –, deze voert ons rechtstreeks naar het probleem van de onrechtmatigheidscriteria; zij stelt de vraag aan de orde, of sedert 1919 het criterium van de rechts-inbreuk zijn zelfstandige betekenis heeft behouden, dan wel geheel en al is overvleugeld door dat van de maatschappelijke betamelijkheid (een vraag, waarover in de doctrine zeer verschillend wordt gedacht). En voorts, in nauwe samenhang daarmee, het vraagstuk van de verhouding tussen de begrippen onrechtmatigheid en schuld. Wendt men nu echter het oog naar de vraag, in hoeverre handelingen *door* de eigenaar ten aanzien van zijn zaak verricht – m.a.w. uitoefening van eigendomsrecht – desondanks jegens anderen onrechtmatig kunnen zijn, dan loopt men grote kans, zich zelf plotseling ten volle verzeild te zien raken in het netelige probleem van het misbruik van recht. Bedenkt

men dan voorts, hoe gemakkelijk het kan voorkomen, dat de behartiging van het algemeen belang aan individuele eigenaarsbelangen nadeel berokkent, dan realiseert men zich, hoe nauw ons onderwerp samenhangt met dat van de onrechtmatige overheidsdaad. Iets meer op de achtergrond, maar toch ook zeer nabij, liggen enkele leerstukken van zo mogelijk *nog méér* algemeen karakter, zoals de betekenis en de omvang van het begrip „subjectief recht”, en de verhouding tussen publiek- en privaatrecht.

De geconstateerde omstandigheid stelt de praeadviseur, die wil trachten de voorgeschreven lengte van zijn praeadvies niet te overschrijden, in de noodzaak een uiterste van zelfbeperking te betrachten: slechts voorzover dit voor de loop van zijn betoog onvermijdelijk is, zal hij de genoemde terreinen, en eventueel andere, betreden. De formulering der aan de orde gestelde vraag verschaft hem overigens reeds aanstonds de gelegenheid, bepaalde onderdelen van het algemene probleem der eigendoms-afbakening buiten de deur te zetten. Het gaat immers slechts om een omschrijving of beperking van het eigendomsrecht *in verband met hinder, overlast of schade*. Hieruit schijnt voort te vloeien, dat het z.g. publiekrechtelijke aspect van het vraagstuk van de omvang van het eigendomsrecht – en met name dus ook de vraag, in hoeverre de (hogere of lagere) wetgever aan het door de wet zelf de eigenaar toegekende bevoegdhedencomplex afbreuk kan doen, voorts de materie van het onteigeningsrecht – buiten ons onderwerp valt. Voorts dat ons onderzoek zich niet behoeft uit te strekken over het *gehele* bevoegdheden-complex van de eigenaar: zijn vervreemdingsbevoegdheid b.v., alsmede zijn bevoegdheid tot terugvordering der zaak, wanneer zij uit zijn handen is geraakt, kunnen buiten beschouwing blijven. Het gaat dus hoofdzakelijk om de gebruiks- of genotsbevoegdheden van de eigenaar, eventueel ook om zijn belang bij het op peil blijven van de waarde van zijn goed. Bovendien geeft de algemeenheid der vraagstelling aanleiding om te veronderstellen, dat slechts gedacht is aan een omschrijving of beperking van het bedoelde bevoegdhedencomplex *in algemene zin*; aan specifieke regelingen van detailpunten voor bepaalde situaties, zoals ons B.W. met name behelst in zijn titel over het burennrecht, is in het hierna volgende dan ook geen aandacht besteed.

Een zeer belangrijke beperking van het probleem, die niet uit de vraagstelling blijkt, maar mijns inziens desondanks moet worden aanvaard, houdt verband met het *object* van het eigendomsrecht. Zoals bekend, komen in het systeem van ons huidige B.W. zowel lichamelijk als onlichamelijke zaken als zodanig object in aanmerking. Desondanks bestaat er aanleiding ons onderzoek te beperken tot de eigendom van lichamelijke zaken. Zou men ook de eigendom van rechten in het onderzoek betrekken, dan zou dit onderzoek neerkomen op het zoeken naar een criterium voor *alle* botsingen van rechten, althans voor zover deze botsingen gepaard gaan met hinder, overlast of schade. Een zodanig veel-omvattend onderzoek, dat bovendien gespeend zou zijn van elke kans op succes, ligt uiteraard niet in de bedoeling. Het beperken van ons onderzoek tot het eigendomsrecht op lichamelijke zaken heeft bovendien het voordeel, dat wij aldus geheel in harmonie blijven met het stelsel van het „Ontwerp voor een nieuw B.W.”.

Het voorgaande stelt ons automatisch in staat tot een meer positieve benadering van de vraagstelling. Wij zullen ons hebben te verdiepen in het complex van gebruiks- of genotsbevoegdheden van de eigenaar. En wel niet op zichzelf beschouwd, niet vanuit het oogpunt van de verhouding van de eigenaar tot het eigendoms-object, doch met het oog op de verhouding van de eigenaar tot *anderen*. Dit vloeit rechtstreeks voort uit de woorden „in verband met hinder, overlast of schade”. Het gaat dus om de positie van de eigenaar in het privaatrechtelijk rechtsverkeer, om de vraag, of er een of meer richtlijnen te geven zijn voor gevallen, waarin zijn gebruiks- of genotsbelangen in botsing komen met de belangen van anderen: in hoeverre worden in zodanige gevallen de bedoelde belangen van de eigenaar door zijn eigendomsrecht beschermd? Bestaat de mogelijkheid, te dien aanzien een of meer algemene regels te geven en in een wettelijke bepaling te formuleren, en aldus een wettelijke afbakening van het eigendomsrecht, of althans van de daaraan inhaerente genotsbevoegdheid, te bewerkstelligen?

Vooropgesteld zij, dat dit denkbeeld in elk geval *niet* verwezenlijikbaar is door middel van een positieve omschrijving der aan de eigenaar competerende bevoegdheden.

Deze methode, met betrekking tot verscheidene andere rechten wellicht de meest voor de hand liggende, komt n.l. juist voor de eigenaar, althans ten opzichte van zijn gebruiks- en genotsrecht, niet in aanmerking. Het geven van een opsomming van alle wijzen, waarop het de eigenaar vrij staat van zijn zaak te profiteren, behoort immers niet tot de praktische mogelijkheden. Door daartoe een poging te doen zou men de meest kenmerkende eigenschap van het eigendomsrecht miskennen, een eigenschap welke men mijns inziens het beste kenschetst door middel van de term *algemeenheid*. Het eigendomsrecht is algemeen, het geeft de rechthebbende niet slechts enkele specifieke bevoegdheden met betrekking tot zijn zaak, doch *alle* bevoegdheden. Dat wil echter geenszins zeggen, dat de vrijheid van bevoegdheids-uitoefening, die de eigenaar geniet, onbegrensd zou zijn. Integendeel, zij wordt begrensd door het algemeen belang, voorzover beschermd door het publiekrecht, alsmede door de belangen van anderen, voorzover beschermd door het privaatrecht. Onze taak is thans, met betrekking tot deze begrenzing na te gaan, in hoeverre te dien aanzien in de wet bepaalde richtlijnen kunnen worden vastgelegd, en wel in het bijzonder met het oog op hinder, overlast of schade.

Intussen zou men zich kunnen afvragen of het zojuist betoogde niet reeds aanstonds de oplossing van het gehele aan de orde gestelde probleem in zich sluit, en wel in negatieve zin. Immers wanneer de vrijheid van de eigenaar om naar eigen goeddunken te handelen ten volle afhankelijk is van de mate, waarin het geldende recht de belangen beschermt, waarmee de zijne in botsing kunnen komen, dan schijnt daarmee iedere poging, gericht op een aan het karakter van de eigendom zelf te ontleenen afbakening zinneloos. De algemene verwijzing naar de mate, waarin andere belangen beschermd zijn – en wel hetzij door regels van objectief recht, hetzij door de toekenning van subjectieve rechten –, ware dan de éniig overgebleven mogelijkheid. En zelfs deze algemene verwijzing zou wellicht evengoed achterwege kunnen blijven: dat het vrijheidsdomein van de eigenaar beperking ondergaat door de rechtsbescherming van anderer belangen is immers iets, dat uit de aard der zaak voortvloeit; ook zonder dat het in de wet gezegd wordt, zou het zo zijn.

Tegen deze redenering is weliswaar op zich zelf weinig in te brengen, desondanks rijst de vraag, of zij niet een belangrijk aspect van het probleem verwaarloost. Privaatrecht in afweging van voor bescherming in aanmerking komende belangen, daaronder valt ook het eigenaarsbelang. Daaruit volgt dat juist voor de beantwoording der vraag, of het botsende belang voor rechtsbescherming in aanmerking komt, de omstandigheid, dat het met een *eigenaarsbelang* in botsing komt, gewicht in de schaal kan leggen. Met andere woorden, de grens, welke het positieve recht trekt ter bescherming van anderer belangen, zal onder bepaalde omstandigheden mede bepaald worden juist door het feit, dat het „andere” belang tegenover dat van een eigenaar staat. En aldus blijft de vraag, *wanneer en in hoeverre* het eigenaarsbelang bescherming verdient, voor het probleem der eigendoms-afbakening wel degelijk van betekenis: het is niet zo, dat ter bepaling van de grens slechts factoren in aanmerking komen, die buiten het eigenaarsrecht zijn gelegen.

Het zo juist opgemerkte omtrent de „algemeenheid” van het eigendomsrecht moge dan niet zonder meer het gehele probleem der afbakening ter zijde stellen, het stelt ons wèl in staat, op de omvang van dit probleem een aanmerkelijke reductie toe te passen. Het ligt nl. voor de hand, dat de vraag, of een eigenaarsbelang zwaar genoeg weegt om voor bescherming in aanmerking te komen, zich niet zal voordoen, zodra dit staat tegenover een belang, hetwelk in het positieve recht een voldoende scherp omlijnde bescherming geniet. Dit zal in de eerste plaats het geval zijn, als de „ander” handelt krachtens een specifieke bevoegdheid, ontleend aan een wettelijk voorschrift (b.v. een beslaglegger). Voorts zal het zo zijn, wanneer hij zich zijnerzijds kan beroepen op een subjectief recht, althans voor zover dit een meer concrete inhoud heeft dan het algemene bevoegdheden-complex van de eigenaar. Onder deze laatste categorie kan men in de eerste plaats uiteraard alle beperkte zakelijke rechten rangschikken, voorts b.v. het recht van de huurder. Doch het geldt ook voor rechten, die geenszins een deel van het normaliter aan de eigenaar toevallende bevoegdheden-complex tot object hebben, zoals b.v. dat op lichamelijke integriteit. Zelfs kunnen rechten, wier bescherming niet in de burgerlijke wetgeving is vastgelegd,

er onder vallen, zoals b.v. dat op persoonlijke vrijheid (een huis-eigenaar zal de door hem gepleegde vrijheidsberoving niet kunnen rechtvaardigen met een beroep op het feit, dat zij te zijnen huize plaats vond). Met betrekking tot al deze gevallen bestaat aan een eigen afbakening van de eigendom geen behoefte, omdat de omvang van het recht reeds voldoende is af te leiden uit de mate van bescherming der botsende belangen. Men zou zelfs verder kunnen gaan: een eigen afbakening van het eigendomsrecht tegenover belangen, die zelf reeds afdoende scherp omlijnde bescherming genieten, is in hoge mate ongewenst, aangezien alsdan het gevaar zou bestaan, dat de eigendomsbescherming en die van het andere belang niet op elkaar zouden blijken aan te sluiten, met andere woorden het gevaar van botsende rechtsregels.

Uit het voorgaande volgt, dat – afgezien uiteraard van de mogelijkheid van een algemene verwijzing naar „het objectieve recht” en naar „de subjectieve rechten van anderen” – een „all round” afbakning van het eigendomsrecht in elk geval niet te geven is. Het hoogst bereikbare ideaal blijkt een *partiële* begrenzing te zijn, te weten voor zover de eigenaar staat tegenover belangen, die geen scherp omlijnde rechtsbescherming genieten. Als zodanig komen dan met name in aanmerking belangen, welker bescherming – of althans de *omvang* van welker bescherming – afhankelijk is van regels van ongeschreven recht. En daaronder nemen een belangrijke plaats in – wellicht zelfs de belangrijkste – de zodanige belangen, als zich in het rechtsleven doen gelden krachtens (al dan niet in de wet uitdrukkelijk erkende) subjectieve rechten *zonder scherp omlijnde inhoud*. Van deze laatste is dan wel het meest voor de hand liggende voorbeeld... het eigendomsrecht. Vandaar dan ook, dat – naar de practijk bevestigt – het vraagstuk der eigendomsbegrenzing zich toespitst op de figuur der onderling botsende eigendomsrechten. Het feit, dat alsdan de met elkaar strijdige belangen een in beginsel *gelijkwaardige* bescherming genieten, maakt uiteraard de beslissing in dergelijke gevallen veelal extra moeilijk.

In dit verband zij tenslotte nog gewezen op de omstandigheid, dat het gewicht, hetwelk aan de hoedanigheid van eigenaar in het maatschappelijk verkeer wordt toegekend, in hoge mate afhankelijk is van de aard van het

eigendomsobject. Met name bestaat te dien aanzien een groot verschil tussen roerend en onroerend goed. Op het gebruik van een roerende zaak valt in het algemeen veel minder het accent van eigendoms-uitoefening dan wanneer het onroerend goed betreft: bij roerend goed is de gedraging, waar het op aan komt – omdat zij een ander hinder toebrengt of van een ander hinder ondervindt –, niet *als eigendoms-uitoefening* rechtens relevant, doch uit hoofde van andere eigenschappen. Zo zal de eigenaar, die, door met zijn pistool te schieten of door onvoorzichtig met zijn auto te rijden, anderen nadeel toebrengt, zich niet te zijner ontlasting beroepen op zijn eigendomsrecht. En evenmin zal de eigenaar, die b.v. bij het autorijden of bij het vioolspelen, door een ander wordt gehinderd, deze hinder als inbreuk op zijn eigendomsrecht kwalificeren. Wel speelt dit begrip een rol met betrekking tot een eventuele materiële beschadiging, al ware het slechts in verband met de vragen, of en door wie er schade is geleden. Voor het overige zal de omstandigheid, of een der betrokkenen – of wellicht ook beiden – al dan niet een eigendomsrecht uitoefenen, bij belangenbotsingen als deze geen enkel gewicht in de schaal leggen: de vraag, of het gedrag, waarover geklaagd wordt, al dan niet onrechtmatig is te achten, is ten volle van andere factoren afhankelijk. En dit schijnt dus wel de conclusie te wettigen, dat het probleem van de *omvang* van het eigendomsrecht in verband met hinder, overlast of schade *met betrekking tot roerend goed* nauwelijks enig praktisch belang heeft.

Het heeft er veel van, dat het gehele probleem der eigendoms-afbakening zich ontpopt als een kwestie van . . . burenrecht. Het gaat immers vooral – zo zagen wij – om onderling botsende eigenaarsrechten, en wel – zo is thans gebleken – rechten, die een onroerende zaak tot object hebben. Welnu, botsingen van belangen, die wederzijds door een eigendomsrecht op onroerend goed worden beschermd, zullen zich in het algemeen slechts kunnen voordoen, wanneer de bedoelde onroerende goederen in elkaars nabijheid gelegen zijn. Hier zal zich bij uitstek het verschijnsel kunnen voordoen, dat een handeling, die zich geheel en al binnen de grenzen van het éne onroerende goed afspeelt, en waarop dus – geografisch beschouwd – in sterke mate het accent van eigendoms-uitoefening valt, desondanks een

uitwerking heeft, nadelig voor de belangen van de buurman. De conclusie, dat ons onderwerp inderdaad voor een zeer groot gedeelte op het burennrecht betrekking heeft, schijnt dan ook haar bevestiging te vinden in de feiten: geschillen, waarbij de omvang van het eigendomsrecht aan de orde komt, hebben in zeer veel gevallen betrekking op hinder of overlast, welke door naburen wordt veroorzaakt, alsmede op gevallen van aldus veroorzaakte materiële beschadiging.

Toch verdient het aanbeveling, de kring van ons onderzoek iets ruimer te trekken: hij dient nog andere geschillen te omvatten dan alleen die tussen de eigenaren van naburige erven. In de eerste plaats bestaat de mogelijkheid, dat de naburen – een van beiden of zelfs beiden – niet zijn eigenaar, doch hun gebruik van het onroerend goed op een ander recht baseren, zoals met name op erfpacht, vruchtgebruik of huur. In zodanige gevallen kan de vraag naar de omvang van het eigendomsrecht tóch rijzen, zij het indirect: aan de betrokkene is immers, juist uit hoofde van zijn bijzonder recht, het normaliter aan de eigenaar competerende gebruiks- of genotsbevoegdhedencomplex geheel of gedeeltelijk toegefallen. Echter, ook buiten die casusposities zullen zich nog gevallen kunnen voordoen, die voor ons onderzoek van belang zijn. Betoogd werd immers, dat de vraag, waar de grens van het eigendomsrecht loopt, zich steeds zal kunnen voordoen, wanneer de eigendom in botsing komt met een belang, welks bescherming in het positieve recht geen scherpe omlijning heeft gevonden. Deze bescherming *kan* ook op iets anders berusten dan – rechtstreeks of indirect – op een eigendomsrecht. In het hierna volgende zal blijken, dat het voornaamste voorbeeld hiervan wordt gevormd door het *algemeen belang*, behartigd door de overheid ter uitvoering van haar algemene bestuurstaak.

Inmiddels, dit laatste brengt geen verandering in de omstandigheid, dat deze algemene beschouwingen aanleiding geven tot een vrij sombere prognose met betrekking tot het resultaat van ons onderzoek: een wettelijke formule, die het eigendomsrecht, of althans het daaraan inherente genotsbevoegdhedencomplex, *over de gehele linie* zou omschrijven of beperken (anders dan door een algemene verwijzing naar de bescherming van anderer belan-

gen), behoort bepaaldelijk niet tot de verwezenlijkbare mogelijkheden, zou ook in het geheel geen nut hebben, en zelfs tot onderling strijdige wettelijke regelingen kunnen leiden. De omschrijving of beperking zal dus in elk geval niet anders dan een *partiële* kunnen zijn, en wel partieel zowel ten aanzien van de belangen, waarmee die van de eigenaar in botsing komen (slechts belangen met een niet scherp omlijnde rechtsbescherming) als – naar alle waarschijnlijkheid – ten aanzien van het object van het eigendomsrecht (slechts onroerend goed). Op het aldus beperkte terrein dienen wij thans te gaan onderzoeken, of er ten aanzien van de omvang van het eigendomsrecht geen mogelijkheid bestaat tot het in formules vastleggen van bepaalde richtlijnen van een méér algemene strekking dan de specifieke regelingen van ons huidige wettelijke burendrecht.

Alvorens met dit onderzoek aan te vangen, nog een enkele opmerking over de *methode* van afbakening. Wij zagen reeds, dat een positieve opsomming van gebruiks- en genotsbevoegdheden in elk geval niet in aanmerking komt. Wat de overblijvende mogelijkheden betreft, komt het mij voor, dat de bedoelde begrenzing op tweeërlei wijzen denkbaar is, zulks in verband met het feit, dat de botsing van het eigenaarsbelang met het belang van anderen zich op tweeërlei wijzen kan voltrekken. In de eerste plaats kan zij zich voltrekken, doordat anderen het eigenaarsbelang schaden, in de tweede plaats, doordat de eigenaar de belangen van anderen schaadt. Met betrekking tot de eerste categorie van botsingen vertoont het eigendomsrecht zich in zijn *defensieve*¹ functie: het verleent de eigenaar bevoegdheid zich tegen het hem door anderen toebrengen van hinder, overlast of schade te weer te stellen. Ten aanzien van de andere categorie speelt de *agressieve*¹ functie van het eigendomsrecht een rol: het strekt ter rechtvaardiging van door de eigenaar aan anderen toegebrachte hinder, overlast of schade. Aan een afbakening, die zich richt op de defensieve functie ligt dus

¹ Deze terminologie is ontleend aan Wolfsbergen, Onrechtmatige daad (1946), blz. 130/131, waar overigens het in de tekst gemaakte onderscheid betrekking heeft op het subjectieve recht in het algemeen.

de vraag ten grondslag: wanneer is een benadeling van het eigenaarsbelang als een inbreuk op het eigendomsrecht te beschouwen, terwijl een op de agressieve functie gebaseerde afbakening zich afvraagt, wanneer het optreden van de eigenaar, anderer belangen schadelende, door zijn eigendomsrecht wordt gedekt. Zodra men te doen heeft met de figuur van botsende eigenaarsrechten vormen de defensieve functie van het éne en de agressieve van het andere recht elkaars noodzakelijk correlaat. Vermoedelijk is dat de oorzaak, dat deze beide aspecten van het eigendomsrecht, wanneer in literatuur of rechtspraak de vraag van de omvang van het recht aan de orde komt, nogal eens worden vereenzelvigd.² Doch die vraag kan ook rijzen in andere geschillen dan die tussen wederzijdse eigenaren, en bovendien kan, zoals hierna zal blijken, de bedoelde vereenzelviging tot gevolg hebben, dat men een der beide aspecten te veel uit het oog verliest. Naar mijn mening zal dan ook bij het zoeken naar afbakeningscriteria van een scherp uit elkaar houden der beide functies slechts een verhelderende werking kunnen uitgaan.

Wanneer wij *iets* in de wet willen gaan vastleggen met betrekking tot de eigendoms-afbakening, dan dienen wij ook te weten *wat*. Om nu uit te vinden, wat zich dan daartoe zou lenen, schijnt het aangewezen ons in eerste instantie te laten leiden door het thans hier te lande geldende recht. De bedoeling van het plan ener nieuwe privaatrechtelijke codificatie is immers, dat in het algemeen het geldende recht zal worden vastgelegd, en dat slechts met betrekking tot punten, ten aanzien waarvan zich daartoe een speciale noodzaak voordoet, nieuw recht zal worden geschapen. Ons onderzoek zal dan ook in

² Zie b.v. Asser-Scholten, *Zakenrecht* (1945), blz. 112 e.v. Uitgangspunt vormt hier de beperking van de eigendoms-uitoefening in verband met de rechten van anderen. Doch reeds direct wordt dit begrip „rechten van anderen” beperkt tot andere eigendomsrechten, want „wie zijn recht van eigendom uitoefent, mag een ander in diens eigendom niet aantasten” (blz. 113). Door middel van dit zinnetje wordt z.m. overgeschakeld van de agressieve op de defensieve functie: het gaat dan verder slechts over de vraag, wanneer sprake is van *aantasting* van het eigendomsrecht (zie met name blz. 120 e.v.). Alleen wanneer de vraag van het misbruik van eigendomsrecht aan de orde wordt gesteld (blz. 128 e.v.), komt het aspect der eigendoms-uitoefening weer naar voren.

hoofdzaak op het huidige Nederlandse recht zijn gericht. Daarna volgen dan enige grepen uit het recht van enkele andere landen. Trouwens, ook ten aanzien van het nationale recht is niet naar volledigheid gestreefd: het daaraan gewijde betoog beperkt zich in hoofdzaak tot een behandeling van enige rechterlijke uitspraken – meest arresten van de H.R. –, en van enkele beschouwingen uit de doctrine, die mij voor het hier te lande geldende recht min of meer representatief schenen.

II. AFBAKENING DER AGRESSIEVE FUNCTIE: DE HINDERCLAUSULE VAN ART. 625 B.W.

Art. 625 B.W., voorzover voor ons onderwerp van belang, stelt zich tevreden met een afbakening van de genotsbevoegdheid van de eigenaar door een verwijzing naar de wet (in materiële zin), en naar de „rechten van anderen”, waaraan n.l. geen hinder mag worden toegebracht. Over de afbakening door de *wet* behoeven wij thans niet te spreken, slechts zij opgemerkt, dat de wetgever, voor zover het de begrenzing door het objectieve recht betreft, blijkbaar slechts heeft gedacht aan het *geschreven* recht. Wat de clausule betreffende de subjectieve rechten van anderen betreft, deze kwam in het dienovereenkomstige Code-artikel (art. 544) niet voor. Op de vraag, wat precies de beweegredenen van de wetgever geweest zijn, deze clausule aan de eigendomsdefinitie toe te voegen, werpt de ontstaansgeschiedenis van het artikel nauwelijks enig licht.³ Wanneer wij willen nagaan, of de bedoelde woorden een zelfstandige betekenis hebben, dan wel slechts een herinnering bevatten aan hetgeen anders toch reeds zou gelden, zullen wij dus elders moeten zoeken.

Alvorens daartoe over te gaan, zij het ons vergund er op te wijzen, dat wij hier te doen hebben met een poging tot eigendoms-afbakening, die paal en perk stelt aan hetgeen wij zojuist hebben aangeduid als de agressieve functie van het recht. De betrokken clausule tracht immers geen antwoord te geven op de vraag, wat de eigenaar aan anderen kan verbieden, doch slechts op de vraag, wat anderen aan de eigenaar kunnen verbieden, n.l. het toebrengen van

³ Vgl. W. H. Drucker, Rechtsgeleerd Magazijn 1916 blz. 216 e.v.

hinder aan hun rechten. Voorts zij er op gewezen, dat de terminologie der clause wel iets aan duidelijkheid te wenschen overlaat. Wat is te verstaan onder het toebrengen van hinder aan rechten? Men kan hinder toebrengen aan personen, eventueel door hen te belemmeren in de uitoefening van een recht, men kan nadeel toebrengen aan hun belangen, men kan inbreuk maken op hun rechten, hun rechten aantasten. Wat is hier bedoeld? In elk geval kunnen wij veilig aannemen, dat de wetgever in deze clause niet iedere benadeling van anderer belangen heeft willen treffen: daarmee zou hij immers aan de eigendom juist de betekenis, waarop het in het rechtsverkeer aankomt, hebben ontnomen. Er blijven twee mogelijkheden over: stoornis in rechts-uitoefening of inbreuk op een recht. De eerste mogelijkheid schijnt verwantschap te vertonen met de betekenis van het moderne, meer beperkte begrip hinder: stoornis in het genot van een zaak, anders dan door zaakbeschadiging. Het komt mij echter veel waarschijnlijker voor, dat de bedoeling van de wetgever gericht was op de andere mogelijkheid: iedere rechts-aantasting. Immers, niet is in te zien, waarom hij zich bij zijn poging tot afbakening zou hebben beperkt tot de gevallen van *genots*-stoornis. Voor deze gedachte schijnt bovendien een historisch argument te pleiten: bij Pothier, die deze eigendomsbeperking – anders dan de C.C. – wel kende, luidt zij n.l.: „sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui”⁴ Zoals hierna zal blijken, is het dan ook deze ruime betekenis – iedere rechts-inbreuk – die vrijwel algemeen aan de betrokken clause wordt toegekend. Doch daaruit schijnt dan toch wel voort te vloeien, dat er geen aanleiding bestaat, om – zoals soms geschiedt⁵ – aan het gebruik van het woord „hinder” in dit artikel bepaalde gevolgtrekkingen vast te knopen ten aanzien van het vraagstuk der al dan niet rechtmatigheid van *genots*-stoornis.

Neemt men nu kennis van de – oudere – rechtspraak en doctrine, dan blijkt, dat meer dan eens een poging is ge-

⁴ *Traité du droit de domaine de propriété*, Nos. 4 en 13.

⁵ B.v. in de hierna te bespreken conclusie van de Advocaat-Generaal Ledeboer, voorafgaande aan het arrest in zake Joostens c. Krul (W. 9648). De gedachte wordt uitvoerig bestreden door Drucker t.a.p. blz. 213 e.v.

daan, aan de betrokken zinsnede van art. 625 een positieve betekenis toe te kennen. Deze pogingen hebben zowel betrekking gehad op gevallen van materiële benadeling als op gevallen van genots-stoornis. In een tot de eerst-bedoelde categorie behorend geval schijnt zulk een poging zelfs in een, uit het jaar 1886 daterend, arrest van de H.R. met zeker succes te zijn bekroond.⁶ Een in Dordrecht gelegen pakhuis werd door de eigenaar zó vol geladen met rijst, dat het ten dele in zakte, tengevolge waarvan materiële schade werd toegebracht aan het belendend perceel, toebehorend aan de eisende partij. Door het Hof werd de vordering afgewezen, en wel o.m. op grond van de overweging dat art. 625 wél spreekt van het toebrengen van hinder aan de rechten, doch niet aan de belangen van anderen, en in casu niet zou zijn gebleken, dat inbreuk was gemaakt op een aan eiseres toebehorend recht. De H.R. dacht hierover anders. Het college overweegt, dat deze uitdrukking – het toebrengen van hinder aan de rechten van anderen – „is algemeen en daarom ook geldt van eens anders recht om zijn eigendom gaaf en onverlet te behouden en dat hieruit volgt, dat een ieder bij de uitoefening van zijn eigendomsrecht eener zaak, wanneer te voorzien is, dat daaruit voor een ander schade kan ontstaan, verplicht is de maatregelen of voorzorgen te nemen, waardoor die schade kan worden voorkomen”.

Het verschil in standpunt tussen Hof en H.R. is duidelijk: het Hof meende, dat de benadeelde buurman – nu de wet daarvan niet uitdrukkelijk spreekt – geen *recht* heeft op het gaaf en onverlet blijven van zijn eigendom, doch slechts een *belang*, de H.R. echter was van oordeel, dat de aan het eigendomsrecht inhaerente rechtsbescherming zich over dat belang uitstrekt. Hoezeer men zich nu over de overwinning dezer laatste gedachte kan verheugen, het blijft een merkwaardig verschijnsel, dat de H.R. zich ter motivering van het bestaan dezer rechtsbescherming meent te kunnen beroepen op de bewuste hinderclausule van art. 625. Omtrent de omvang der tegen de schade-toebrengende eigenaar in bescherming genomen rechten staat toch in deze clausule niets te lezen. Met andere woorden, de in de bedoelde clausule vervatte afbakening wordt hier

⁶ H.R. 14 Mei 1886, W. 5288. Vgl. daarover Drucker t.a.p. blz. 238 e.v.

zonder enige aanleiding getransponeerd van de agressieve naar de defensieve functie van het eigendomsrecht. Dit brengt dan de H.R. tot het aanvaarden van een algemene stelling, die weer op de agressieve functie betrekking heeft, te weten dat de eigenaar bij de uitoefening van zijn recht verplicht is, maatregelen te nemen ter voorkoming van voorzienbare schade van anderen. Door deze stelling af te leiden uit een op de hinderclausule gebaseerde redenering, schijnt dus inderdaad de H.R. aan deze clausule een zelfstandige betekenis te willen toekennen.

Ongetwijfeld zal deze uitspraak van de H.R., vooral in verband met de destijds in de rechtspraak heersende beperkte opvatting omtrent art. 1401, voor vele eigenaren, die zich hadden te beklagen over materiële aantasting van het object van hun recht van de zijde van hun buurman, een aansporing geweest zijn, aan hun actie een beroep op de hinderclausule van art. 625 ten grondslag te leggen. Nog tweemaal heeft dit de H.R. aanleiding gegeven, zich over de betekenis van die clausule uit te spreken, en wel in arresten, die betrekking hadden op aan elkaar grotendeels analoge casusposities. Beide malen betreft het een gemeente, die een werk had aanbesteed – resp. een schutsluis en een schoolgebouw – op haar toebehorend terrein, en beide malen leidde de uitvoering van het werk door de aannemer tot schade van een belendend perceel, en wel in de eerste procedure doordat zand werd gespoten in een langs het perceel stromend water, in de andere doordat via putten, gegraven op het terrein der Gemeente, grondwater en loopzand onder het perceel der eisende partij werd weggezogen. Geen van beide malen werd echter thans door de H.R. het beroep der eisende partij op art. 625 gehonoreerd. In het arrest van 10 Dec. 1909 (W. 8944) beperkte het hoge college zich nog tot de voorzichtige overweging, „dat welke de grond ook moge geweest zijn om aan art. 625 B.W. toe te voegen de woorden: „mits men aan de regten van anderen geen hinder toebrengt”, de betekenis daarvan toch niet kan zijn om andere gronden aan te nemen voor de aansprakelijkheid van de eigenaar voor handelingen van derden, dan in art. 1403 B.W. zijn uitgedrukt”. In het andere arrest, acht jaren later gewezen (23 Nov. 1917, W. 10210), hetwelk betrekking had op de bouw van een school door de ge-

meente 's-Gravenhage, spreekt de H.R. zich meer openlijk uit door vast te stellen, „ . . . dat de wet met deze restrictie”, – de hinderclausule – „die in art. 544 van den Code Civil, waaraan art. 625 ontleend was, niet met zoveel woorden was te vinden, niet heeft bedoeld den eigenaar als zodanig een *bijzondere* verplichting op te leggen, welke den grondslag van het burennrecht zou vormen, doch bloot heeft willen te kennen geven, dat de eigenaar, die bij de uitoefening van zijn eigendomsrecht de rechten van derden krenkt, zich ter afwering van de deswege tegen hem geldend gemaakte aanspraken niet met vrucht kan beroepen op zijn bevoegdheid om over zijn eigendom op de volstrektste wijze te beschikken”.

Dergelijke pogingen, als met betrekking tot zaakbeschadiging, treft men aan, wanneer het gaat om de mogelijkheid, om – ondanks de beperkte uitleg van art. 1401 – *hinder door genotsstoornis* onrechtmatig te verklaren. Een duidelijk voorbeeld daarvan vindt men in de conclusie van de Advocaat-Generaal Ledeboer, voorafgaande aan het bekende arrest in zake Joosten contra Krul.⁷ Naar aanleiding van het van de zijde van Krul voorgedragen betoog, dat hier slechts niet door de wet beschermde *belangen* zouden zijn gelaedeerd, en dus geen *recht*, wordt nl. in bedoelde conclusie opgemerkt, dat „door de bepaling, dat men aan de rechten van anderen, dus ook aan eens anders recht op vrij genot van zijn eigendom, geen „*hinder*” mag toebrengen, het eigendomsrecht minder nog wordt beperkt dan wel bepaald in dien zin, dat gebruik van eigendom op ene wijze die eens anders vrij genot door „*hinder*” aantast, is een volstrekt ongeoorloofd gebruik *niet* steunend op het recht van eigendom, noch op enig ander recht”. En nu is het begrip hinder „door de wet als inbreuk op eens anders eigendomsrecht gequalificeerd” – weliswaar niet nader omschreven of bepaald – aldus vervolgt de P.G. –, het is in elk geval geobjectiveerd tot een rechtsbegrip, welks inhoud uit de strekking van art. 625 is te bepalen. Uit deze strekking, te weten het „*werkelijk vrij genot*” te waarborgen, leidt de genoemde functionaris nl. af, „dat eensdeels de lasten en onaangenaamheden die het gewone gebruik van een erf medebrengt, moeten worden

⁷ W. 9648.

geduld, anderdeels wat daar boven uit gaat, het abnormale gebruik van een erf, niet; dit laatste is de „hinder” in de wet aangeduid. Het al dan niet normale van het gebruik wordt bepaald door aard, ligging, omgeving en bestemming van de erven”.

Ook hier dus weer een poging, met behulp van het begrip hinder de omvang der rechtsbescherming van het *gelaedeerde* belang te bepalen, zulks ondanks het feit, dat de hinderclausule toch kennelijk geen ander doel heeft, dan een afbakening van het recht van de schade-berokkenende eigenaar te bewerkstelligen. Met andere woorden wederom de reeds eerder gesignaleerde vereenzelviging der beide eigendomsfuncties. Door dan voorts aan het begrip hinder de beperkte betekenis van genots-stoornis toe te kennen, en wel genots-stoornis tengevolge van het feit, dat de storende eigenaar een abnormaal gebruik van zijn eigendom maakte, leidt dan de redenering naar de conclusie, dat juist uit de hinderclausule de aansprakelijkheid van de storende eigenaar voortvloeit. Maar wordt aldus niet in de hinderclausule „hinein interpretiert” juist datgene, wat er in het geheel niet in te lezen valt, te weten dat het eigendomsrecht óók bescherming verleent tegen stoornis in het genot? Dat was, waar het in casu op aankwam, en dat men dat resultaat langs veel eenvoudiger weg buiten de hinderclausule om kan bereiken, blijkt – zoals wij hierna zullen zien – ten duidelijkste uit het befaamde arrest van de H.R., waarmede deze procedure werd afgesloten.

In de literatuur was reeds eerder het denkbeeld van de zelfstandige betekenis der hinderclausule zeer uitvoerig verdedigd door *J. Goudekot* in zijn bewerking van *Opzoomer's* handboek over burgerlijk recht.⁸ De genoemde schrijver stelt voorop, dat de oplossing van het vraagstuk der eigendoms-afbakening niet met behulp van art. 1401 gevonden moet worden – zoals ook toen in de rechtspraak reeds veelal geschiedde –, doch door middel van een zelfstandige uitleg van art. 625, en wel met name van de daarin vervatte hinderclausule. Aangezien de onrechtmatigheid van *directe* inbreuken zonder meer vaststaat, zullen het – aldus de genoemde schrijver – in het bijzonder de indirecte inbreuken zijn, „handelingen dus, die op het eigen

⁸ Opzoomer-Goudekot, 3e deel, 2e stuk (1912), blz. 502 e.v.

erf verricht worden", ten aanzien waarvan de zelfstandige betekenis der betrokken clausule tot uiting komt. Evenals A. G. Ledeboer meent hij, dat de bedoelde betekenis gelegen is in een objectieve opvatting van het begrip hinder, medebrengende dat slechts benadeling van de buurman door *abnormaal* gebruik van een erf als rechts-inbreuk zal zijn aan te merken.

Het zwakke punt in deze redenering is uiteraard, dat het houvast, hetwelk de genoemde schrijver voor zijn eigendoms-afbakening in art. 625 meent te vinden, uiteindelijk slechts gelegen is in het criterium van het al dan niet normale gebruik. Maar van dat criterium blijkt nu juist uit de tekst van art. 625 niets. Overigens, ook met betrekking tot de vraag, of dit criterium aanbeveling verdient, liepen de meningen in hoge mate uiteen.⁹ Doch hoe dat zij, in elk geval was – naar het mij voorkomt – de illusie der zelfstandige betekenis van de hinderclausule, toen de H.R. zich in 1917 dienaangaande in het arrest betreffende de Haagse schoolbouw duidelijk in negatieve zin had uitgesproken, wel definitief in rook vervlogen. „Het staat thans wel vast” – aldus betoogt dan ook Scholten¹⁰ – „dat art. 625 B.W. door de woorden „mits men aan de rechten van anderen geen hinder toebrengt” niet meer dan de herinnering bevat aan elders te vinden regels”. Voor het overige heeft de bedoelde clausule geen andere betekenis, dan dat aldus duidelijk is vastgelegd, dat het adagium „qui suo jure utitur neminem laedit” – welke dan ook de waarde van deze spreuk geweest moge zijn – thans voor ons eigendomsrecht geen betekenis meer heeft.

III. AFBAKENING DER DEFENSIEVE FUNCTIE: DE ONRECHTMATIGHEIDSCRITERIA VAN ART. 1401.

In hoeverre biedt, buiten de hinderclausule van art. 625 om, ons wettelijk systeem de mogelijkheid tot een eigendoms-afbakening te geraken? Allereerst rijst in dit verband de vraag, of niet het positief gedeelte van onze eigendoms-

⁹ Zie de noot van Meijers onder het arrest in zake Joostens c. Krul (W. 9648) en de aldaar geciteerde schrijvers.

¹⁰ T.a.p., blz. 113.

definitie, met name de toekenning aan de eigenaar van het *vrije genot*, ons aanknopingspunten biedt. In het voorgaande werd reeds opgemerkt, dat van een *onbegrensd* vrij genot in elk geval geen sprake kan zijn. Waar loopt de grens, in *hoeverre* kan de eigenaar zich te weer stellen tegen aantasting zijner genotsbelangen? Art. 625 geeft op die vraag geen antwoord. Nagegaan dient dus te worden, of niet de rechtspraak de mogelijkheid biedt, de omtrek van het beschermde genotsbelangencomplex nader te bepalen.

Aangezien het vrijwel steeds de eisende partij (mede) om schadevergoeding te doen is, pleegt in de rechtspraak het onderhavige probleem aan de orde te komen via art. 1401. Doch dat behoeft uiteraard geenszins te betekenen, dat dit artikel nu ook de oplossing behelst van het probleem. Niet ten onrechte werd er vóór 1919 door Drucker op gewezen,¹¹ dat bij de destijds in de rechtspraak heersende opvatting van het begrip onrechtmatigheid het laatstgenoemde artikel ons geen stap verder vermag te brengen. Immers, wanneer de geïncrimineerde gedraging niet met een uitdrukkelijk in de wet geformuleerde regel in strijd was – zoals b.v. wél het geval is bij opzettelijke zaakbeschadiging (art. 350 S.) – ging het er maar om, of inbreuk was gemaakt op een subjectief recht. Dat wil zeggen, dat dan de vraag rees, hoe ver het betrokken recht, waarop de eisende partij zich beriep, zich uitstreckte, en, wanneer het een eigendomsrecht was, kwam men bij het zoeken naar een antwoord onherroepelijk weer terecht bij de definitie van art. 625. In laatste instantie kwam het er dus op aan – al realiseerde men zich dat niet steeds – in *hoeverre* dat artikel aan het gelaedeerde genotsbelang bescherming verleent.

A. Zaakbeschadiging.

Voorzover het gevallen van zaakbeschadiging betreft, ook al is deze een – indirect – gevolg van op het terrein der aansprakelijk gestelde partij verrichte handelingen, staat de rechtspraak reeds sedert zeer lang op het stand-

¹¹ R.M. 1916, blz. 214: „...zoodat wij door ons van art. 625 te wenden tot art. 1401 met recht kunnen gezegd worden te zijn gezonden van het kastje naar de muur....”.

punt, dat het eigendomsrecht de gelaedeerde partij daartegen wapent. Zo kan men in een arrest van de H.R. van 23 Juni 1882 (W. 4790), gewezen naar aanleiding van verzakkingsschade, aan naburige landerijen toegebracht door de aanleg van de spoorweg Arnhem-Nijmegen – welke schade, naar vaststond, door de spoorwegmaatschappij als *mogelijk* te voorzien was geweest, en door, zij het dan ook zeer kostbare, voorzorgsmaatregelen had kunnen worden voorkomen – de overweging aantreffen, „dat toch ieder bij het gebruik maken van zijn eigendomsrecht *dat van anderen behoort te eerbiedigen*,¹² en dat dus, waar hij bij dat gebruik nalaat te doen wat die eerbiediging van eens anders recht van hem vordert, zoodanige nalatigheid bestaat, waarvan de schadelijke gevolgen krachtens art. 1402 B.W. voor zijne rekening komen”. Hier kwam dus de H.R., langs veel eenvoudiger weg, tot hetzelfde resultaat als vier jaar later in het arrest betreffende het Dordtse rijstpakhuis, en het wordt aldus nog minder begrijpelijk, waarom het college in laatstbedoeld arrest de gecompliceerde omweg via de hinderclausule meende te moeten bewandelen. Dat neemt echter niet weg, dat aldus in twee arresten van de H.R. een stelling is vastgelegd, die inderdaad een zekere – positieve – eigendoms-afbakening schijnt te behelzen, t.w. de eigenaar wordt door zijn eigendomsrecht beschermd tegen handelingen, die voorzienbare schade toebrengen aan de hem toebehorende zaak. Op de vraag, of deze regel heeft kunnen stand houden, kom ik zo dadelijk terug.

Hoezeer het nu verschil kan maken, of men bij het trekken van de grens aldus van de defensieve functie uitgaat dan wel van de agressieve, blijkt, wanneer men het arrest van de H.R. van 26 April 1929 (N.J. 1236), gewezen naar aanleiding van de stroomverlegging van het Berkelwater door de gemeente Zutphen, waardoor een aan de eisende partij toebehorende muur was verzakt, vergelijkt met de aan dat arrest voorafgaande conclusie van de Advocaat-Generaal Berger. Door het Hof was de eiser in het ongelijk gesteld, omdat het, op thans niet ter zake doende gronden, geen onrechtmatigheid aanwezig achtte, waarbij echter het college (blijkens het arrest van de H.R.)

¹² Cursivering van mij, v. O.

op de voorgrond had gesteld, „dat – behoudens dan art. 1401 B.W. – geen enkel artikel van wet of verordening is aan te wijzen, dat de gemeente zou hebben overtreden door de stroomverlegging of door haar gevolgen te doen voortduren, ...”. Zoals te verwachten was, werd in het cassatiemiddel betoogd, dat het gedrag der gemeente in strijd kwam o.m. met art. 625, waarmee, blijkens de verdere inhoud van het middel, kennelijk was bedoeld, dat inbreuk was gemaakt op *eisers* eigendomsrecht. De A.G. echter, tot verwerping van het cassatieberoep concludeerende, vat dit beroep op art. 625 zodanig op, alsof het betrekking zou hebben op „het eigendomsrecht der gemeente ten aanzien van het verbindingskanaal en het daarin aanwezige water”. Naar aanleiding daarvan verwijst hij dan naar het hiervoren reeds ter sprake gekomen arrest van 1917 in zake de Haagse schoolbouw, zulks ten betoge, dat de in genoemd artikel vervatte hinderclausule geen zelfstandige betekenis heeft. De H.R. daarentegen vangt zijn overwegingen, waarin het middel gegrond wordt geacht, aan met de zinsnede „dat indien ... de Gemeente ... een toestand heeft geschapen, die den eigendom van dat perceel op onrechtmatige wijze aantast, ...”, en bedient zich aldus van de defensieve functie van het eigendomsrecht ter motivering van zijn standpunt, dat 's Hofs oordeel met betrekking tot het niet bestaan van onrechtmatigheid geen stand kan houden. Met betrekking tot de vraag, *wanneer* zulk een aantasting onrechtmatig is te achten, brengt overigens dit arrest geen nieuws.

Wij komen thans tot de vraag, in hoeverre de door de H.R. aanvaarde algemene stelling, dat het eigendomsrecht zich verzet tegen handelingen, die voorzienbare schade aan het eigendoms-object toebrengen, zich heeft kunnen handhaven. Het antwoord op deze vraag wordt gecompliceerd door de omstandigheid, dat, met name sedert 1919, de rechtspraak – te recht of ten onrechte – de begrippen onrechtmatigheid en schuld in het algemeen niet scherp uit elkaar houdt, en men dus veelal niet kan weten, van welk dezer beide elementen het ontbreken tot de afwijzing ener op art. 1401 gebaseerde vordering heeft geleid. Met inachtneming van deze reserve dient ter beantwoording van de zojuist aan de orde gestelde vraag aandacht te worden besteed aan een arrest van de H.R. van 27 Januari

1939 (N.J. 874), dat evenals het voorgaande betrekking heeft op een verzakte kademuur. De gemeente Rotterdam, bij wie de muur in beheer en onderhoud was,¹³ stelde de eigenares van het aangrenzende terrein aansprakelijk omdat zij dit terrein had verhuurd als opslagplaats voor ijzer, en zij de mogelijkheid der verzakking als gevolg van zodanig gebruik had moeten voorzien. De stelling – zo overweegt de H.R. ter motivering van zijn bevestiging van 's Hofs arrest, waarbij de gemeente in het ongelijk werd gesteld – „dat wanneer door handelingen verricht op het éne erf aan het daarneven liggende erf schade wordt toegebracht en dit als het mogelijk gevolg van die handelingen te voorzien was, dan zodanige handelingen wat er zij van de omstandigheden van het geval krachtens art. 1403 B.W. aansprakelijkheid voor de schade meebrengen”, is terecht door het Hof in haar algemeenheid niet aanvaard. Het college voegt daaraan toe, dat het Hof evenzeer terecht het bestaan van zodanige aansprakelijkheid heeft afhankelijk gesteld van de vraag, of, alle omstandigheden in aanmerking genomen, de mogelijkheid van het intreden der schade de eigenares van verhuring voor dit gebruik had moeten weerhouden, zodat haar, nu zij toch verhuurde, *verwijt* treft.

M.a.w. voorzienbaarheid is op zichzelf niet voldoende, bovendien is verwijtbaarheid vereist, en de aanwezigheid van dit element hangt van de omstandigheden af. Dit geeft voor ons onderzoek naar het bestaan van vaste richtlijnen voor de eigendomsbegrenzing niet veel hoop: het dreigt, op dit punt althans, geheel en al vast te lopen in de casuïstiek der buitenwettelijke rechtsvinding, mogelijk geworden door de aanvaarding der ruime onrechtmatigheidsleer. Tekenend is dan ook, dat ditmaal in de door de H.R. gebruikte argumentatie – anders dan tien jaar tevoren in het stroomverleggings-arrest – ieder beroep op art. 625 ontbreekt. Het toneel van de strijd schijnt zich geheel en al naar art. 1401 te hebben verplaatst.

¹³ Dat de gemeente eigenares was, blijkt niet. Doch dat maakt, blijkens de geciteerde overweging, voor de betekenis van het arrest voor ons onderwerp geen verschil: het belang van de gemeente werd, in cassatie althans, blijkbaar niet betwist. Voorzover zij niet zelf eigenares was, had zij dan toch kennelijk wel „afgeleide” eigenaarsbevoegdheden.

Het voorgaande schijnt wel ten volle te passen in de beschouwingen van Smits, vervat in zijn in 1940 verschenen W.P.N.R.-artikel over „aantasting en uitoefening van subjectieve rechten in haar betekenis voor de onrechtmatige daad”,¹⁴ waarin immers betoogd wordt, dat naast de maatschappelijke betamelijkheid de rechtsinbreuk zijn betekenis als zelfstandig onrechtmatigheidscriterium heeft verloren, zij het dan ook dat de rechter in de subjectieve rechten „een der bakens” behoudt, „die hem den weg kunnen wijzen voor zijn oordeel wat in concreto (on)behoorlijk handelen is”. Dit betoog is overigens niet zonder bestrijding gebleven: verscheidene schrijvers zijn van oordeel, dat de rechtsinbreuk als afzonderlijk criterium gehandhaafd dient te blijven.¹⁵ Het ligt thans niet op mijn weg, mij in deze controverse te verdiepen. Slechts zij opgemerkt, dat juist bij deze bestrijding van Smit's standpunt zo duidelijk naar voren komt, hoezeer er voor de inbreuk op het eigendomsrecht als onrechtmatigheids-element noodzakelijkerwijze slechts een rol van beperkte betekenis is weggelegd. En voorts hoe weinig gegevens die rol behelst voor het bewerkstelligen van een afbakening. Dit moge, met betrekking tot enkele der bedoelde bestrijders, in het navolgende nader worden aangetoond.

Scholten beperkt de betrokken onrechtmatigheidscategorie tot de *bewuste* inbreuk op eens anders subjectief recht: slechts de *opzettelijke* aantasting van de eigendom is eigendoms-inbreuk en als zodanig onrechtmatig. Culpoze inbreuk op subjectief recht acht hij niet mogelijk, en ten aanzien van de culpoze beschadiging van het eigendoms-object verwijst hij dan ook naar bijzondere wetsbepalingen, en voorts naar het ongeschreven recht, samengevat onder het begrip „ten aanzien van eens anders goed betamelijke zorgvuldigheid”. En wat nu voorts de opzettelijke eigendomsaantasting betreft: de regel, dat deze z.m. onrechtmatig is, is niet over de gehele linie van kracht, zij wijkt voor het bestaan van een rechtvaardigingsgrond. Uitdrukkelijk verklaart Scholten, dat hij ook de niet in de wet vastgelegde rechtvaardigingsgronden niet a priori uitsluit, al voegt hij daaraan toe, dat juist „de betekenis van

¹⁴ W.P.N.R. 3688 e.v.

¹⁵ Zie o.a. Scholten t.a.p., Drion W.P.N.R. 3992 en Rutten W.P.N.R. 4311 e.v. Vgl. ook Meijers W.P.N.R. 4145.

de eigendom deze (is), dat die niet dan met de uiterste reserve kunnen worden aanvaard". Doch zelfs na haar tot gevallen van opzet te hebben beperkt en na een uitzondering te hebben gemaakt voor de rechtvaardigingsgronden, is Scholten niet in staat, zijn stelling onverkort te handhaven. Dit blijkt, wanneer hij even verder, veronderstellenderwijze, een wijziging aanbrengt in de casus-positie, welke het onderwerp vormde van de bekende procedure in zake Wallich & Matthes c. Heimans & Zonen, geëindigd met het arrest van de H.R. van 2 Mei 1930 (N.J. 929) („heiverbod-arrest"). Wanneer nu zou zijn gebleken – aldus Scholten – dat, alle maatregelen ter voorkoming van schade ten spijt, *ieder* heien tot schade van het buurhuis zou hebben geleid, zulks in verband met de bouwvallige toestand van dit laatste, handelt dan de bouwende eigenaar, voortgaande met heien, onrechtmatig? Scholten antwoordt ontkennend: de regel, dat men door werk op eigen terrein geen schade mag toebrengen aan zijn buurman, „vindt zijn grenzen, indien den eigenaar een gebruik van zijn eigendom onmogelijk zou worden, dat hem redelijkerwijze niet mag worden onthouden". M.a.w. het recht om op redelijke wijze van zijn eigendom te profiteren, kan de eigenaar de bevoegdheid verlenen, desbewust door zaakbeschadiging een ander te benadelen. De regel, dat opzettelijke aantasting onrechtmatig is, komt aldus – vooral op het terrein, waar de vraag zich juist bij uitstek pleegt voor te doen, t.w. dat van het burennrecht – wel in hoge mate op losse schroeven te staan.

Rutten verwerpt, evenals de meeste andere schrijvers over dit onderwerp, Scholten's onderscheid tussen opzettelijke en culpoze rechts-aantasting. Deze schrijver brengt echter een andere, zeer omvangrijke, beperking aan op de werkingssfeer van het inbreuk-criterium. Hij betoogt n.l., dat dit criterium slechts betrekking heeft op de *rechtstreekse* inbreuk, d.w.z. de zodanige, waarbij de geïncrimineerde gedraging en de beschadiging samenvallen. Voor de indirecte inbreuk daarentegen acht hij toetsing aan de andere onrechtmatigheidscriteria noodzakelijk. Hoezeer echter dit onderscheid tussen rechtstreekse en indirecte inbreuk noodzakelijkerwijze vaag zal moeten blijven, blijkt, wanneer Rutten, bij wijze van „proeve voor een criterium", een omschrijving van laatstgenoemd begrip tracht te geven:

het zou de gevallen betreffen, waarin „minstens twee feiten tot de inbreuk in causaal verband staan en tussen de handeling van de dader en de inbreuk staat een daad van de benadeelde zelf, van een derde of van een dier, dan wel een, niet door de dader veroorzaakt natuurlijk feit (zoals b.v. regenen, waaien, het stromen van een rivier)”. De basis, welke het inbreukcriterium zou kunnen bieden aan een eigendoms-afbakening, wordt aldus wel uitermate smal. Juist in het burennrecht, bij uitstek het terrein, waarvoor de afbakening zou moeten dienen, rijzen immers de problemen merendeels naar aanleiding van gevallen van indirecte inbreuk: handelingen op het éne terrein, die in een schade van het naburig eigendom resulteren. Brengt men dan, met betrekking tot de rechtstreekse inbreuk, nog in rekening, dat Rutten ook aan het ongeschreven recht ontleende rechtvaardigingsgronden erkent, en voorts toegeeft, dat bij het oordeel over de aanwezigheid daarvan een zelfde afweging van belangen kan plaats vinden als bij toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm, dan wordt eens te meer duidelijk, hoe weinig houvast het inbreukcriterium van art. 1401 op het punt van zaakbeschadiging aan een eigendoms-afbakening ter beschikking kan stellen.

B. *Hinder.*

Wij komen thans tot de vraag, in hoeverre het eigendomsrecht bescherming verleent tegen hinder in de beperkte zin van het woord, m.a.w. tegen genotsstoornis. De geschiedenis dezer vraag is zo bekend, dat wij ons een uiterste beknoptheid kunnen veroorloven. Voorzover het de rechtspraak van de H.R. betreft, begint deze geschiedenis met het beroemde arrest in zake Joostens c. Krul,¹⁶ waarin werd beslist, dat „het door het veroorzaken van veel geraas, sterk gedreun en ernstige trillingen aan iemand hinder toebrengen in het normaal gebruik van zijn eigendom, evengoed schending kan zijn van diens eigendomsrecht als de beschadiging der zaak zelve”. Uit de motivering van het arrest blijkt duidelijk, dat het college tot deze beslissing kwam door interpretatie van art. 625. Anders echter dan de Advocaat-Generaal gedaan had, baseert

¹⁶ H.R. 30 Januari 1914, W. 9648 m.n. Meijers.

de H.R. zich op het positieve gedeelte der eigendoms-definitie, niet op de hinderclausule. Immers, zoals uit de geciteerde zinsnede blijkt, ging het college uit van de defensieve functie van den eigendom, i.c. dus van het eigendomsrecht van Joostens, degeen aan wie hinder werd toegebracht; aan de omstandigheid, dat door Krul de hinder werd veroorzaakt in de uitoefening van *zijn* eigendomsrecht, wordt in de overwegingen van de H.R. zelfs niet de minste aandacht besteed. Dit bracht met zich mede, dat het hoge college de A.G. evenmin kon volgen in zijn betoog, dat slechts die hinder onrechtmatig is, die een gevolg is van een abnormaal gebruik van zijn erf door de *hinderende* eigenaar. Wel stelde de H.R. vast, dat de hinder moet zijn toegebracht aan de *gehinderde* partij in het *normaal* gebruik van diens eigendom. Doch voor het overige liet de H.R. zich over de vraag, *wanneer* hinder in strijd komt met het eigendomsrecht, niet uit: zij staat ter beoordeling van de feitelijke rechter. Het arrest behelst dus slechts de principiële beslissing, dat hinder onrechtmatig *kan* zijn.

Dat aan dit arrest van het begin af aan een zo grote betekenis werd toegekend, is ongetwijfeld mede te wijten aan de omstandigheid, dat het de opvatting, verkondigd door de meest toonaangevende schrijvers van de 19e eeuw – Diephuis, Opzoomer, Land¹⁷ – terzijde stelde. Door deze schrijvers werd n.l. de aan een eigenaar veroorzaakte hinder slechts als een aantasting van zijn *belangen*, niet van zijn *recht*, beschouwd. Thans stond dus vast, dat, tot op zekere hoogte althans, deze belangen door zijn recht worden beschermd. Meijers, die het arrest heeft geannoteerd, acht het verheugend, dat de H.R. het normale of abnormale gebruik, dat de hinderende eigenaar van *zijn* goed heeft gemaakt, niet tot richtsnoer gekozen heeft. Hij betoogt, dat men zich ten deze moet laten leiden door de vraag, of „de handeling volgens verkeers-opvattingen gebillijkt wordt”. Al spoedig bleek, dat hij met deze opmerking – zoals zovele andere malen – van een profetische blik had blijk gegeven.

In een uitvoerig artikel, verschenen in de jaargang 1919

¹⁷ Opzoomer III (2e dr., 1876) blz. 235, noot 1, Diephuis VI (1880) blz. 163 en Land II (2e dr., 1901) blz. 117.

van Rechtsgeleerd Magazijn,¹⁸ heeft W. H. Drucker getracht, aan het door de H.R. in het zojuist beschreven arrest aanvaarde beginsel een nadere uitwerking te geven. Een zorgvuldig onderzoek van recente (lagere) rechtspraak, alsmede van buitenlands recht, brengt hem tot het aanvaarden van enkele richtlijnen. Als zodanig noemt hij in de eerste plaats, dat er stoornis moet zijn in het genot, dat de eisende partij in *werkelijkheid* van het goed trekt (stoornis in het genot, dat hij van het goed zou *kunnen* trekken, is dus niet voldoende). Voorts dat een *zekere mate* van hinder in ieder geval moet worden gedragen: er moet dus *ernstige, aanmerkelijke* hinder zijn. Een derde richtlijn voegt de genoemde schrijver hieraan nog toe, t.w. dat het genot, hetwelk de gehinderde eigenaar van zijn goed vroeg, in overeenstemming geweest moet zijn met de *ligging* en de *aard* daarvan (het vereiste van de „reasonable enjoyment” uit het Engelse recht). Aan dit laatste vereiste heeft overigens – naar hij betoogt – onze rechtspraak nog niet voldoende aandacht geschonken; hij meent echter, dat zij zich onvermijdelijk in deze richting zal moeten bewegen.

Dat deze richtlijnen, na het arrest in zake Joostens c. Krul, erg veel nieuws brengen, kan nauwelijks gezegd worden. Zelfs de gedachte van de reasonable enjoyment is met wat goede wil wel in het arrest te lezen, en wel met name in de overweging, dat de hinder aan de gedupeerde eigenaar moet zijn toegebracht in het *normale* gebruik van zijn goed. De vraag, wat normaal is, zal immers noodzakelijkerwijze afhankelijk zijn van aard en ligging van het goed. Drucker zelf wijst er dan ook op, dat zowel het Hof (in het arrest a quo) als de H.R. een heel eind wegs in de door hem gewenste richting gaan. Een andere vraag is, of deze richtlijnen veel houvast bieden. Een ontkennend antwoord ligt voor de hand: zij schijnen juist bedoeld om de feitelijke omstandigheden van elk concreet geval zoveel mogelijk tot hun recht te doen komen. Tekenend is dan ook – en voor het onderwerp, waaraan dit praeadvies is gewijd, als geheel van het grootste belang –, dat Drucker zijn beschouwingen beëindigt met de opmerking, dat de rechtspraak langs de door hem uitgestippelde banen tot een volkomen logische en bevredigende oplossing zal

¹⁸ Blz. 70 e.v.

komen, „zonder dat op den wetgever een beroep behoeft te worden gedaan, een beroep, dat op dit gebied de lezer allicht een glimlach zou ontlokken.”.

De geschiedenis van het begrip hinder als zelfstandige factor ter bepaling van de omvang van het eigendomsrecht is overigens geen langdurige geweest. Vijf jaar na de zo eclatante ouverture, vervat in het arrest Joostens c. Krul, volgde eigenlijk reeds de finale, bestaande in de doorbraak van het ruime onrechtmatigheids-criterium. Want zodra vaststaat, dat men zich niet onbetamelijk mag gedragen ten aanzien van eens anders persoon of goed, doet het er niet veel meer toe, of het eigendomsrecht bescherming verleent tegen hinder, en zo ja in hoeverre. De onrechtmatigheid van de hinder staat en valt met de vraag, of hij naar verkeers-opvatting onbetamelijk is te achten. Meijers, die dit dus vijf jaar tevoren reeds had voorspeld, heeft naderhand de bedoelde ontwikkeling tot uitdrukking gebracht ¹⁹ in een formule, die m.i. als het alfa en omega van het vraagstuk van de hinder als eigendoms-stoornis kan worden beschouwd, t.w. dat sinds 1919 „de beantwoording van de vraag, of een belemmering van de eigenaar in zijn genot onrechtmatig is, niet meer hiervan afhangt, of deze belemmering een schennis van diens recht genoemd mag worden, maar dat omgekeerd de al of niet onrechtmatigheid der belemmerende handelingen de omvang van het eigendomsrecht bepaalt.”.

De juistheid van deze stelling wordt, naar het mij voorkomt, bevestigd door de ontwikkeling der op gevallen van hinder betrekking hebbende rechtspraak sedert 1919. Men zoekt thans niet meer naar het antwoord op de vraag, of het eigendomsrecht van de eisende partij bescherming verleent tegen de gepleegde hinder, doch vraagt zich slechts af, of deze hinder maatschappelijk onbetamelijk is te achten ^{19a}. In hoeverre het anders is op het beperkte terrein van de onrechtmatige overheidsdaad is een vraag, die hierna nog ter sprake zal komen. Voor het overige kunnen wij veilig vaststellen, dat, in nog sterker mate dan met betrekking

¹⁹ Noot onder H.R. 31 Dec. 1937 (i.z. studentensociëteit), N.J. 38, 517.

^{19a} Zie b.v. de overwegingen van het Hof in de procedure, geëindigd met het in de voorgaande noot geciteerde arrest. Vgl. ook Suyling V (1940) Nos. 153 en 154, i.h.b. blz. 179 bovenaan. Anders nog Hof Amsterdam 7 Januari 1921, N.J. '22. 108.

tot zaakbeschadiging, in zake hinder het toneel van de strijd zich van art. 625 naar art. 1401 heeft verplaatst.

Voorzover het de rechtspraak van de H.R. betreft, brengt deze ontwikkeling met zich mee, dat dit college thans niet meer – zoals in 1914 – de vraag, of de hinder voldoende ernstig is om onrechtmatig te zijn, aan zijn oordeel onttrokken acht. Toch ontbreekt het geheel en al aan uitspraken van enige principiële betekenis met betrekking tot deze kwestie. Zelfs krijgt men de indruk, dat het slechts zelden voorkomt, dat de hoogste rechter tot een oordeel over het al of niet rechtmatige van hinder wordt geroepen. Wél is het voorgekomen, dat in gevallen van hinder een ter zake door de feitelijke rechter veroordeelde partij in cassatie getracht heeft, langs *andere* weg aan aansprakelijkheid voor de gevolgen van zijn gedrag te ontkomen, t.w. door te ontkennen, dat aan zijn tegenpartij *vermogens* schade zou zijn toegebracht. Deze pogingen hebben, gelijk bekend, niet tot resultaat geleid: de H.R. besliste, dat het genot van een zaak de inhoud en het onderwerp vormt van zakelijke en persoonlijke rechten, zoals tot uiting komende in verscheidene wets-artikelen – art. 625 werd in in dit verband met name genoemd –, en dat de ontneming van zodanig genot onder het schade-begrip van art. 1401 is te brengen.²⁰ Met betrekking tot ons onderwerp is hieruit dus niet meer af te leiden, dan hetgeen reeds beslist was in het arrest in zake Joostens c. Krul, t.w. het eigendomsrecht verleent ook bescherming tegen genotsstoornis. Op de vraag, hoe ver die bescherming gaat, werpen de betrokken arresten uiteraard geen licht. Wél is het interessant, om aan de hand van deze beslissingen te constateren, dat de eigenaar geenszins het monopolie heeft van genotsbescherming tegen hinder: hij deelt dit voorrecht met andere dragers van – zakelijke of persoonlijke – vermogensrechten.

Hoe staan nu degenen, die zich ten aanzien van art. 1401 als voorstanders van een zelfstandig inbreuk-criterium hebben doen kennen, tegenover deze ontwikkeling? Scholten blijft ook in de eigendomsaantasting door hinder een zelfstandige onrechtmatigheidsgrond zien.²¹ Zelfs met betrekking tot de vraag, welke omvang de hinder, wil hij

²⁰ Arresten van 29 Januari 1937, N.J. 570 (i.z. Voorste Stroom) en 31 December 1937, N.J. '38, 517 (i.z. studentensociëteit).

²¹ T.a.p., blz. 125 e.v.

onrechtmatig zijn, moet aannemen, verwijst hij ons niet z.m. naar de maatschappelijke betamelijkheid. Naar zijn mening hangt het van objectieve factoren af, of de door de buurman veroorzaakte hinder behoort te worden geduld. Hij noemt in dit verband in de eerste plaats de aard en ligging van het goed, voorts kunnen de ontwikkeling van de techniek en de verandering in maatschappelijke gebruiken een rol spelen. „Het komt er dan op aan, in ieder bijzonder geval objectief... de inhoud van het eigendomsrecht, de begrenzing van het een door het ander vast te stellen. Werd iedere hinder verboden, dan zou de eigendom van de in zijn genot getroffene dien van de hinderende onredelijk afbreuk doen”.

De aldus weergegeven gedachtengang van Scholten is m.i. op verscheidene punten aanvechtbaar. In de eerste plaats valt het op, dat thans niet, zoals bij zaakbeschadiging, onderscheid wordt gemaakt tussen opzettelijke en culpoze aantasting van het eigenaarsbelang: blijkbaar kan ook de niet-opzettelijke hinder aan het inbreuk-criterium zijn onrechtmatig karakter ontleenen.^{21a} Doch waarom dan met betrekking tot zaakbeschadiging dit onderscheid wel gemaakt? Ook de redenering, die het verschijnsel, dat niet iedere hinder als onrechtmatig kan worden aangemerkt, wil verklaren met behulp van het eigendomsrecht van de hinderende buurman, waaraan niet onredelijk afbreuk mag worden gedaan, komt mij niet overtuigend voor. Is dan de hinder, veroorzaakt door iemand, die géén eigendomsrecht uitoefent, *altijd* onrechtmatig, hoe gering haar betekenis ook is? Dat is stellig niet vol te houden, maar dan is ook de verklaring met behulp van het eigendomsrecht van de buurman niet afdoende. M.i. wreekt het hier zich, dat Scholten het probleem van de eigendoms-afbakening slechts ziet als een vraagstuk van botsende eigenaarsbelangen. Het is – zoals reeds bleek – precies deze zelfde redenering, gericht op het belang van de schade-berokkenende buurman, die door Scholten gebezigd wordt met betrekking tot het geval van zaakbeschadiging. Doch in feite doet deze redenering niets anders dan het probleem verplaatsen. Want *wanneer* wordt door een verbod van hinder (resp. van tot zaakbeschadiging

^{21a} Dat dit inderdaad de bedoeling is, blijkt op blz. 127, waar over schuld en voorzienbaarheid wordt gesproken.

leidende gedragingen) aan de eigendom van degeen, tot wie dat verbod is gericht, onredelijk afbreuk gedaan? Dat hangt dan toch weer af van de vraag, hoe ver het eigendomsrecht van deze laatste zich uitstrekt. En wanneer men te dien aanzien het al dan niet „onredelijke” van de afbreuk tot richtsnoer kiest, dan schijnt men langs deze omweg toch weer dicht genaderd te zijn tot het criterium der maatschappelijke betamelijkheid. Immers, het antwoord op de vraag, wat al dan niet redelijk is, zal dan toch afhankelijk zijn van de verkeers-opvatting, niet van het subjectief inzicht der betrokkenen.

Ook Rutten heeft aan het onderwerp hinder speciale aandacht besteed.²² Hij komt echter tot een geheel ander resultaat dan Scholten. Rutten betoogt n.l., dat het normen van maatschappelijk behoren zijn, die derden verbieden de eigenaar op ernstige wijze te hinderen in de uitoefening van zijn genotsrechten. Niet op grond van inbreuk op een subjectief recht kan derhalve de eigenaar tegen zodanige hinder ex. art. 1401 optreden, „maar uitsluitend op grond van strijd met de zorgvuldigheidsnorm”. Rutten is blijkbaar van mening, dat deze conclusie in strijd is met de, ook in de rechtspraak, heersende leer. Bij dat laatste zou ik een vraagteken willen plaatsen: in de moderne rechtspraak betreffende dit onderwerp ligt m.i. wel degelijk de gedachte opgesloten, dat de grens der aan het eigendomsrecht inherente genotsbescherming door de maatschappelijke zorgvuldigheid wordt bepaald. Komt dat in wezen niet op precies het zelfde neer?

Het voorgaande schept m.i. voldoende mogelijkheid, ons een indruk te vormen omtrent de vraag, in hoeverre aan het gebruik van het inbreukcriterium van art. 1401 gegevens zijn te ontleen voor een eigendoms-afbakening. Het antwoord is weinig hoopgevend. Sedert 1919 is met betrekking tot belangrijke categorieën van gevallen, waarin een eigenaarsbelang is aangetast, de maatstaf der maatschappelijke betamelijkheid z.m. voor het inbreukcriterium in de plaats gekomen. Zeer duidelijk doet dit verschijnsel zich voor met betrekking tot gevallen van niet-rechtstreekse, niet-opzettelijke zaakbeschadiging – een in het burennrecht zo veelvuldig voorkomende figuur

²² W.P.N.R., 4313.

—, voorts met betrekking tot alle gevallen, welke worden omvat door het begrip hinder. Doch bovendien, hoe relatief is de betekenis van het inbreuk-criterium, zelfs op het beperkte terrein, waar het zich — naar de mening van sommigen althans — heeft kunnen handhaven. Want op dat terrein spelen dan nog de, al dan niet op geschreven recht berustende, rechtvaardigingsgronden een rol. En via deze rechtvaardigingsgronden, waaronder vooral de noodtoestand een belangrijke plaats inneemt, blijkt dan uiteindelijk toch weer de betamelijkheidsmaatstaf naar voren te komen. Onder deze omstandigheden schijnt mij de conclusie, dat het niet mogelijk is, met behulp van het rechtsinbreuk-criterium van art. 1401 te geraken tot een nadere precisering van de omvang der eigendomsbescherming, onvermijdelijk. Hierin ligt uiteraard geen antwoord opgesloten op de vraag, in hoeverre wellicht uit anderen hoofde het handhaven van een afzonderlijk rechts-inbreuk-criterium aanbeveling verdient.

Er zij tenslotte nogmaals op gewezen, dat in de rechtspraak van na 1919 de factoren onrechtmatigheid en schuld veelal niet scherp uit elkaar worden gehouden, en dat diensengevolge niet steeds duidelijk is, of in het oordeel omtrent de geïncrimineerde gedraging een antwoord op de onrechtmatigheidsvraag dan wel op de schuldvraag ligt opgesloten. Het is duidelijk, dat deze omstandigheid er slechts toe kan bijdragen, het negatieve karakter der zojuist getrokken conclusie nog te versterken. Voorzover immers de betrokken rechtspraak slechts op de schuldvraag betrekking zou hebben, behelst zij *in elk geval* geen gegevens, die voor de omvang van het eigendomsrecht van betekenis kunnen zijn. Hoogstens zou zij dan aanleiding kunnen geven tot de veronderstelling, dat — waar bij de beoordeling van met de eigendom samenhangende verhoudingen nog zoveel andere, buiten het eigendomsrecht liggende, factoren een rol spelen — het streven naar een zelfstandige oplossing van het vraagstuk der eigendomsafbakening geen zin heeft, aangezien het te zeer is verweven met andere onderwerpen.

IV. BOTSSENDE EIGENAARSBELANGEN; VERBAND MET RECHTSMISBRUIK

In het voorgaande bleek reeds, dat het probleem van de eigendoms-afbakening zich toespitst op de figuur van de botsende eigenaarsbelangen: de defensieve functie van het recht van de gelaedeerde partij staat dan tegenover de agressieve functie van het recht van de aansprakelijk gestelde. Met betrekking tot de agressieve functie zagen wij, dat zij slechts negatief is begrensd, t.w. door de wet en door rechten van anderen. Ten aanzien van de defensieve functie bleek, dat zij zich in hoofdzaak richt naar het criterium der maatschappelijke betamelijkheid. Moeten wij daaruit afleiden, dat het steeds de aan deze maatstaf inhaerente belangen-afweging is, die in geschillen als deze uiteindelijk de beslissing moet brengen? Uit de thans weer te geven beslissingen moge blijken, dat dit — althans naar de huidige stand van onze rechtspraak — geenszins het geval is.

In de eerste plaats dient dan genoemd te worden het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 11 Februari 1926 (N.J. 352), gewezen in de bekende procedure in zake de verzanding van de Strooppot, welke eindigde met de zo belangrijke beslissing van de H.R. betreffende de onrechtmatige overheidsdaad.^{22a} Het Hof kwam tot een resultaat, waartoe nadien ook de H.R. kwam — t.w. niet-aansprakelijkheid van de Staat —, doch langs een geheel andere weg, t.w. door middel van een afbakening der wederzijdse eigendomsrechten. Het college stelt n.l. voorop, dat het optreden van de Staat ten aanzien van de Strooppot als een volkomen rechtmatige wijze van eigendoms-uitoefening is aan te merken, en dat de omstandigheid, dat Rijdsdijk dientengevolge niet meer het genot van de Strooppot had, daaraan niet afdoet. Ter nadere motivering van deze mening overweegt dan het Hof, „dat toch iedere eigenaar van een stuk grond daaraan de bestemming kan geven en daarvan gebruik kan maken zoals hem goedddunkt, mits hij niet handelt in strijd met enig wettelijk voorschrift of inbreuk maakt op enig recht, en de eigenaren van aangrenzende erven zeker geen aanspraak hebben op schadevergoeding op grond, dat zij gedurende zekere tijd van dat

^{22a} Arrest H.R. 29 Juni 1928, N.J. 1138.

stuk grond het genot hebben gehad, doch dit hebben verloren ten gevolge van een ander gebruik, dat de eigenaar van die grond maakt, ook al zou deze eigenaar zijn recht op een andere, voor zijn bureu aangenamere wijze hebben kunnen uitoefenen".

Het verschil in uitgangspunt tussen dit arrest en de eerder besproken jurisprudentie – zowel die betreffende hinder als betreffende zaakbeschadiging – is duidelijk: daar ging men uit van de aantasting van het eigenaarsbelang van de eisende partij, en onderzocht, of de gepleegde aantasting niet onrechtmatig was te achten, hier daarentegen stelt men de uitoefening van het eigendomsrecht door de aansprakelijk gestelde partij op de voorgrond, constateert, dat deze niet in strijd is met enig wettelijk voorschrift noch inbreuk maakt op enig recht, en kent uit dien hoofde aan dit optreden een rechtmatig karakter toe. Evenzeer als men het in de eerder besproken rechtspraak (men denke b.v. aan het arrest in zake Joostens c. Krul) vanzelfsprekend scheen te achten, dat de factor der eigendoms-uitoefening geen gewicht in de schaal legde, schijnt thans het Haagse Hof het als overbodig te beschouwen, zich in de vraag te verdiepen, of de gepleegde belangen-aantasting wel in overeenstemming is met de maatschappelijke betamelijkheid.

Dat ook de H.R. niet afkerig is van een zodanige wijze van redeneren, schijnt allereerst voort te vloeien uit het Amsterdamse heiverbod-arrest (H.R. 2 Mei 1930, N.J. 929, in zake Heimans & Zn. c. Wallich & Matthes), hiervoor reeds ter sprake gekomen in verband met het betoog van Scholten met betrekking tot zaakbeschadiging. De eisende partij, Wallich & Matthes, verkeerde ten gevolge van een verbod van Gemeentelijk Bouwtoezicht in de onmogelijkheid om te heien, zolang het aangrenzende gebouw, toebehorende aan Heimans & Zonen, niet zou worden gestut. De H.R. liet in het midden, of een plicht tot handelen in het belang van anderen, niet gegrond op een wettelijke bepaling, steun kan vinden in de eisen van het maatschappelijk verkeer. Het college was n.l. van oordeel, dat uit de omstandigheid, dat Wallich & Matthes geen volledige vergoeding van alle uit hoofde van de stutting door Heimans te lijden schade had aangeboden, reeds voortvloeit, dat de weigering van Heimans niet als mis-

bruik van eigendomsrecht, en mitsdien niet als onrechtmatig, was aan te merken.

Uit dit arrest valt niet af te leiden, of de H.R., wanneer wél volledige schadeloosstelling was aangeboden, de weigering van Heimans wél onrechtmatig zou hebben geoordeeld. Doch wat men er wél in kan lezen – en daarin ligt juist het belang van het arrest voor het onderhavige onderwerp –, dat is, dat van onrechtmatigheid in de ogen van de H.R. slechts sprake kon zijn, wanneer het gedrag van Heimans als misbruik van eigendomsrecht zou zijn aan te merken. De consequentie schijnt onvermijdelijk, dat in gevallen van eigendoms-uitoefening door de gedaagde partij – zij het dan ook, in het onderhavige geval, eigendoms-uitoefening door niet-handelen – de toetsing van de aantasting van eisers belangen – ook eigenaarsbelangen – aan de maatschappelijke betamelijkheid beperkt blijft tot de vraag, of aan de zijde van gedaagde rechtsmisbruik heeft plaats gevonden.

Dat inderdaad de leer van de H.R. deze consequentie in zich sluit, schijnt zijn bevestiging te vinden in de bekende arresten van dit college, welke men als kenmerkend pleegt te beschouwen voor zijn standpunt betreffende misbruik van eigendomsrecht. Voor het onderhavige probleem zijn met name van belang het eerste van de beide arresten betreffende de watertoren in Berg en Dal (H.R. 13 Maart 1936, N.J. 415), alsmede het arrest in zake de Lentse schutting (H.R. 2 Dec. 1937, N.J. '38, 353), beide dus gewezen in procedures, die zich afspeelden tussen twee eigenaren van aangrenzende erven. Zoals bekend, had het Arnhemse Hof het het optrekken van de (innmiddels op de waterleiding aangesloten) watertoren juist op *die* plaats, zulks terwijl hij evengoed buiten het uitzicht vanuit buurmans huis had kunnen worden geplaatst, in strijd met de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid geoordeeld. In het daartegen gerichte cassatiemiddel werd deze beslissing onjuist geacht, en in strijd met de wet, „welke zelf de grenzen heeft vastgesteld voor het geoorloofde gebruik, dat een grondeigenaar van zijn eigendom, met het oog op mogelijke benadeling van de rechten of belangen van zijn bureu, mag maken . . .” De H.R. overweegt naar aanleiding daarvan, dat „men, indien verschillende wijzen van uit-

voering voor een voorgenomen handeling openstaan, niet gehouden is om... van een bepaalde uitvoering af te zien alleen hierom dat uit die bepaalde uitvoering voor een derde — zonder schending van enig bijzonder hem toekomend recht — nadeel zou voortvloeien, terwijl dit bij een andere wijze van uitvoering niet het geval zou zijn". Zoals bekend, heeft het Hof, na terugwijzing, feitelijk de uitsluitende bedoeling om te benadelen geconstateerd, en heeft de *daarop* gebaseerde onrechtmatigheid wel genade gevonden in de ogen van de H.R.²³

In het arrest betreffende de Lentse schutting stelt de H.R. voorop, dat het plaatsen van de schutting (die het huis van Teunissen van licht en lucht beroofde), naar door het Hof was vastgesteld, ten doel had, onwelgevallig contact met de burenen te voorkomen, hetgeen als een volkomen geoorloofd doel is aan te merken. Vervolgens constateert het college, dat Driessen door het plaatsen van de onderhavige schutting „geen inbreuk heeft gemaakt op enig subjectief recht van Teunissen, noch heeft gehandeld in strijd met een rechtsplicht", waaruit het dan de conclusie trekt, „dat Driessen door zijn recht uit te oefenen om op eigen grond het gebouw op te richten, dat hij goed vond, zich... niet aan een onrechtmatige daad tegenover Teunissen heeft schuldig gemaakt", zelfs niet — zo voegt het college er aan toe — als hij ter bereiking van zijn doel evengoed de schutting wat minder hoog of op een wat verdere afstand had kunnen optrekken.

Het komt er dus op neer, dat de rechtspraak ten aanzien van de gevallen van botsing van eigenaars-belangen twee categorieën onderscheidt, en ten aanzien van elk dezer categorieën een verschillende werkmethode toepast. Ten aanzien van de gevallen, tot de éne categorie behorende, gaat n.l. de rechtspraak aldus te werk, dat zij een aantasting van een eigenaarsbelang constateert en nagaat, of deze aantasting niet in strijd is met de maatschappelijke betamelijkheid, zulks in de regel zonder dat het feit, dat deze aantasting voor de wederpartij wellicht eigendoms-uitoefening betekende, enig merkbaar gewicht in de schaal legt. Met betrekking tot de andere categorie daarentegen is de werkmethode de volgende: geconstateerd wordt, dat de geïncrimineerde gedraging als een eigendoms-uitoefening

²³ Arrest van 2 April 1937, N.J. 639.

is aan te merken, voorts dat er geen wettelijke bepaling of subjectief recht valt aan te wijzen, waarmee in strijd zou zijn gehandeld, waaruit dan de gevolgtrekking wordt gemaakt, dat de gedraging – behoudens het geval van misbruik van recht – niet onrechtmatig is te achten.

In de kern komt dit verschil hierop neer, dat de botsing van eigenaarsbelangen bij de éne werkmethode wordt getoetst aan het algemene betamelijkheidscriterium, bij de andere aan het misbruikcriterium. En nu is het wel waar, dat rechtsmisbruik – als grondslag voor een actie uit art. 1401 – onder het onbetamelijkheidsbegrip valt, dat neemt niet weg, dat dit laatste begrip veel ruimer is. Vooral als men rekening houdt met de beperkte opvatting, die in onze rechtspraak ten aanzien van het misbruikbegrip de heersende is, realiseert men zich, dat met betrekking tot onrechtmatigverklaring het algemene criterium veel verder gaande mogelijkheden biedt. Hoezeer inderdaad de beide methodes tot uiteenlopende resultaten kunnen leiden, blijkt, wanneer men b.v. de beslissing van de H.R. in zake Joostens c. Krul naast de beide laatstbesproken misbruik-arresten legt. Had de H.R. in de procedure Joostens c. Krul het misbruikcriterium toegepast, dan zou dit ongetwijfeld tot een afwijzing der vordering geleid hebben; omgekeerd zou toepassing van het algemene onbetamelijkheidscriterium op de geschillen betreffende watertoren en Lentse schutting zonder meer een overwinning der gelaedeerde partij tot gevolg hebben gehad.

De vraag rijst, uit welken hoofde een zo verschillende behandeling van twee categorieën van botsingen van eigenaarsbelangen gerechtvaardigd is. Deze rechtvaardiging zou te vinden moeten zijn in het verschil in karakter tussen beide categorieën. Waarin bestaat dat verschil? Een antwoord op deze vraag vinden wij bij Scholten, die zich van het gemaakte onderscheid een voorstander betoont.²⁴ In zijn gedachtengang dient men n.l. van de tot dusverre behandelde gevallen – benadeling van het eigenaarsbelang door zaakbeschadiging of hinder – te onderscheiden de casusposities, waarin de eigenaar niet wordt getroffen in het gebruik, dat hij van zijn eigen zaak maakt, doch „in het genot, dat hij bij dat gebruik van eens anders zaak

²⁴ T.a.p., blz. 127/128.

heeft" (en wel met name van de zaak van degeen, van wie de stoornis uitging). Op dit laatste genot heeft de eerstbedoelde eigenaar geen recht (uiteraard tenzij er een servituut is), en er kan dus ook geen inbreuk op zijn recht zijn. Belemmering van dit genot is dus, vanuit het oogpunt van de belemmerende eigenaar beschouwd, een op zichzelf volkomen geoorloofde wijze van eigendoms-uitoefening, die slechts op grond van bijzondere omstandigheden – gemis aan redelijk belang, uitsluitende bedoeling om te benadelen – als rechtsmisbruik een onrechtmatig karakter kan krijgen. M.a.w. slechts in de eerstbedoelde categorie van gevallen – stoornis in het gebruik van eigen zaak van de gestoorde – komt de vraag naar de omvang der wederzijdse eigendomsrechten ter sprake, in de andere casuspositie – stoornis in het genot van de zaak van de stoorder – zou de handeling steeds binnen de grenzen van het eigendomsrecht van de storende partij vallen (en dus buiten die van het eigendomsrecht van de wederpartij), zodat dan het antwoord op de onrechtmatigheidsvraag los staat van het probleem van de omvang van het eigendomsrecht.

Dat Scholten er een voorstander van is, aldus een bepaalde categorie van botsingen van eigenaarsbelangen te lichten uit het algemene probleem der eigendoms-afbakening en er een afzonderlijk criterium op toe te passen, behoeft geen verwondering te wekken. Zijn streven, met betrekking tot de onrechtmatigheid van art. 1401 de zelfstandige betekenis van het inbreukcriterium te handhaven, brengt de noodzaak met zich mee, de subjectieve rechten, die voor bescherming in aanmerking komen, zo scherp mogelijk te omlijnen. Op het terrein van het burenrrecht wil dat zeggen, dat men – zonder de maatstaf der maatschappelijke betamelijkheid te hulp te roepen – het genot van het eigen goed, waarop de eigenaar krachtens zijn recht aanspraak heeft, moet scheiden van het profiteren van aangrenzende percelen. Wel merkwaardig is daarentegen, dat ook Smits zijn instemming betuigt met het bezigen van het speciale rechtsmisbruikcriterium voor de bedoelde categorie gevallen.²⁵ Deze schrijver immers, zonder de betekenis van de subjectieve rechten voor het rechts-oordeel te miskennen, acht tenslotte het betamelijkheids-criterium als van over de gehele linie over-

²⁵ W.P.N.R. 3690.

heersende betekenis. Ook heeft hij oog voor de *relativiteit* van de betekenis van het subjectieve recht – zo duidelijk uiteengezet door Scheltema²⁶ –, wanneer de uitoefening van zulk een recht gepaard ging met de aantasting van anderer belangen. Desondanks meent hij, dat in bepaalde gevallen de factor rechts-uitoefening de betamelijkeheids-eis kan reduceren tot het vereiste van „niet met kwade bedoeling en niet zonder redelijk belang handelen ten nadele van derden”. Om tot deze rubriek van bepaalde gevallen te behoren, moet – wanneer ik Smits’ betoog goed heb begrepen – aan twee vereisten voldaan zijn. In de eerste plaats moet er zijn een „zeer sterk naar voren treden van de factor rechts-uitoefening bij de oordeelsvorming”. In de tweede plaats mag er niet zijn „inbreuk op subjectief recht of strijd met wettelijke verplichting”. Doch rechtvaardigen deze beide omstandigheden, dat de belangenafweging, die anders de grondslag vormt van het betamelijkeheids-oordeel, nu plotseling geheel en al achterwege blijft? Wordt hier niet uit het oog verloren, dat in het antwoord op de vragen, *of* de factor rechtsuitoefening naar voren behoort te treden, en *of* inbreuk gemaakt is op een subjectief recht, juist in Smits’ eigen stelsel de bouwstenen zijn gelegen voor het algemene oordeel over de betamelijkeheid, hetwelk uiteindelijk de beslissing moet brengen? Daarmede schijnt dan toch moeilijk te rijmen, dat men van het antwoord op die vragen tevens afhankelijk gaat stellen, of het (algemene) betamelijkeheidscriterium wel toepassing mag vinden.

Het in de rechtspraak van de H.R. tot uiting komende onderscheid tussen enerzijds gevallen van eigendoms-aantasting door hinder of zaakbeschadiging, anderzijds gevallen, waarin de onrechtmatigheid slechts kan voortspruiten uit misbruik van recht, verdedigd door Scholten en Smits, heeft van verschillende andere zijden bestrijding gevonden, en wel met name van Meijers en Wolfsbergen. Meijers betoogt, dat het onjuist is, de bevoegdheden, „krachtens welke de eigenaar kan verlangen, dat hij enig gebruik maakt van het goed van zijn nabuur of dat deze een voorheen verleende steun niet laat vervallen”, zonder meer buiten het eigendomsrecht te stellen.²⁷ Anderzijds heeft

²⁶ W.P.N.R. 3419.

²⁷ „De algemene begrippen van het burgerlijk recht” (1948), blz. 145.

de genoemde schrijver, reeds geruime tijd eerder,²⁸ een ruimer misbruikcriterium verdedigd dan het ten onzent door de rechtspraak toegepaste. In het bijzonder bestrijdt hij de gedachte, dat slechts van rechtsmisbruik sprake kan zijn, wanneer de aan de rechthebbende verweten gedraging zonder enig nut voor hem zelf was verricht: ook zonder dat aan dit vereiste is voldaan, kan „het nadeel aan een ander toegebracht . . . zo groot of zo nodeloos toegebracht zijn, dat de handeling onrechtmatig moet geoordeeld worden”. Een zekere afweging van belangen dient dus toch plaats te vinden. Met betrekking tot het buurenrecht brengt deze gedachtengang hem tot de conclusie, dat voor de beoordeling van een handeling, verricht op het éne erf, doch resulterend in schade voor de buurman, steeds een zelfde criterium in aanmerking komt, t.w. dat van de maatschappelijke betamelijkheid. Noodzakelijkerwijze brengt dit met zich mee, dat de begrippen hinder en misbruik van recht samenvloeien.²⁹

Wolfsbergen's beschouwingen, vervat in zijn in 1946 postuum verschenen werk over de onrechtmatige daad,³⁰ leiden tot het zelfde resultaat. Met bestrijding van Scholten betoogt hij ten aanzien van de inbreuk-werende functie van het subjectieve recht, „dat 's rechters oordeel omtrent de zorgvuldigheid een beslissende rol speelt”. Voorts keert hij zich tegen de al te grote betekenis, zowel door Scholten als Smits toegekend aan de factor rechts-uitoefening. Smits' gedachte betreffende het alles overheersende karakter van het (algemene) betamelijkheidscriterium dient z.i. evenzeer te gelden voor de door deze schrijver afzonderlijk geplaatste categorie der „rechts-uitoefening-gevallen”. En in het bijzonder met betrekking tot ons onderwerp brengt dit dan Wolfsbergen tot de conclusie, „dat er geen enkele grond bestaat, een zo enorm verschil in bescherming, als

²⁸ Te weten in een in het jaar 1937 te Leuven gehouden lezing, getiteld „Misbruik van recht en wets-ontduiking”, waarvan de tekst is opgenomen in *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* I, blz. 62 c.v.

²⁹ Vgl. ook Meijers' noot onder het arrest in zake de studenten-sociëteit, N.J. 1938, 517, en zijn bijdrage aan „Festschrift für Ernst Rabel, Band I: Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht” (1954), ook opgenomen in „Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen II, blz. 178 e.v. (zie i.h.b. blz. 205).

³⁰ Blz. 81–89.

thans bestaat, tussen degenen, die te lijden hebben van hinder of van rechtsmisbruik, te doen voortbestaan”.

Mij komt het voor, dat terecht door de beide laatstgenoemde schrijvers wordt gewezen op het willekeurige en kunstmatige van een indeling der botsingen van eigenaarsbelangen in gevallen van eigendoms-uitoefening en van eigendoms-aantasting. Dit in de rechtspraak van de H.R. tot uiting komende onderscheid komt – het zij met alle eerbied gezegd – m.i. neer op een meten met twee maten. Immers, de vraag van de aantasting van het éne en die van de uitoefening van het andere eigendomsrecht zijn niet anders dan twee verschillende aspecten van één en de zelfde gedraging. Beide aspecten kunnen relevant zijn, en door nu het geschil te gaan indelen bij een categorie, die slechts op het éne aspect is afgestemd, dreigt men het andere uit het oog te verliezen. De besproken rechtspraak demonstreert, dat dit gevaar geenszins denkbeeldig is. Dit geldt niet zozeer voor de beslissingen, die het betrokken geschil construeren als een geval van eigendoms-aantasting: het algemene betamelijkheids criterium biedt voldoende ruimte, om – al wordt dat dan niet met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht – de factor der rechts-uitoefening bij de afweging te betrekken. Het geldt echter des te meer voor de andere categorie van beslissingen, degene die de laatstgenoemde factor op de voorgrond plaatsen. Want al te gemakkelijk gaat men er in die beslissingen van uit, dat, indien het schadebrengende gedrag niet in strijd is met een specifieke bepaling van geschreven recht, of met een subjectief recht, dat tegen zodanig gedrag specifieke bescherming verleent (erfdienstbaarheid b.v.), er *dus* geen aantasting van het eigendomsrecht kan zijn. In de omvang van het algemene bevoegdhedencomplex, blijkens de aanhef van art. 625 aan de eigenaar toegekend, doch voor het overige afhankelijk van regels van ongeschreven recht, verdiept men zich niet, omdat men er a priori van uitgaat, dat het geschonden belang buiten het eigendomsrecht valt. Zo dalen dan op onevenredige wijze voor de gelaedeerde partij de kansen op een goede afloop van zijn procedure, omdat voor de ruime betamelijkheidsmaatstaf het enge misbruikcriterium in de plaats wordt gesteld.

Met betrekking tot het onderwerp misbruik van recht leidt m.i. het voorgaande tot de conclusie, dat wij bij de

beoordeling van botsingen tussen wederzijdse eigenaarsbelangen aan deze veiligheidsklep geen behoefte hebben. Wij hebben hier immers niet de situatie van een recht met scherp omlinjende omvang, uitgeoefend *binnen* de grenzen, welke die omvang bepalen, doch desondanks op zodanige wijze, dat ons rechtsgevoel er tegen in opstand komt. Het is juist de vaagheid van de grens tussen de beide eigendomsrechten, die ons in staat stelt, die grens in het concrete geval zodanig te bepalen, dat de schadetoebrengende gedraging *buiten* het recht van de aansprakelijk gestelde eigenaar valt. Ziet men het rechtsmisbruik als een door het ongeschreven recht toegepaste correctie op rigiditeit van het wettenrecht,³¹ dan treedt de overbodigheid van dit instituut op het terrein van de eigendomsbotsingen duidelijk naar voren. Want hier *zijn* het reeds ongeschreven regels, die de omvang van het uitgeoefende recht in laatste instantie bepalen. Doch uiteraard geldt dit slechts, voorzover het de uitoefening van een bevoegdheid betreft, ressorterende onder het algemene bevoegdhedencomplex van art. 625. Anders wordt het, zodra de schade-toebrengende eigenaar zijn bevoegdheid, zich aldus te gedragen, kon afleiden uit een specifiek wettelijk voorschrift. Dan zal men de misbruikleer weer wel te hulp moeten roepen. En dit was nu juist de situatie, die zich voordoed in de gevallen, waarop de bekende misbruik-arresten betrekking hadden: zowel met betrekking tot de beruchte watertoren als tot de Lentse schutting immers bestond de mogelijkheid, zich te beroepen op de specifieke bevoegdheid van art. 626 lid 2. Zolang deze bepaling in ons wettelijk systeem gehandhaafd blijft, schijnt de weinig bevredigende beslissing, vervat in deze beide arresten, dus onvermijdelijk . . . , tenzij men zou overschakelen op een ruimer misbruikcriterium.

Zoals reeds werd opgemerkt, berust het afzonderlijk plaatsen der rechts-uitoefening-gevallen op de a priori als juist aanvaarde stelling, dat de door de rechts-uitoefening aangetaste belangen niet door het eigendomsrecht van de gelaedeerde partij worden gedekt. Een zodanig buiten het eigendomsrecht plaatsen van een bepaalde categorie van belangen zijn wij reeds eerder tegengekomen. Het herinnert ons aan de leer, verkondigd door gezaghebbende schrijvers uit de vorige eeuw, dat hinder – in de beperkte

³¹ Vgl. Meijers, Verz. Priv. Opst. I, blz. 68.

zin van genots-stoornis – slechts te beschouwen zou zijn als aantasting van *belangen*, niet van een recht. Zelfs zijn wij de opvatting tegengekomen,³² dat het belang bij de materiële integriteit van het eigendoms-object niet door het eigendomsrecht wordt beschermd. Doch deze opvattingen van vroeger hangen, naar het mij voorkomt, nauw samen met de toen heersende opvattingen omtrent de verhouding tussen geschreven en ongeschreven recht. In de *wet* is nu eenmaal geen enkele specifieke bepaling te vinden, die de eigenaar bevoegdheid verleent zich te weer te stellen tegen hinder, zelfs niet een, die de (culpoze) beschadiging van het object verbiedt. Doch reeds vóór 1919 kreeg de gedachte de overhand, dat *dat* geen beletsel mag zijn, om zodanige bevoegdheden van de in zijn belangen aangetaste eigenaar te erkennen. En toen, dank zij de doorbraak van 1919, het ongeschreven recht vrijelijk via art. 1401 kon binnen stromen, scheen deze laatste gedachte wel geheel en al onaantastbaar geworden: *elk* belang van de eigenaar komt immers thans voor bescherming in aanmerking, mits maar de aantasting strijdt met de maatschappelijke betamelijkheid. Desondanks is er een bastion overgebleven, waar men tracht, bepaalde belangen – zoals die van uitzicht en licht, van water-toevoer, van steun³³ – aan de stroom te onttrekken door hen buiten de sfeer van het eigendomsrecht te plaatsen. Zal dit bastion zich kunnen handhaven? Let men op de ontwikkeling als geheel,^{33a} dan schijnt de kans daarop niet groot.

V. BOTSING VAN EIGENAARSBELANG MET ALGEMEEN BELANG

Zoals reeds werd opgemerkt, bestaat er naast de botsingen van wederzijdse eigenaarsbelangen nog een andere categorie van belangenbotsingen, waarbij de vraag van de uitgestrektheid der eigendomsbescherming herhaaldelijk een rol speelt. Het zijn de botsingen tussen enerzijds een

³² T.w. in het door de H.R. vernietigde arrest van het Hof in zake het Dordtse rijstpakhuis, zie hiervoor blz. 67.

³³ Vgl. Scholten l.a.p., blz. 128.

^{33a} Men leze in verband met deze ontwikkeling vooral de historische beschouwingen van Meijers, vervat in zijn in noot 29 genoemde bijdrage aan *Festschrift Rabel*.

eigenaarsbelang en anderzijds het *algemeen belang*. De rechtsbescherming van het algemeen belang vindt haar uitdrukking in de bevoegdheden der organen, aan welke de behartiging van dit belang is toevertrouwd, met andere woorden in de rechtsmacht der overheid. Voorzover deze rechtsmacht voldoende scherp is omlijnd door regels van geschreven recht, zal de vraag van de uitgestrektheid van het eigendomsrecht als regel niet aan de orde komen. Te dien aanzien geldt precies het zelfde als voor botsingen, die zich in de zuiver privaatrechtelijke sfeer afspelen³⁴: het algemene bevoegdhedencomplex van de eigenaar wijkt voor de specifieke, wettelijk vastgelegde bevoegdheid van de wederpartij, het genotsdomein van eerstgenoemde vindt dus zijn begrenzing in de rechtsbescherming van het botsende belang. Zodra echter de overheid haar aantasting van een eigenaarsbelang niet met behulp van een wettelijk voorschrift kan rechtvaardigen, rijst weer de vraag in hoeverre de bescherming van het laatstgenoemde belang gewicht in de schaal vermag te leggen.

Uit het voorgaande blijkt reeds, dat de belangenbotsingen, waarvan thans sprake is, zich in het algemeen zullen voordoen in zodanige vorm, dat door het optreden van de overheid een eigenaarsbelang wordt geschaad. Uiteraard zal zich evenzeer de tegenovergestelde figuur kunnen voordoen: aantasting van het algemeen belang door een eigenaar in de uitoefening van zijn recht. Doch met het oog op art. 2 R.O. is het de vraag, of deze botsingen in aanmerking komen, om in de privaatrechtelijke sfeer te worden uitgevochten.^{34a} Bovendien stelt art. 625 ten deze een duidelijke grens: de eigenaar mag naar eigen goedvinden van zijn zaak gebruik maken, zolang hij niet in strijd komt met het geschreven recht (wet in materiële zin) (dat de hinderclausule hier niet voor toepassing in aanmerking komt, is duidelijk: deze betreft kennelijk slechts in het *privaatrecht* wortelende subjectieve rechten). Hiermede is, vanuit het gezichtspunt der agressieve functie, de verhouding tussen eigendomsrecht en algemeen belang voldoende vastgelegd. Wanneer dus onzekerheid bestaat ten aanzien van deze

³⁴ Zie hiervóór blz. 59/60.

^{34a} Men vergelijkte over die vraag Kranenburg, *Studiën over recht en staat* (3e dr., 1946), blz. 196 e.v.

verhouding, kan zulks slechts de defensieve functie van het eigendomsrecht betreffen. Doch ook met betrekking tot deze defensieve functie helpt art. 625 ons, tot op zekere hoogte althans, op weg: door het algemeen belang te beschermen met behulp van *algemeen bindende regelen* kan de overheid het eigendomsrecht in aanzienlijke mate terug dringen. Voor zover het de *centrale* wetgever betreft, kan deze terugdringing zelfs zó ver gaan, dat er van het genotsbevoegdheidscomplex van de eigenaar niets meer overblijft. Hiermede is het terrein, waarop de onderhavige botsingen zich afspelen, voldoende afgepaald: tegenover de defensieve functie van het eigendomsrecht staat, in agressieve functie, de overheid ter uitoefening van haar *bestuurstaak*.

Herhaaldelijk komt het voor, dat het geschil zowel onder de vorige categorie – botsing van eigenaarsbelangen – als onder de onderhavige valt. Telkenmale is dat het geval, wanneer de overheid zich ter rechtvaardiging der door haar gepleegde eigendoms-aantasting zowel op haar bestuurstaak kan beroepen als op de uitoefening van een haar toekomend eigendomsrecht. Het hangt er dan maar van af, op welke van deze beide verweren de beslissing betrekking heeft.³⁵ Meer dan eens kunnen wij constateren, dat beide verweren door de berechtende instantie in haar overwegingen worden betrokken en het is dan niet steeds gemakkelijk uit te maken, welke van beide in wezen de doorslag heeft gegeven. Voor het onderhavige deel van ons betoog zijn zodanige beslissingen uiteraard slechts van belang, voor zover zij het beroep op de uitoefening van een overheidstaak betreffen.

³⁵ In het voorgaande kwamen reeds verscheidene voorbeelden hiervan ter sprake. Zo baseerde in de Strooppot-procedure het Hof zijn beslissing op het aan de Staat toekomende eigendomsrecht op de Strooppot, de H.R. daarentegen op de omstandigheid, dat het hier ging om de uitoefening van een overheidstaak. Voorts het stroomverleggings-arrest (zie hiervoor blz. 73/74): de conclusie van de Adv.-Gen. was gebaseerd op het eigendomsrecht van de gemeente ten aanzien van het verbindingskanaal en het daarin aanwezige water, de H.R. daarentegen was van oordeel, dat slechts het beroep op haar overheidstaak aan de onrechtmatigheid van het gedrag der gemeente in de weg zou kunnen staan. Men vergelijk ook het hierna nog ter sprake komende duinwater-arrest. Veelal maken de overwegingen, die zich op het eigendomsrecht der betrokken overheidslichamen baseren, m.i. een enigszins geforceerde indruk.

Het is een in ons jurisprudentie-recht vast verankerd liggende regel, dat de overheid, ook wanneer zij „als zodanig optreedt”, geen inbreuk mag maken op subjectieve rechten,³⁶ zulks uiteraard tenzij een wettelijk voorschrift haar daartoe bevoegdheid verleent. Intussen rijst de vraag, of niet op deze regel bepaalde uitzonderingen gemaakt moeten worden. Dat op deze vraag een bevestigend antwoord past, blijkt uit de rechtspraak, met name ook uit verscheidene arresten van de H.R. De bedoelde rechtspraak bedient zich ten aanzien van de motivering dezer uitzonderingen van een nogal gevarieerde argumentatie.

Op 2 Januari 1923 heeft de H.R. arrest gewezen (W 11060) betreffende een geschil tussen het Hoogheemraadschap van Schieland en de eigenaar van zekere percelen, deel uitmakende van de taluds en bermten van Schielands Hoge Zeedijk langs de IJssel, op welke percelen het genoemde waterschap zonder toestemming van de eigenaar bepaalde werken ter verzwaring en verhoging van de dijk had doen uitvoeren. De H.R. was op historische gronden van oordeel, dat hier van een beperking van het eigendomsrecht sprake was, welke de eiser, „als uitvloeisel van de op de dijk rustende publieke last” moest gedogen (het Hof had in dit verband gesproken van „dijkplichtigheid”, voortspuitende uit de „aard en bestemming” der betrokken gronden). Het college leidt daaruit af, dat „al moge in reglement en keur van Schieland en evenmin in enige andere bepaling van geschreven recht voor deze plicht van de eigenaar van de dijk enige grondslag zijn te vinden, door de gewraakte handelingen van Schieland ten opzichte van Van Stolk toch geen ongeoorloofde rechtskrenking heeft plaats gehad”.

Een vrijwel analoge casuspositie, betrekking hebbende op de waterkerende kade van de Carthuizerpolder onder Geertruidenberg had de H.R. ruim veertig jaar tevoren te berechten gekregen.³⁷ In die procedure had de Advocaat-Generaal betoogd, dat de rechtmatigheid van het optreden van het waterschap, niet gedekt door een uitdrukkelijke wettelijke bepaling, moest afstuiten op art. 625 B.W. Ook de H.R. achtte toen de aantasting van het eigendomsrecht

³⁶ Vgl. B. M. Telders in *Rechtsk. Opstellen*, aangeboden aan Prof. Mr. E. M. Meijers, blz. 618.

³⁷ H.R. 10 Dec. 1880, W. 4583.

onrechtmatig, doch de daartoe gebezigde argumentatie was niet precies dezelfde. Uit de *strekking* der waterschaps-wetgeving werd toen nl. afgeleid, dat het waterschap wel degelijk zekere bevoegdheden bezit ten aanzien van de eigendom der tot zijn territoir behorende percelen. Deze bevoegdheden zouden echter beperkt zijn tot beheer en onderhoud, strekten zich dus niet uit tot verbeteringen. De H.R. tracht hier dus vast te houden aan de eis van geschreven recht, rekt dit begrip weliswaar uit, doch niet ver genoeg om het optreden van het waterschap te kunnen sauveren. In 1923 maakt het college het zich gemakkelijker: het aanvaardt zonder meer een beperking van het eigendomsrecht op grond van ongeschreven recht, en acht blijkbaar art. 625 daartegen geen beletsel. Naar mijn mening terecht: dit artikel bindt immers slechts de afbakening der *agressieve* functie van het eigendomsrecht aan het geschreven recht, niet die der *defensieve*.

Tot een zelfde resultaat als in 1923 – niet-aansprakelijkheid van de overheid voor een niet op geschreven recht berustende eigendoms-aantasting –, doch langs een geheel andere weg, kwam de H.R. in het z.g. Haarlemse-vleeskeurings-arrest (3 Mei 1934, N.J. 1549). Het betrof hier een roerende zaak – vlees van een geslachte koe –, en de door de eigenaar aan de gemeente Haarlem verweten aantasting van zijn recht had een zeer radicaal karakter, te weten weigering van afgifte der zaak. De eiser baseerde zijn actie echter niet op zijn specifieke bevoegdheid tot terugvordering, hem toegekend in art. 629, doch vorderde schadevergoeding uit art. 1401. Zo was de H.R. genoodzaakt, de rechtmatigheid der geïncrimineerde handeling te toetsen aan de algemene eigendoms-omschrijving van art. 625 (*dit* artikel was dan ook in het cassatiemiddel, náást o.m. 1401, genoemd als geschonden of verkeerd toegepast, niet art. 629). Het vlees was aanvankelijk goedgekeurd, daarom was het gedrag der gemeente, die stelde naderhand tuberculeuze haarden te hebben ontdekt, niet gedekt door de vleeskeuringswet. De Rechtbank tracht nog voor de algemene plicht der gemeente, te waken voor de gezondheid der ingezetenen, steun te vinden in verscheidene artikelen van de Gemeentewet, de Advocaat-Generaal Tak spreekt echter uitdrukkelijk van „de ongeschreven plicht der gemeente” tegen bedreiging van de gezondheidstoestand te

waken. Doch daarnaast suggereert laatstgenoemde functionaris een tweede methode ter bereiking van het gewenste resultaat, te weten een beroep op noodweer (art. 41 Sr.). De H.R. kiest, met een kleine variatie, deze laatste weg: aantasting van eens anders eigendomsrecht is niet onrechtmatig, „indien deze noodzakelijk is tot het afweren van een onmiddellijk dreigend ernstig gevaar voor het leven of de gezondheid van derden” (m.a.w. noodtoestand).

Weer een andere methode om te ontkomen aan aansprakelijkheid van de overheid, die, zonder daartoe bevoegdheid te ontleen aan een specifiek wettelijk voorschrift, door een subjectief recht beschermde belangen heeft aangetast, is gelegen in de z.g. theorie van het „freies Ermessen”. Deze theorie berust op de gedachte, dat de overheid onder bepaalde omstandigheden een zekere armslag moet hebben, om haar optreden naar eigen goeddunken te bepalen, ook al worden in het privaatrecht wortelende subjectieve rechten daardoor aangetast. Het antwoord op de vraag, of ruimte bestaat voor toepassing dezer gedachte, is in de eerste plaats afhankelijk van de aard der belangen, tot welker behartiging het overheids-optreden strekte. Zoals bekend, heeft de H.R. dit beginsel in toepassing gebracht op de gevallen, welke het optreden van de militaire overheid en van de politie betroffen.³⁸ Het verdient echter de aandacht, dat de subjectieve rechten, die hier in het spel waren, onder de categorie der z.g. persoonlijkheidsrechten vielen: recht op onaantastbaarheid van het lichaam, op gezondheid. Met betrekking tot aantasting van eigendomsbelangen is, bij mijn weten, door de H.R. van dit beginsel nog geen gebruik gemaakt.

In de tot dusver behandelde gevallen was het steeds zo, dat tegenover een algemeen belang, dat geen scherp omlijnde, in een specifiek wettelijk voorschrift geformuleerde, bescherming genoot, stond een privé-belang, welks bescherming – naar de traditionele opvatting – onmiskenbaar in een subjectief recht lag opgesloten. Onder deze omstandigheden bleek het gebruik van speciale constructies nodig – dijkplichtigheid, noodtoestand, freies Ermessen –, om de overheid aan aansprakelijkheid te doen ontkomen. Hoe

³⁸ Zie H.R. 13 Noy. 1936, N.J. '37, 182, i.z. de milicien de Boer, en 29 Maart 1940, N.J. 242 i.z. Heldenkermis. Zie over dit onderwerp nader Meijers, W.P.N.R. 4145, en G. J. Scholten, W.P.N.R. 4071.

liggen echter de kaarten, wanneer het geschonden privé-belang een minder duidelijke, minder scherp omlijnde bescherming in het privaatrecht geniet? Kan het benadeelde individu zich noch op een wettelijke bepaling noch op een subjectief recht beroepen, dan is zijn positie bij de huidige stand van de rechtspraak niet sterk. In het Strooppot-arrest werd immers beslist, dat het betamelijkheidscriterium met betrekking tot optreden van de overheid niet geldt, en tot dusverre heeft – formeel althans – de H.R. daaraan vast gehouden. Geen wonder, dat onder deze omstandigheden wel eens ietwat krampachtig aandoende pogingen zijn waar te nemen, het gelaedeerde belang *coûte que coûte* onder een subjectief recht te wringen. Evenzeer als men ter ene zijde probeerde, de wettelijke bescherming van een algemeen belang uit te rekken, zijn ter andere zijde pogingen gedaan tot uitrekking van een subjectief recht. Het duidelijkste voorbeeld daarvan wordt opgeleverd door de procedure, geëindigd met het bekende arrest van de H.R. inzake Egeman contra gemeente Amsterdam (16 Febr. 1934, N.J. 313). In deze procedure stelde nl. de eisende partij zich op het standpunt, dat de door hem aan de gemeente verweten houding – te weten het niet verlenen der (krachtens de betrokken gemeentelijke wetgeving noodzakelijke) medewerking om de exploitatie van zijn grond als bouwgrond mogelijk te maken – een inbreuk op zijn eigendomsrecht opleverde. Deze constructie, die Rechtbank en Hof inderdaad hadden geslikt, achtte de H.R. – mijns inziens niet ten onrechte – te ver gezocht. Dit leidde echter, daar het college tevens bleef vasthouden aan de leer van het Strooppot-arrest, tot het mijns inziens weinig bevredigende resultaat, dat Egeman als verliezende partij uit de strijd te voorschijn kwam.^{38a}

De geschetste ontwikkeling – de uitbouw van de wederzijdse rechtsbescherming, enerzijds die van het algemeen belang, anderzijds die van het eigenaarsbelang – vindt onvermijdelijk haar uitmonding in . . . de Voorste stroom. De cyclus van procedures, voortgesproten uit de vervuiling van het genoemde riviertje door de gemeente Tilburg, betreft een casuspositie, die welhaast als schoolvoorbeeld kan fungeren voor de thans behandelde categorie van belangenbotsingen. Immers, ter éne zijde staat het optreden

^{38a} Vgl. Kranenburg t.a.p., blz. 217/218.

der gemeente, gericht op het algemeen belang, te weten de uitlozing van riolen, doch zonder dat een wettelijk voorschrift haar wijze van optreden ten deze uitdrukkelijk dekt. En daartegenover het genotsbelang der oeverbewoners – hetzij rechtstreekse eigenaarsbelangen hetzij het van de eigendom afgeleid belang van een huurder –, welk belang door het eigendomsrecht wordt beschermd, doch slechts – zoals in het voorgaande is gebleken – tot op zekere hoogte. Met andere woorden, een botsing van belangen met beiderzijds een slechts *vage* rechtsbescherming, juist zo als bij de botsing tussen wederzijdse eigenaarsbelangen in het burenrrecht veelal het geval is.

Het is merkwaardig, dat dit aspect van de betrokken procedures – de botsing van algemeen belang tegen eigenaarsbelang – eerst in een laat stadium tot uiting is gekomen. Eerst in de procedure contra Paymans, geëindigd met het vijfde Voorste Stroom-arrest (20 Dec. 1940, N.J. 1941, 366), komt de gemeente – voor het eerst in cassatie³⁹ – met een beroep op de omstandigheid, dat zij handelde ter uitvoering van haar overheidstaak. De H.R. is bij de motivering van zijn beslissing, dat dit aan aansprakelijkheid der gemeente niet in de weg staat, niet over één nacht ijs gegaan. Het college baseert nl. deze beslissing op een drievoudige stelling, te weten – in enigszins verkorte vorm weergegeven – 1e) dat aan geen bepaling van geschreven of ongeschreven recht de gemeente een bijzondere bevoegdheid ontleent ten aanzien van de eigendom van anderen, laat staan een bevoegdheid, waarvan slechts de gemeente zelve de grenzen zou hebben vast te stellen, 2e) dat alle omstandigheden van het geval, en dus ook de omstandigheid, dat de overlast aan de eigenaar wordt aangedaan ter wille van een openbaar belang, in aanmerking genomen, de berokkende overlast de grens overschrijdt van hetgeen oorbaar is, en 3e) dat ten deze de gemeente in meerdere mate de eigendom van Paymans heeft aangetast dan door de omstandigheden, waaronder dit geschiedde, gerechtvaardigd werd.

Uit deze opsomming blijkt wel, hoezeer de H.R. een nauwgezet onderzoek heeft ingesteld naar alle mogelijke factoren, die bij de vraag, of hier het algemeen belang niet zwaarder behoort te wegen dan het eigenaarsbelang, ge-

³⁹ Vgl. Meijers, *Ars Aequi Nov.* 1952 blz. 22.

wicht in de schaal kunnen leggen. Eerst wordt gezegd, dat het publiekrecht het optreden der gemeente, voorzover resulterend in aantasting van eigenaarsbelangen, niet vermag te dekken, en evenmin steun biedt voor toepassing van de leer van het *freies Ermessen*. Dan volgt de privaatrechtelijke beoordeling van het gedrag der gemeente, zulks aan de hand van het betamelijkheids criterium. Deze valt ten nadele der gemeente uit, zelfs wanneer men de factor, dat haar optreden op het algemeen belang was gericht, mede in de afweging betreft. Tenslotte wordt geconstateerd, dat de eigendoms-aantasting verder ging dan door de omstandigheden gerechtvaardigd, waarmee, naar het schijnt, het niet bestaan van een noodtoestand tot uitdrukking wordt gebracht. Aldus ligt dan de onrechtmatigheid der eigendoms-aantasting wel onomstotelijk vast.

Of het nodig was, de eigendoms-inbreuk voor zoveel ankers te leggen, is een andere vraag. Brengt de constatering, dat het gedrag der gemeente, *alle* omstandigheden in aanmerking genomen, de grenzen der oorbaarheid overschreed, niet zonder meer met zich mee, dat zij zich ten aanzien der gepleegde eigendoms-aantasting niet op noodtoestand kan beroepen? Vloeit voorts uit deze constatering – vooral als men bedenkt, dat bij dit uit *alle* omstandigheden opgebouwde oorbaarheids-saldo ook het algemeen belang reeds was ingecalculeerd – niet automatisch voort, dat geen ter bescherming van dit belang strekkende regel van ongeschreven recht dit optreden kon dekken? Had, met andere woorden, de H.R. niet kunnen volstaan met het constateren der maatschappelijke onbetamelijkheid en daarnaast van het niet bestaan van een *wettelijke* bevoegdheid tot eigendoms-aantasting? Het verschijnsel, dat de H.R. een meer gevarieerde argumentatie noodzakelijk achtte, wordt echter verklaarbaar, wanneer men kennis neemt van hetgeen omtrent het onderhavige onderwerp door Suyling in zijn handboek wordt opgemerkt,⁴⁰ en voorts van de beschouwingen van Meijers,⁴¹ welke mede betrekking hebben op het onderhavige arrest.

Beide genoemde schrijvers wijzen op de mogelijkheid, dat een – al dan niet wettelijk vastgelegde – regel van

⁴⁰ Vijfde stuk (Zakenrecht) No. 155.

⁴¹ W.P.N.R. 4145. Vgl. ook zijn noot onder het zojuist in de tekst ter sprake gekomen Voorste Stroom-arrest, N.J. 1941 No. 366.

publiekrecht de overheid een bevoegdheid tot eigendoms-aantasting verleent. Ten aanzien van de vraag echter, in hoeverre *daarnaast* de omstandigheid, dat de overheid optrad ter behartiging van het algemeen belang, aan haar aansprakelijkheid in de weg staat, lopen hun meningen uiteen. Volgens Meijers komt het algemeen belang hier niet verder in aanmerking dan met de *algemene* regelen betreffende onrechtmatige daad (dus los van de onrechtmatige *overheidsdaad*) in overeenstemming is: de overheid staat te dien aanzien dus gelijk met ieder ander, die er zich op beroept, ter behartiging van het algemeen belang te hebben gehandeld. Suyling daarentegen betoogt, dat de benadeelde eigenaar tegenover de overheid minder sterk staat dan tegenover een particulier. Dit is slechts anders, wanneer de overheid „een bevoegdheid verkort, die het privaatrecht met name aan de eigenaar waarborgt”. Hij grondvest deze mening op de leer van de H.R. (Strooppot-arrest), dat het betamelijkheidscriterium bij de beoordeling van het overheids-optreden geen rol kan spelen. Uit het onderhavige Voorste Stroom-arrest blijkt thans, dat de H.R. zelf deze consequentie uit de bedoelde leer niet wenst te aanvaarden: ook zonder schending van een eigenaarsbelang met specifieke rechtsbescherming kan het gedrag van de overheid, gebaseerd op haar algemene bestuurstaak, onrechtmatig zijn. Ongetwijfeld verleent dit arrest steun aan de zienswijze, dat de leer van het Strooppot-arrest in feite reeds grotendeels, zo niet geheel, door de H.R. zelf is ondergraven.⁴²

Brengt dit nu noodzakelijkerwijze met zich mede, dat het voor de in zijn algemeen genotsbelang aangetaste eigenaar geen verschil zou maken, of hij de overheid dan wel een willekeurige, naar behartiging van het algemeen belang strevende, derde tegenover zich heeft? Dit is wat Meyers betoogt en wat inderdaad ook schijnt te liggen opgesloten in het onderhavige Voorste Stroom-arrest, met zijn afzonderlijke toetsing van het overheidsgedrag aan, geschreven of ongeschreven, regels van publiekrecht, en aan de maatschappelijke betamelijkheid („de grens van hetgeen oorbaar is”). Mij komt deze opvatting niet juist voor. Ik wil geenszins beweren, dat het algemeen belang

⁴² Vgl. Rutton in Verkeersrecht Juni 1953 blz. 85 e.v., W.P.N.R. 4312 en 4313 en bij Asser, 3e deel, 2e stuk (1954) blz. 639 e.v.

slechts gewicht in de schaal kan leggen, wanneer de *overheid* er zich op beroept: het betamelijkheidsbegrip biedt voldoende ruimte, om er belangen van anderen dan de beide partijen, en dus ook het algemeen belang, bij te betrekken.^{42a} Doch het maakt mijns inziens groot verschil, of degeen, die bij de behartiging van dat belang een eigendomsbelang heeft gestoord, de *overheid* is, handelende ter uitoefening van haar algemene bestuurstaak, dan wel een willekeurige particulier. De overheid heeft immers juist tot *taak*, het algemeen belang te behartigen, het is aan haar toevertrouwd, juist omdat haar organen, beter dan anderen, in staat worden geacht te beoordelen, wat het algemeen belang vereist. Welnu, dan behoort mijns inziens dat belang in haar handen – ook zonder specifieke bevoegdheid harerzijds – zwaarder te wegen dan in die van iemand, die zich de behartiging van dat belang slechts, zonder daartoe geroepen te zijn, aanmatigt, hoe lofwaardig dit laatste ook moge zijn.^{42b} Dat deze factor aan de onrechtmatigheid van een eigendoms-aantasting door een particulier in de weg staat, zal dan ook – althans wanneer het bedoelde optreden van de particulier niet *mede* van elders rechtsbescherming geniet (b.v. omdat hij zijnerzijds een eigendomsrecht uitoefende) – slechts uiterst zelden voorkomen, niet anders dan in aperte gevallen van noodtoestand. Het is geen toeval, dat bij de geschillen betreffende de onderhavige belangenbotsingen – die tussen eigenaarsbelang en algemeen belang –, naar uit de rechtspraak schijnt op te maken, vrijwel steeds de overheid een der partijen is.

Het voorgaande leidt tot de vraag, of het wel zin heeft, naar de rechtmatigheid van het overheids-optreden ten deze een dubbel onderzoek in te stellen, eerst naar haar optreden „als overheid”, daarna naar haar optreden

^{42a} Dat ook de wetgever van 1838 niet afkerig was van de gedachte, bij botsing tussen privé-belangen gewicht toe te kennen aan de factor algemeen belang, blijkt b.v. uit art. 677 B.W.: de rechter moet, behalve met de onschendbaarheid van de eigendom, rekening houden met het belang van de landbouw.

^{42b} Vgl. G. J. Scholten, W.P.N.R. 4071: „.... dat de overheid, krachtens haar roeping en taak, veel vaker en in veel meer situaties een beroep op deze rechtvaardigingsgrond (algemeen belang) toekomt dan anderen.... Deze rechtvaardigingsgrond, het algemeen belang, is niet anders dan dynamiet onder de overheids-aansprakelijkheid”.

„als ieder ander”. Ik vraag mij af, of hier niet het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht geleid heeft tot een splitsing van wat in wezen bijeen hoort. Het is slechts de vraag, of het algemeen belang, door het in functie optredende overheidsorgaan behartigd, zwaarder behoort te wegen dan het aangetaste eigenaarsbelang. Is er niet een specifiek wettelijk voorschrift, dat voor dit belangenconflict de oplossing biedt, aan te wijzen – hetzij een van publiekrecht, dat ten gunste van de overheid strekt, hetzij een van privaatrecht, dat het eigenaarsbelang een extra-bescherming verleent –, dan is het de maatschappelijke betamelijkheid, welke als maatstaf dienst doet. Enerzijds kan dit er toe leiden, dat, als het algemeen belang maar zwaar genoeg weegt – b.v. bescherming tegen overstroming tengevolge van een dijkdoorbraak, tegen het consumeren van met t.b.c. besmet vlees – zelfs aantasting van de meest elementaire eigenaarsbelangen geoorloofd wordt. Anderzijds dat, als het betrokken algemeen belang geen zwaarwichtig karakter heeft – b.v. besparing door het kiezen van een goedkoper zuiverings-apparaat voor rioolwater –, ook de meer secundaire genotsbelangen van de eigenaar tegen aantasting worden beschermd.

De beslissende factor, die telkenmale in de Voorste Stroom-procedures aan het beroep der gemeente op het algemeen belang zijn kracht heeft ontnomen, is mijns inziens gelegen in de omstandigheid, dat er óók een methode bestond de riool-afvoer te bewerkstelligen zonder stankverwekking voor de buurtbewoners, zij het dan ook ten koste van aanzienlijk grotere financiële offers. Deze omstandigheid had nl. tot gevolg, dat het algemeen belang, hetwelk tegenover de geschonden eigenaarsbelangen werd afgewogen, niet was de zorg voor de riool-afvoer als zodanig, doch de zorg voor een goedkopere riool-afvoer dan een zodanige, die elke mogelijkheid van stankverwekking uitsloot. Het komt er dus op neer, dat het enkel om een *financieel* belang der gemeente ging, en dat kon aan de genots-schending het karakter van onbetamelijkheid niet ontnemen. Doch zou dit niet anders zijn, wanneer de gemeente, de goedkope methode kiezende, zich van te voren de belangen der overbewoners had aangetrokken, b.v. door met hen een regeling te treffen met betrekking tot schadeloosstelling voor een eventueel zich handhavende

overlast? Het is, naar thans wel mag worden aangenomen, deze gedachte geweest, die de H.R. er in het zesde Voorste stroom-arrest⁴³ toe heeft gebracht, zijn welhaast berucht geworden overweging ten beste te geven, dat, de gemeente dusdoende een gedragslijn volgde, welke weliswaar vanuit het oogpunt der door haar te behartigen gemeente-belangen volkomen gerechtvaardigd en zelfs geboden kon zijn, doch waarvan tegenover de eigenaar van een bedreigd perceel de eventuele nadelige gevolgen, die daaruit voor dezen mochten voortvloeien, voor haar rekening behoren te komen". Ondanks het feit, dat de H.R. in de daarop volgende overwegingen uitdrukkelijk achtereenvolgens de maatschappelijke onbetamelijkheid en de verwijtbaarheid van het gedrag der gemeente constateert, heeft de geciteerde overweging verscheidene schrijvers aanleiding gegeven te betogen, dat ons hoogste rechtscollege hier in wezen een schadevergoedingsplicht uit rechtmatige daad heeft gecreëerd. Een veronderstelling, die wellicht nog méér voedsel vond in het nog geen jaar later gewezen duinwater-arrest,⁴⁴ waarin nl. de geciteerde overweging bijna woordelijk is overgenomen, met dien verstande echter, dat de zinsnede „voor haar rekening behoren te komen" is vervangen door de woorden „voor haar rekening behoorde te nemen". Immers, juist door dit gebruik van het woord nemen en van de verleden tijd maakt dit arrest, nog meer dan het vorige, de indruk, dat er in de gedachtengang van de H.R. een *rechtsplicht* bestond van de gemeente, de eventuele schade voor haar rekening te nemen, en dat juist het niet voldoen aan deze rechtsplicht onrechtmatigheid tot gevolg heeft.⁴⁵ Desondanks hebben andere schrijvers betoogd, dat deze arresten – gezien de moderne onrechtmatigheids-opvattingen – zeer wel zijn in te passen in het bestaande kader van art. 1401. Het is vooral het bekende Themis-artikel van Bregstein,⁴⁶ waarin dit standpunt wordt uiteengezet en gestaafd met argumenten, waarvan een grote overtuigingskracht uitgaat. In het zevende Voorste Stroom-arrest⁴⁷ schijnt de H.R. deze zienswijze te onder-

⁴³ H.R. 19 Maart 1943, N.J. 312.

⁴⁴ H.R. 18 Febr. 1944, N.J. 226.

⁴⁵ Vgl. i.h.b. het betoog van Drion, W.P.N.R. 3994 e.v.

⁴⁶ R. M. Themis 1951 blz. 273 e.v.

⁴⁷ H.R. 19 Dec. 1952, N.J. '53, 642.

schrijven: het college geeft nl. te kennen, dat de kwalificatie van de gedragslijn der gemeente als „gerechtvaardigd en zelfs geboden” uitsluitend een beoordeling geeft van deze gedragslijn vanuit het gezichtspunt der gemeentebelangen (waarbij dan dus de geschonden eigendomsbelangen buiten beschouwing zijn gelaten), en voorts, dat het onrechtmatigheid-opheffende karakter van een vooraf aangeboden schadeloosstelling geenszins impliceert, dat te dien aanzien op de gemeente een rechtsplicht zou hebben gerust. Aldus wordt dan de houding van de gemeente ten opzichte van het gevaar van een aanhouden van overlast voor de oever-bewoners gereduceerd tot een feitelijke factor, die bij het vormen van het onbetamelijkeheids-oordeel mede gewicht in de schaal kan leggen.

Hiermede is dan de belangwekkende discussie, waarmede naar aanleiding van de beide voorgaande arresten – het zesde Voorste Stroom-arrest en het Duinwater-arrest – onze rechtsgeleerde literatuur is verrijkt,⁴⁸ voorlopig afgesloten. Om die reden – en ook omdat ik na alle scherpzinnigheid, die ten deze van zoveel kanten is ten toon gespreid, geen kans zie iets nieuws naar voren te brengen – ligt het thans niet op mijn weg, op deze discussie in te gaan. Zij gaat trouwens in wezen langs het vraagstuk der eigendoms-afbakening heen. Zij betreft immers in hoofdzaak de vraag, of en in hoeverre een op het algemeen belang gerichte gedraging, die *niet* onrechtmatig is – en dus ook niet in strijd met het eigendomsrecht – desondanks een schadevergoedingsplicht kan doen ontstaan. Het belang van de drie hier ter sprake gebrachte arresten, welke men voor die vraag van betekenis acht, is voor ons onderwerp dan ook elders gelegen.

In de eerste plaats verdient het de aandacht, dat ook uit deze arresten weer zo duidelijk blijkt, hoezeer bij een botsing van belangen, welke respectievelijk hun bescherming vinden in het algemene bevoegdheidscomplex van de eigenaar en in de algemene bestuurstaak van de overheid, telkenmale het criterium der maatschappelijke betamelijheid uiteindelijk de doorslag geeft. Zelfs wanneer eerst uitdrukkelijk geconstateerd wordt – zoals met name in het duinwater-arrest alsmede in de door het zevende Voorste

⁴⁸ Zie de literatuur, geciteerd door Houwing in zijn noot onder het 7e Voorste Stroom-arrest, N.J. '53, 642.

Stroom-arrest bevestigde uitspraak van het Hof te Den Bosch —, dat de geïncrimineerde overheidsgedraging als inbreuk op het betrokken eigendomsrecht is aan te merken, resp. op het van de eigendom afgeleide subjectieve genotsrecht van de huurder, meent men daarmee niet te kunnen volstaan: om tot onrechtmatigheid te concluderen acht men het daarenboven noodzakelijk vast te stellen, dat „de zorgvuldigheid . . ., welke in het maatschappelijk verkeer . . . betaamde”, niet in acht werd genomen, resp. dat „de grens van hetgeen oirbaar is in het maatschappelijk verkeer” is overschreden. De bedoeling dezer constatering is dan vermoedelijk, op de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond te wijzen. Doch, ook al is dit inderdaad de gedachtengang, het uiteindelijk resultaat blijft hetzelfde, te weten dat het betamelijkheidsbegrip tot alles overheersend criterium is verheven.

In de tweede plaats zijn deze arresten voor ons vraagstuk illustratief, omdat zij doen zien, hoezeer dit betamelijkheids-oordeel — en *dus* de bescherming van gekrenkte eigenaarsbelangen — afhankelijk is van de feitelijke omstandigheden van elk geval. Door van te voren blijk te geven van de bereidheid, zich tegenover een eventuele genotsstoornis een geldelijke opoffering te getroosten, kan de overheid aan haar optreden het onrechtmatig karakter ontnemen. Het belang van de gemeente bij handhaving van de afvoer van rioolwater door de Voorste Stroom weegt tegenover het subjectieve recht van de oeverbewoners zo zwaar — aldus interpreteert in het zevende Voorste Stroom-arrest de H.R. de gedachtengang van het arrest *a quo* —, dat door een „bijkomende omstandigheid” — het zich op behoorlijke wijze de belangen der oeverbewoners aantrekken — de weegschaal naar de andere zijde zou zijn overgeslagen. Het zijn zodanige „bijkomende omstandigheden”, die in een geval als dit de grenzen van het eigendomsrecht bepalen.

Het verdient de aandacht, dat het voorgaande een duidelijke parallelliteit demonstreert tussen enerzijds het algemene bevoegdhedencomplex van de eigenaar en anderzijds het algemene bevoegdhedencomplex van de overheid uit hoofde van haar algemene bestuurstaak. Hoezeer voor het overige in karakter verschillend, hebben de beide verschijnselen toch één belangrijke eigenschap gemeen, te weten

haar *algemeenheid*. Van een zo omvangrijke samenbundeling van niet nader gespecificeerde bevoegdheden in één recht is in het privaatrecht, naast de eigendom, geen voorbeeld te vinden. Aan de algemene bestuurszaak van publiekrechtelijke lichamen daarentegen is eveneens een zodanige samenbundeling inhaerent. Vandaar, dat de vraag van de omvang van het vrije genot, dat de eigenaar van zijn zaak mag hebben, niet slechts pleegt te rijzen bij botsingen van eigenaarsbelangen, doch ook bij botsingen tussen de belangen van enerzijds een eigenaar en anderzijds een binnen de formele kring van zijn bevoegdheid optredend bestuurs-orgaan. Het is om die reden, dat het naar mijn mening niet juist zou zijn, het probleem van de eigendoms-afbakening te reduceren tot enkel een vraagstuk van burendrecht. Dat men veelal het andere aspect van het probleem – de begrenzing door het algemeen belang – uit het oog verliest, houdt vermoedelijk verband met de omstandigheid, dat in vele gevallen bij de overheid het optreden uit hoofde van haar algemene bestuurszaak en de uitoefening van een haar toekomend eigendomsrecht hand in hand gaan. Méér nog wellicht speelt ten deze een rol, dat bij geschillen met de overheid het aspect van de eigendoms-aantasting veelal wordt overschaduwd door de vraag, of het op de weg van de burgerlijke rechter ligt, de rechtmatigheid van het overheidsbeleid te beoordelen. In dit opzicht is echter een duidelijke, zij het weinig geleidelijke, ontwikkeling waar te nemen in de richting van groter beoordelingsbevoegdheid van de rechter. Een groeiende actualiteit van het vraagstuk der begrenzing van de eigendom door het algemeen belang is aan deze ontwikkeling stellig inhaerent.

VI. CONCLUSIE TEN AANZIEN VAN HET HUIDIGE NEDERLANDSE RECHT

Het wordt tijd tot een afsluiting te komen van ons onderzoek naar vaste richtlijnen ter afbakening van het algemene bevoegdhedencomplex van de eigenaar. Het resultaat is negatief: er is geen vastheid. Een omlijning van het complex is slechts in negatieve zin te bewerkstelligen, d.w.z. door een verwijzing naar de rechtsbescherming der met de eigendom botsende belangen. Dat de aldus getrok-

ken grenslijn grillige bochten vertoont, behoeft geen be-
toog. Bovendien is zij slechts in zoverre scherp te trekken,
als de omvang der rechtsbescherming van het botsende be-
lang inderdaad wél duidelijk vaststaat. Waar dat niet het
geval is, vervaagt de grens. Zodanige vervaging doet zich
op zeer in het oog springende wijze voor op twee punten:
dat van de botsing met een ander eigenaarsbelang en dat
van de botsing met het algemeen belang. Wellicht zijn er
nog andere punten van vervaging, doch deze beide zijn de
meest spectaculaire. De met betrekking tot dit onderwerp
beschikbare rechtspraak bevestigt dit. Men zou zich kun-
nen afvragen, of niet sedert 1919 een derde belangrijke
vervagingszone wordt gevormd door de gevallen, waarin
het eigendomsrecht – in agressieve functie – in botsing
komt met een belang, hetwelk *slechts* bescherming vindt
in het ongeschreven normencomplex der maatschappe-
lijke betamelijkheid. Doch het antwoord luidt ontken-
nend: in deze vorm althans komen zodanige belangenbot-
singen in ons rechts-systeem niet tot uiting, omdat dan,
bij de huidige tekst van art. 625, de gelaedeerde partij
kansloos zou zijn.⁴⁹ Houdt men echter rekening met de
omstandigheid, dat in de betamelijkheidsformule de voor
bescherming in aanmerking komende belangen tot uit-
drukking zijn gebracht met de woorden „persoon of goed”,
dan ligt het voor de hand, dat in de geschetste casuspositie
de benadeelde partij zal trachten, een ter bescherming
van het aangetaste belang strekkend subjectief recht te
vinden, om zich daarop te beroepen. Juist het feit, dat
omtrent de betekenis en omvang van dit laatste begrip zo
grote onzekerheid bestaat, komt haar dan te stade.⁵⁰ Ge-
woonlijk ontpopt zich dan het conflict als een botsing
tussen (al dan niet „afgeleide”) eigenaarsbelangen. Het
is uit hoofde van deze overwegingen, dat ik heb gemeend,

⁴⁹ Vgl. de hiervóór, blz. 86 e.v. besproken rechtspraak betreffende
„rechts-uitoefening-gevallen”.

⁵⁰ Vgl. Langemeijer, W.P.N.R. 3706 (blz. 4, 1e kolom): „Ruimer
en beperkter gebruik van den term subjectief recht is mogelijk en
zolang het bereiken van billijke resultaten ermede gemoeid was, die
men langs anderen weg niet bereiken kon, is het begrijpelijk, dat
men zich theoretisch niet al te zeer heeft willen vastleggen.”. Dat het
overigens niet *steeds* mogelijk is, een vanuit het oogpunt van de
betamelijkheidsnorm voor bescherming in aanmerking komend be-
lang binnen de werkingsfeer van een subjectief recht te trekken,
blijkt b.v. uit het Egeman-arrest: zie hiervóór blz. 100.

deze laatste categorie, tezamen met die van de botsingen tussen eigenaarsbelang en algemeen belang, representatief te mogen achten voor ons probleem. Indien ergens, dan zouden hier de bouwstenen te vinden moeten zijn voor een — althans partiële — afbakening van het algemene complex, gebaseerd op aan het karakter van het eigendomsrecht zelve ontleende factoren.

Doch, zoals gezegd, het resultaat is negatief. Dat het aan pogingen om vaste lijnen te vinden zou hebben ontbroken, kan — althans voorzover het de botsing van wederzijdse eigenaarsbelangen betreft — niet gezegd worden. In de eerste plaats heeft men getracht, een zelfstandige betekenis toe te kennen aan de in art. 625 vervatte clause, dat de eigenaar aan de rechten van anderen geen hinder mag toebrengen. Een zodanige zelfstandige betekenis zou een beperking van de agressieve functie van het eigendomsrecht met zich mee hebben gebracht, en — voorzover het botsende eigenaarsbelangen betreft — een dienovereenkomstige uitbreiding van de defensieve functie. Uit hetgeen dienaangaande in het voorgaande is medegedeeld, blijkt echter, dat wij hier te doen hebben met een reeds lang algemeen verlaten standpunt. Met betrekking tot de defensieve functie schijnt intussen, in oudere arresten van de H.R., een andere richtlijn naar voren te komen, t.w. dat het eigendomsrecht bescherming verleent tegen voorzienbare materiële beschadiging van het eigendoms-object. Doch ook deze regel bleek in zijn algemeenheid niet te handhaven. En voorzover het de hinder (in de zin van genots-stoornis) betreft: te dien aanzien hebben tijdens de vorige eeuw gezaghebbende stemmen de gedachte tot uitdrukking gebracht, dat de defensieve functie zich daarover niet zou uitstrekken. Een opvatting, die dan uiteraard met betrekking tot botsing van eigendomsrechten weer automatisch op dit punt een ruime afbakening van de agressieve functie met zich meebracht. Doch ook deze opvatting hield geen stand: de H.R. verwierp haar in het bekende arrest in zake Joostens c. Krul, zonder er enig ander criterium voor in de plaats te stellen. De poging, in de literatuur door Drucker ondernomen, tot nadere bepaling van de door de H.R. opengelaten grens leidde tot weinig tastbare resultaten.

Het verdient overigens de aandacht, dat dit alles zich

afspeelt vóór het beroemde arrest van de H.R. van 1919 betreffende de betekenis van het begrip onrechtmatigheid. Sedert de door dit arrest ingeluide emancipatie van dit begrip is van een streven naar meer vastheid ten aanzien van de eigendoms-afbakening weinig meer te bespeuren. De oorzaak hiervan ligt voor de hand: waar vroeger twijfel bestond, of wel van schending van een subjectief recht gesproken kon worden, verschaft ons thans gewoonlijk het onbetamelijkheidsbegrip de gewenste oplossing. De vraag van de omvang van het eigendomsrecht heeft dientengevolge aanmerkelijk aan betekenis ingeboet. Weliswaar wordt door verscheidene schrijvers met betrekking tot het onrechtmatigheids-oordeel nog een zekere zelfstandige betekenis — naast het betamelijkheids criterium — toegekend aan de eigendoms-aantasting, doch juist uit de beschouwingen van deze schrijvers zelf blijkt, hoezeer dan toch in elk geval de werkingsfeer van het begrip eigendoms-aantasting tot een beperkt gebied is teruggedrongen, en hoezeer zelfs op dit beperkte terrein de betekenis van een daarop gebaseerde omlijning, vanuit een materieelrechtelijk oogpunt althans, slechts relatief zou zijn, zulks in verband met de noodzaak, op ruime schaal rechtvaardigingsgronden te erkennen. De gevolgtrekking, dat met betrekking tot een zeer groot percentage der eigenaarsgeschillen — uiteraard buiten de gevallen, waarin door de wet specifiek toegekende bevoegdheden worden uitgeoefend of door de wet specifiek beschermde belangen worden geschonden — het betamelijkheidsbegrip uiteindelijk de beslissende rol speelt, schijnt mij niet te gewaagd.

In de besproken rechtspraak vindt m.i. het voorgaande zijn bevestiging. Echter met één uitzondering. Er zijn bepaalde eigenaarsbelangen, die door de rechtspraak stelselmatig aan de bescherming van het eigendomsrecht worden onttrokken, en wel uit hoofde van de belangrijke rol, die met betrekking tot zulk een belang wordt gespeeld door het object van het eigendomsrecht van een ander, gewoonlijk een belendend perceel. Met betrekking tot een schending van deze belangen wordt door de rechtspraak het betamelijkheids criterium weliswaar niet geheel en al buiten gesloten, doch het wordt slechts toegepast in de gereduceerde vorm van het misbruikcriterium. Deze rechtspraak, waaromtrent in de doctrine verdeeldheid bestaat, berust —

naar het hiervoor betoogde — op een ongemotiveerd onderscheid, en leidt tot onbevredigende, immers onderling tegenstrijdige, resultaten. Bezieet men de rechts-ontwikkeling op lange termijn, dan zijn wellicht termen aanwezig te verwachten, dat op de duur de dezerzijds — op het voetspoor van verscheidene andere schrijvers — verdedigde opvatting erkenning zal vinden.

Aan de begrenzing van het eigendomsrecht door het algemeen belang, behartigd door de overheid ter uitvoering van haar algemene bestuurs taak, wordt als zodanig in de doctrine geen bijzondere aandacht besteed. Toch heeft dit onderwerp een zekere actualiteit, althans voorzover de H.R. blijft volharden bij de in het Strooppot-arrest gehuldigde leer, dat met betrekking tot overheids-optreden de maatschappelijke betamelijkheid niet als onrechtmatigheids criterium in aanmerking komt. Voor het overige geldt voor de door dit onderwerp bestreken botsingen in vele opzichten het zelfde als voor de botsingen tussen eigenaarsbelangen, zij het met dien verstande, dat ten aanzien van eerstbedoelde botsingen het eigendomsrecht zich slechts in defensieve functie vertoont. Met name geldt ook hier, dat de grens in wezen slechts incidenteel wordt vastgesteld. Immers, wanneer het algemeen belang, door het overheids-gedrag bevorderd, vergeleken bij het aangetaste eigenaarsbelang maar zwaar genoeg weegt, weet telkenmale de rechter wegen te vinden, waarlangs hij aan veroordeling van het overheids-gedrag kan ontkomen. Het grof geschut van de leer van het freies Ermessen heeft hij daartoe — althans voorzover het de rechtspraak van de H.R. betreft — nog niet eens nodig gehad: deze leer werd immers tot dusverre slechts toegepast op gevallen van aantasting van zwaarder wegende belangen — gezondheid, onschendbaarheid van het lichaam —, beschermd door subjectieve rechten, scherper omlijnd dan het eigendomsrecht. Wat dit laatste recht betreft, de bescherming, welke aan de hierbij betrokken belangen door het objectieve recht wordt verleend, is voldoende elastisch, om telkenmale de rechter de gelegenheid te geven tot een bevredigende belangen-afweging. Evenals met betrekking tot de botsing der wederzijdse eigenaarsbelangen heeft het de onderhavige figuur beheersende recht in zeer sterke mate het karakter van *jus in causa positum*.

VII. BUITENLANDS RECHT

Alvorens over te gaan naar de conclusies, welke uit het voorgaande voortvloeien ten aanzien van het jus constituendum, moge ik thans eerst nog enige aandacht besteden aan het buitenlands recht. Ik zie mij genoodzaakt, mij ten deze te beperken tot enkele grepen uit het recht van een aantal West-Europese landen, betrekking hebbende op de hoofdzaken der in dit praeadvies behandelde materie.⁵¹ Ik ben mij bewust, dat een zich verder uitstrekkend en dieper doordringend onderzoek stellig vele gegevens zou bloot leggen, voor ons onderwerp van betekenis, hetgeen wellicht nieuwe gezichtspunten zou hebben geopend. Doch zowel tijd als ruimte noopte mij, met het navolgende te volstaan.

Geschillen als in dit praeadvies behandeld en wel met name geschillen tussen bureu, doen zich uiteraard overal voor, en het zijn dan ook steeds weer de zelfde of gelijksoortige casusposities, die in de rechtspraak der verschillende landen naar voren komen. Het is ongetwijfeld belangwekkend na te gaan, of en in hoeverre men in het buitenland met betrekking tot zodanige geschillen tot de zelfde oplossingen komt als ten onzent. Toch is de waarde van een zodanig rechtsvergelijkend onderzoek voor het hier behandelde vraagstuk ener wettelijke eigendoms-afbakening slechts betrekkelijk. Dit is in de eerste plaats een gevolg van het, in het voorgaande reeds zo duidelijk gebleken, casuïstische karakter dezer materie. Bovendien speelt hierbij het verschil in rechts-systeem een belangrijke rol: dit heeft n.l. tot gevolg, dat men elders de bedoelde geschillen veelal beziet vanuit een andere gezichtshoek en tegen een andere dogmatische achtergrond dan ten onzent.

A. *Engeland.*

Dit laatste verschijnsel doet zich vooral voor met betrekking tot het Engelse recht. Het feit b.v., dat daar te lande in de rechtsdoctrine het begrip subjectief recht eigenlijk geen rol speelt, voorts dat men een zoveel minder scherp

⁵¹ Rechtsvergelijkende beschouwingen omtrent het onderwerp hinder vindt men ook in het hiervóór reeds ter sprake gekomen artikel van Drucker, R.M. 1919 blz. 70 e.v. Vgl. ook het artikel van Meijers in Festschrift Rabel, eveneens hiervóór reeds geciteerd.

onderscheid maakt tussen absolute en relatieve rechten dan ten onzent, doet zijn invloed gevoelen. En zo past het niet in de aldaar toegepaste methoden, zich ter oplossing van belangenconflicten tussen burens te gaan verdiepen in het vraagstuk van de omvang van het eigendomsrecht. De stoornis in het genot van een onroerend goed — en wel hetzij door materiële beschadiging hetzij door „interference with the comfort or convenience of persons occupying or using the premises” — wordt in het Engelse recht gekwalificeerd als *nuisance*, en vormt als zodanig een specimen van het genus onrechtmatige daad (tort).⁵² Uit de geciteerde zinsnede blijkt reeds, dat het — ten aanzien van de gelaedeerde partij — niet zozeer aankomt op zijn eigendomsrecht, als wel op zijn hoedanigheid van gebruiker of bewoner.⁵³ Wat de aansprakelijk gestelde partij betreft: deze *behoeft niet* de eigenaar of bewoner van een naburig goed te zijn, al zal dat gewoonlijk wel het geval wezen.⁵⁴ Doch ook al is de nuisance wel een gevolg van gebruik of toestand van een belendend perceel, dan heeft gewoonlijk de aansprakelijk gestelde partij zijn schadeplichtigheid niet aan zijn hoedanigheid van eigenaar, maar aan die van gebruiker of bewoner te danken.⁵⁵ Aansprakelijkheid van de eigenaar, die niet tevens bewoner of gebruiker is, bestaat slechts — en dan in samenloop met die van de gebruiker — in bepaalde specifieke gevallen, zoals met name, wanneer hij zelf de nuisance heeft bewerkstelligd, wanneer hij verhuurt heeft voor een doel, dat noodzakelijkerwijze de nuisance impliceerde, of wanneer hij het goed verhuurd heeft „with nuisance on it”. Met betrekking tot niet door de aansprakelijk gestelde partij zelf veroorzaakte nuisance is overigens het heersende beginsel, dat „control carries with it responsibility”. Dit beginsel leidt steeds tot aansprakelijkheid van gebruiker of bewoner: „the occupier always has control”. Wel is de eigenaar aansprakelijk, als de nui-

⁵² Men vindt de nuisance dan ook behandeld in de handboeken, gewijd aan het onderwerp tort, zoals die van Salmond (11e ed., 1953), blz. 247 e.v., en Winfield (6e ed., 1954), blz. 536 e.v., en b.v. niet in Cheshire's „Real Property”.

⁵³ Zelfs „possession without title” is voldoende, echter niet een bloot feitelijk gebruik: Salmond blz. 251. Vgl. ook Winfield blz. 558 e.v.

⁵⁴ Winfield blz. 560.

⁵⁵ Salmond blz. 262 e.v., Winfield blz. 561 e.v.

sance een gevolg is van het achterwege blijven van reparaties, waarvoor hij had moeten zorg dragen, omdat in zoverre de „control” dan tevens bij hem berustte. En blijkens recente rechtspraak⁵⁶ wordt dit reeds spoedig aangenomen, met name ook, wanneer hij zich, zelfs stilzwijgend, het recht gereserveerd zou hebben, ter verrichting van reparaties het goed te betreden.

Zoals uit de omschrijving van het begrip nuisance reeds blijkt, stelt men zich in Engeland met betrekking tot de vraag, aan welke vereisten een stoornis moet voldoen, om een actie wegens nuisance te wettigen, op een ruim standpunt. Aan de vroeger wel gehuldigde opvatting, dat er moet zijn „the act of wrongfully causing or allowing the escape of deleterious things into another person's land”,⁵⁷ houdt men thans niet meer vast. Tot de noodzakelijke beperking van het begrip komt men in hoofdzaak via het beginsel, dat nuisance slechts een actie geeft „on proof of actual damage”.⁵⁸ Aangenomen wordt n.l., dat van damage slechts sprake is in geval van een „substantial interference”. Met betrekking tot de gestoorde fungeert daarbij dan als maatstaf de „standard of comfortable living”. Dit is een objectief criterium, waarbij men dient te letten op de „ordinary enjoyment of life or the ordinary modes of using property”; het gaat om „the requirements of the average man”. Wel realiseert men zich, dat het criterium een grote variabiliteit bezit: het is niet een „single universal standard for all times and places”.⁵⁹

Wat nu de beide grensgebieden betreft, waaraan in het voorgaande bijzondere aandacht werd besteed — t.w. botsingen van wederzijdse eigenaarsbelangen en botsingen tussen eigenaarsbelang en algemeen belang —, verdient het de aandacht, dat in het Engelse recht zowel „public benefit” als „reasonable use of property” (t.w. door de aansprakelijk gestelde partij) wordt beschouwd als „ineffectual defence”.⁶⁰ Met betrekking tot het laatste punt wordt opgemerkt, dat uit het veroorzaken van de nuisance juist

⁵⁶ Geciteerd bij Salmond blz. 267.

⁵⁷ Salmond blz. 248.

⁵⁸ Een beginsel overigens, dat dikwijls wordt doorbroken doordat de damage wordt *verondersteld*: Winfield blz. 571.

⁵⁹ Zie Salmond blz. 253 e.v.

⁶⁰ Salmond blz. 256 e.v., Winfield blz. 573 e.v.

blijkt, dat de aansprakelijk gestelde buurman *niet* redelijk handelde. Hieruit schijnt af te leiden, dat het — getransponeerd naar *onze* terminologie — bij botsende eigendomsrechten slechts op de defensieve functie van het recht zou aankomen, niet op de agressieve. Toch is dit meer schijn dan wezen. Op de weergegeven regel wordt n.l. een uitzondering gemaakt voor „acts reasonably done which are necessary for the common and ordinary use of land and houses”. Deze uitzondering is noodzakelijk, omdat „a balance has to be maintained between the right of the occupier to do what he likes with his own, and the right of the neighbour not to be interfered with”. In een uit het jaar 1862 daterend vonnis werd in dit verband gesproken van een „rule of give and take, and live and let live”. Doch met betrekking tot gevallen, waarin de nuisance „wantonly or maliciously” is toegebracht, geldt deze uitzondering niet. Een subjectief element doorbreekt dan dus het overigens aan de hand van objectieve factoren vastgestelde criterium.

Uit het voorgaande blijkt wel, dat de algemene criteria, waarvan de Engelse rechtspraak zich bedient, een voldoende elasticiteit bezitten om van geval tot geval tot bevredigende beslissingen te komen. Toch hebben zich bij de nadere uitwerking met betrekking tot veelvuldig voorkomende casusposities bepaalde regels gevormd, die van een zekere rigiditeit niet zijn vrij te pleiten. Zo b.v., dat het onttrekken van grondwater geen actie geeft, wél daarentegen het onttrekken van loopzand. Voorts de regel, dat er geen „right of support” bestaat (uiteraard tenzij op speciale wijze verkregen): voor schade ten gevolge van het onttrekken van steun, waarop de buurman geen recht had, bestaat dan ook geen aansprakelijkheid. Ook het recht op licht of lucht geldt niet als een „natural incident of property”, doch het kan ontstaan krachtens de Prescription Act door „continuous enjoyment” gedurende twintig jaar („right of ancient lights”). Dit laatste vindt onder de schrijvers geen algemene waardering.⁶¹ Op deze en dergelijke punten krijgt men wel de indruk, dat het systeem van bindend jurisprudentierecht soms afbreuk doet aan de souplesse, waaraan ten aanzien van deze materie zo grote behoefte bestaat.

⁶¹ Vgl. Salmond blz. 287.

B. *Frankrijk en België.*

Veel meer verwantschap met de toestand ten onzent vertoont hetgeen wij in Frankrijk en België kunnen waarnemen. De wettelijke regeling in die landen komt, in grote trekken althans, overeen met de onze, en evenals bij ons pleegt dan ook de rechtspraak de oplossing van geschillen, waarbij de omvang van het eigendomsrecht in het geding is, te vinden via het artikel betreffende onrechtmatige daad (art. 1382 C.C.). Waarbij men echter juist de factor, die ten onzent bij uitstek als *trait d'union* kan fungeren tussen het vraagstuk der eigendoms-afbakening en het leerstuk van de onrechtmatige daad, t.w. de kwalificatie van de tot schadevergoeding verplichtende gedraging als *onrechtmatig*, mist. Dientengevolge is men, bij het zoeken naar het criterium voor de vraag, in hoeverre de aantasting van het eigenaarsbelang ongeoorloofd is te achten, aangezien op het begrip „*faute*”. Aangezien echter de Franse rechtspraak, naar ook elders blijkt, tegen een ruime interpretatie van dit begrip niet opziet, slaagt zij er in de regel wel in, langs deze weg tot een bevredigende oplossing van het geschil te geraken. Haar oordeel omtrent de vraag, of van „*faute*” sprake is, pleegt dan de nodige souplesse te bezitten dank zij de toepassing van begrippen als „*l'équilibre naturel entre les fonds voisins*”, „*la tolérance réciproque (variable selon les milieux) admise entre voisins*” of „*la mesure des inconvénients ordinaires de voisinage*”, kortom begrippen, die de zelfde mogelijkheden ter beschikking stellen als bij ons de maatstaf der maatschappelijke betamelijkheid.

Inmiddels, ten aanzien van de *wetenschappelijke fundering* der op bureu rustende verplichting om zich op een bepaalde wijze jegens elkaar te gedragen heerst in de doctrine der betrokken landen nogal wat verschil van mening. De gedachte, dat er een „*obligation de voisinage*” zou zijn, inhoudende het verbod om de buurman te schaden — voor welke gedachte men zich op Pothier placht te beroepen — vindt thans vrijwel geen aanhang meer.⁶² Door verschillende schrijvers is betoogd, dat de grondslag der

⁶² Zie Planiol-Ripert III (1952) Nos. 468 e.v., waar men een overzicht vindt van de verschillende in de doctrine verdedigde opvattingen.

aansprakelijkheid zou zijn gelegen in de inbreuk op het eigendomsrecht van de gelaedeerde partij, doch deze gedachte, die de defensieve functie van het eigendomsrecht op de voorgrond plaatst, geeft uiteraard geen verklaring van het verschijnsel, dat het eigenaarsbelang slechts *tot op zekere hoogte* is beschermd. Anderen gaan juist uit van de agressieve functie van het recht, en betogen, dat de aansprakelijkheid tussen bureu is te verklaren als voortspuitende uit misbruik van recht. Aangezien echter ook in Frankrijk met betrekking tot rechtsmisbruik het vereiste van de „*intention de nuire*” nog steeds een belangrijke rol speelt, slaagt men er aldus bij lange na niet in een verklaring te geven van alle gevallen, waarin aansprakelijkheid pleegt te worden aangenomen.

Gedurende de laatste decennien hoort men van verschillende zijden de gedachte verkondigen, dat het juist is de oplossing van het probleem der botsing van eigenaarsbelangen buiten art. 1382 C. C. om te zoeken. Zo beroept zich de Belgische schrijver De Page ter verklaring van het bestaan van verplichtingen tussen naburen op het beginsel van de „*égalité devant la propriété*”.⁶³ Dit beginsel is weliswaar niet in de wet met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht, doch het spruit voort uit de essentie van het eigendomsrecht. In de definitie van art. 544 C. C., welk artikel immers aan *beide* partijen het vrij genot van hun goed garandeert, vindt dit zijn bevestiging. Staat tegenover de gelaedeerde eigenaar niet een andere eigenaar, doch de overheid als uitvoerder van „*travaux publics*”, dan komt voor het beginsel van de *égalité devant la propriété* een ander, soortgelijk, beginsel in de plaats, t.w. dat van de „*égalité devant les charges publiques*”.

In Frankrijk speelde het laatstgenoemde beginsel reeds eerder – niet alleen in de doctrine, doch ook in de rechtspraak van de Conseil d'Etat – een belangrijke rol.⁶⁴ Ook met betrekking tot het bureu recht waren daar te lande stemmen opgegaan, die de oplossing van het probleem buiten het begrip „*faute*” om wilden zoeken. De gedachte werd n.l. geopperd, dat onder bepaalde omstandigheden tussen bureu schadeplichtigheid kan ont-

⁶³ De Page, *Droit Civil Belge*, V (1941) blz. 813–815.

⁶⁴ Vgl. daarover uitvoerig Latournerie, *Revue du droit public*, 1945, blz. 27 e.v.

staan, zonder dat sprake is van enige onrechtmatige gedraging. Van deze gedachte is een duidelijke uiteenzetting gegeven door Demogue in zijn *Traité des obligations*.⁶⁵ De genoemde schrijver veronderstelt met betrekking tot zich in elkaars nabijheid bevindende onroerende goederen het bestaan van een „fonds commun des agréments du quartier”, zoals b.v. frisse lucht, rust enz. Wanneer nu ten gevolge van een — geenszins noodzakelijkerwijze abnormale — exploitatie van een der percelen daarin verandering wordt gebracht, geschiedt er niets onrechtmatigs. Toch is het billijk, dat degeen, die tot zodanige exploitatie overgaat, schadevergoeding betaalt, want hij heeft noodzakelijkerwijze „une sorte d'expropriation de ses voisins” bewerkstelligd. Deze gedachtengang leidt dan tot de erkenning van een „droit de nuire au voisin moyen-nant indemnité”. Demogue betoogt, dat het karakter van een zodanig recht het meest verwant is aan dat van de „quasi-contrats”, en dat het dan ook aanbeveling verdient, het recht als zodanig te classificeren.⁶⁶ Het verdient overigens de aandacht, dat in Demogue's gedachtengang de aldus geconstrueerde bevoegdheden — die van de één om schade toe te brengen, die van de ander om vergoeding te verlangen — geenszins zijn aan te merken als een sequeel van het eigendomsrecht: „c'est une difficulté non pas spéciale au propriétaire” — zo betoogt hij in de aanvang van zijn desbetreffende uiteenzetting⁶⁷ —, „mais visant les rapports entre tous ceux dont l'activité se rattache à l'exploitation d'un immeuble”.

In Picard's bewerking van Planiol-Ripert⁶⁸ wordt de schadeplichtigheid van de stoornis toebrenghende buurman wèl aan het eigendomsrecht vastgeknoopt. Voorts wordt — anders dan door Demogue — de fundering der aansprakelijkheid gezocht in de verstoring der evenwichtsverhouding der elkaar begrenzende percelen als gevolg van een *exceptioneel* gebruik. Desondanks wordt — zij het in de vorm van een retorische vraag — erkend, dat hier in wezen sprake is van een risico-aansprakelijkheid. Zelfs wordt betoogd, dat in feite ook de rechtspraak van deze gedachte

⁶⁵ Deel IV (1924) Nos. 713 e.v., i.h.b. No. 721.

⁶⁶ T.a.p. No. 725.

⁶⁷ No. 721.

⁶⁸ Deel III (1952) Nos. 454 e.v., i.h.b. No. 471.

uitgaat, al slaagt zij er in, dank zij haar ruime interpretatie van art. 1382 de formulering van haar beslissingen aan het wettelijk systeem aan te passen. Immers, men wordt aansprakelijk gesteld wegens het, zonder vergoeding der daardoor veroorzaakte schade, toebrengen van exceptionele hinder, en m.a.w. „la faute ne consiste pas ici dans l'acte nocif, puisqu'il est l'exercice régulier d'un droit, mais dans le refus d'une réparation qui doit accompagner l'acte". En langs deze weg mondt dan het betoog toch uit in een, geheel aan Demogue's conclusie beantwoordend, resultaat, t.w. „l'acte reste permis parce qu'il est socialement utile, mais, comme il a pour conséquence une sorte d'expropriation du droit d'autrui, il entraîne obligation de réparation".

C. *Duitsland.*

In verscheidene andere landen heeft men getracht, het probleem van de eigendoms-afbakening met behulp van *wettelijke bepalingen* nader tot een oplossing te brengen. In de eerste plaats verdient in dit verband de aandacht de in het Duitse B.G.B. aan ons onderwerp gewijde regeling.⁶⁹ In de omschrijving van § 903, waarmede de aan de „Inhalt des Eigentums" gewijde titel aanvangt, wordt naast het „mit der Sache nach Belieben verfahren" ook datgene, wat wij als de defensieve functie van het recht hebben aangeduid, tot uitdrukking gebracht, en wel door de eigenaar bevoegd te verklaren tot het „andere von jeder Einwirkung ausschliessen". Aan de uitoefening van beide functies wordt echter aanstonds paal en perk gesteld door de verwijzing naar „Gesetz oder Rechte Dritter". Echter, ook met inachtneming van deze laatste beperking achtte men de aanduiding der tegen aantasting beschermde belangen met behulp van het begrip „Einwirkung" nog in verscheidene opzichten te ruim. Vandaar dat de op § 903 volgende paragrafen ten deze enige belangrijke uitzonderingen behelzen. Zo bepaalt § 904, dat de eigenaar zich niet kan verzetten tegen Einwirkungen, welke het gevolg zijn van noodtoestand (in welk geval echter wel een recht op schadevergoeding ontstaat). De paragrafen 906 t/m 924 behelzen een uitvoerige regeling van het burennrecht. Met

⁶⁹ De tekst der hier besproken artikelen is opgenomen in de Bijlage.

betrekking tot deze materie vinden wij de belangrijkste uitzondering op het beginsel, dat iedere Einwirkung ongeoorloofd is, in § 906, bepalende, dat de tot een bepaalde categorie behorende Einwirkungen – t.w. de „Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Russ, Wärme, Gerausch, Erschütterungen und ähnliche” – onder bepaalde omstandigheden dienen te worden geduld, en wel met name, wanneer ze het gebruik van het betrokken perceel slechts „unwesentlich beeinträchtigen”, alsmede wanneer zij zijn teweeg gebracht door een gebruik van het andere perceel, dat „nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist”.

Uit het voorgaande blijkt reeds, dat het begrip „Einwirkung” een ruime betekenis heeft: het omvat méér dan enkel maar gevallen van materiële beschadiging van het eigendomsobject. Uit de opsomming van § 906 vloeit immers voort, dat men onder het begrip ook dient te verstaan de toevoer van „Imponderabilien” – een niet zeer nauwkeurige, maar in de literatuur veel gebruikte term –, met betrekking tot welke gevallen wij hier te lande van genotsstoornis plegen te spreken. Doch geenszins wordt *iedere* genotsstoornis door het begrip Einwirkung gedekt: er moet een grens-overschrijding plaats vinden van zintuigelijk waarneembare stoffen.⁷⁰ Dit brengt een belangrijke beperking van de defensieve functie van het eigendomsrecht met zich mee: het onderscheppen van licht of lucht, het ontnemen van uitzicht, het scheppen van brandgevaar, voorts oneerbaar gebruik, b.v. als bordeel, met als gevolg een waardedaling van het belendend perceel, in al zodanige gevallen kan van Einwirkung niet gesproken worden. En aangezien de rechtspraak een analogische toepassing der op de Einwirkung betrekking hebbende bepalingen van de hand wijst,⁷¹ staat de eigenaar tegen de bedoelde aantasting van zijn belangen – ook al is zij geenszins „unwesentlich” – vrijwel steeds machteloos. Met een beroep op rechtsmisbruik zal hij immers blijkens § 226 slechts succes hebben, als hij de bedoeling om te benadelen kan aantonen.

Daar staat dan tegenover, dat Einwirkungen met voor-

⁷⁰ Zie Staudinger III. Band, I. Teil (11. Aufl., 1956) blz. 422.

⁷¹ Staudinger t.a.p. blz. 426, Wolff-Raiser (Enneccerus e.a.), Sachenrecht (1957) blz. 189.

werpen, die geen Imponderabilien zijn — zoals vloeistoffen, insecten, steensplinters, kogels — steeds ongeoorloofd zijn.⁷² Daarop kan immers de uitzonderingsbepaling van § 906 geen toepassing vinden. Komt deze bepaling — voorzover het de binnengevoerde stoffen betreft — wél voor toepassing in aanmerking, dan rijst de vraag, of niet van een „unwesentliche Beeinträchtigung”, en voorts of niet van „Ortsüblichkeit” sprake is. Het eerste van deze beide begrippen bezit uiteraard de nodige plooibaarheid. Doch met de Ortsüblichkeit komt men niet steeds tot bevredigende resultaten. Houdt men vast aan de eis van als zodanig reeds *bestaande* gebruiken, dan zal veelal de eigenaar, die zich benadeeld acht, het ontstaan van nieuwe Ortsüblichkeit door tijdig in te grijpen in de kiem kunnen smoren.⁷³ Voor de maatschappelijke ontwikkeling is dit uiteraard niet steeds bevorderlijk. In de recente rechtspraak zijn dan ook neigingen te bespeuren, de teugels in dit opzicht niet te strak te houden: men houdt rekening met factoren als de vooruitgang van de techniek en de ontwikkeling der verkeers-opvattingen. Deze factoren dienen dan een „veränderliches Regulativ gegen ein Erstarren der Rechtslage” te vormen.⁷⁴

Ook de regel, dat de Ortsüblichkeit — wanneer zij eenmaal bestaat — steeds z.m. aan onrechtmatigheid in de weg staat, werkt niet onder alle omstandigheden bevredigend. En wel in het bijzonder om deze reden, dat het blijkens de tekst der wet voor het constateren van Ortsüblichkeit slechts aankomt op de wijze van exploitatie van het perceel, waarvan de Einwirkung uitging. Exploiteert de gestoorde eigenaar ook zijnerzijds op ortsübliche wijze, hij zal zich desondanks op grond van § 906 niet tegen de Einwirkung te weer kunnen stellen, zelfs niet als deze zo ernstig is, dat zij hem in zijn bestaan bedreigt. Vooral in het Ruhr-gebied heeft dit op grote schaal tot conflicten geleid: in verband met de concentratie van zware industrie moest dikwijls zeer ernstige hinder desondanks als ortsüblich worden aangemerkt. Landbouwbedrijven, die zich eveneens op Ortsüblichkeit konden beroepen, dreigden hiervan de dupe te worden. Voor zulke casusposities is de be-

⁷² Staudinger blz. 425.

⁷³ Wolff-Raiser i.a.p. blz. 190.

⁷⁴ Staudinger blz. 430.

paling van § 906 niet geschreven: de wetgever had zich slechts de „Kleinimmissionen” der destijds gebruikelijke ambachtsbedrijven voor ogen gesteld. Niet ten onrechte wordt dan ook in Staudinger's handboek naar aanleiding van dit probleem opgemerkt, dat wij hier te doen hebben met een geval, „in dem § 906 die Lösung versagt, ja das zu lösende Problem erst herbeiführt”.⁷⁵

Uiteraard wordt er in literatuur en rechtspraak naar gestreefd, zodanige onbevredigende resultaten van het in § 906 vervatte voorschrift zoveel mogelijk te voorkomen. Zo acht men de regel, dat Ortsüblichkeit aan onrechtmatigheid in de weg staat, niet van toepassing, als de Einwirkung redelijkerwijze vermeden of beperkt had kunnen worden. De vraag, in hoeverre men van de aansprakelijk gestelde partij het treffen van, eventueel zeer kostbare, afweermaatregelen had mogen vergen, wordt dan tegen het gewicht van de stoornis afgewogen.⁷⁶ Valt deze afweging uit ten gunste der partij, van welke de Einwirkung uitging, dan wordt bepleit, desondanks aan de in haar bestaan bedreigde wederpartij een recht op schadevergoeding toe te kennen. Deze gedachte heeft ook in de rechtspraak aanvaarding gevonden. De rechtspraak tracht echter deze schadelijktigheid, ondanks de tekst van § 906, te construeren als voortspuitende uit een onrechtmatige Einwirkung. In de doctrine wordt daarentegen betoogd, dat wij hier te doen hebben met een „Ausgleich” voor het bijzondere offer, dat de getroffene zich ten gevolge van een rechtmatige Einwirkung op zijn eigendom moest getroosten. Men meent een zodanige aansprakelijkheid uit rechtmatig gedrag te kunnen rechtvaardigen met een beroep op analogische toepassing van § 904 (schadelijktigheid bij noodtoestand).⁷⁷

Uit het voorgaande blijkt wel, dat men in Duitsland voor een al te stringente toepassing der wettelijke regeling niet geporteerd is. „Von jeher ist... versucht worden, über den Wortlaut der einzelnen Bestimmungen hinaus die ihnen zugrundeliegende Interessenwertung für die Auslegung heranzuziehen und auf diese Weise zu zweck-

⁷⁵ T.a.p. blz. 444.

⁷⁶ Wolff-Raiser blz. 190/191.

⁷⁷ Wolff-Raiser blz. 191. Vgl. over dit onderwerp ook Staudinger blz. 443/444.

mässigen Ergebnissen zu kommen".⁷⁸ Doch voor de leemten, die er ook dan nog waren, moest een oplossing gevonden worden. Men heeft gemeend deze te vinden in het begrip „nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis", een uit de doctrine afkomstige gedachte, die naderhand door de rechtspraak is overgenomen.⁷⁹ Dit instituut zou dan dienst moeten doen, om — zoals het door het R.G. in 1937 werd uitgedrukt ⁸⁰ — „im Einzelfall den gerechten Ausgleich der wiederstreitende Belange, das für dieses Lebensverhältnis richtiges Recht zu finden". Vooral gedurende de nationaal-socialistische periode genoot deze figuur een bijzondere populariteit: zij dreigde de wettelijke regeling ter zijde te stellen, en de gehele materie te gaan beheersen, daarbij gesteund door de leer van het „gesunde Volksempfinden", op welke factor van rechtsvorming zich beide partijen in het burengeschil steeds met overtuiging beriepen.⁸¹ Doch naderhand heeft men getracht, het instituut zo goed mogelijk in te passen in het kader der wettelijke bepalingen. Men beschouwt thans deze gedachte als een toepassing op de nabuurschapsverhoudingen van de regels van „Treu und Glauben", welke, in § 242 slechts geformuleerd voor het verbintenissenrecht, ook op het zakenrecht van toepassing worden geacht.⁸² Uit deze regels spruiten dan voor de naburen allerlei specifieke rechten en verplichtingen voort, die niet met zoveel woorden in de wet zijn vastgelegd. Dat men er zelfs niet voor terugschrikt, met behulp van dit beginsel in wezen een wettelijke bepaling voor een bepaalde casuspositie ter zijde te stellen, blijkt uit hetgeen zojuist werd medegedeeld omtrent de interpretatie van het begrip „Ortsüblichkeit".

⁷⁸ Staudinger blz. 416.

⁷⁹ Zie daarover Staudinger blz. 416 e.v.

⁸⁰ Arrest van 10 Maart 1937, geciteerd bij Staudinger t.a.p.

⁸¹ Staudinger noot op blz. 417.

⁸² Ook door Wolff-Raiser wordt betoogd, dat de nabuurschapsverhoudingen door dit beginsel worden beheerst. De constructie van het nachbarschaftliches Gemeinschaftsverhältnis, die een „ideologisch übersteigerten Annahme" wordt genoemd, wordt echter ter bereiking van dat resultaat niet noodzakelijk geacht (blz. 188 noot 1).

D. *Zwitserland.*

Ook in Zwitserland heeft men getracht, het probleem der eigendoms-afbakening, tot op zekere hoogte althans,⁸³ op te lossen met behulp van een wettelijke regeling,⁸⁴ en ook hier wordt de basis dezer regeling gevormd door het begrip „Einwirkung”. In nadere uitwerking vertoont echter het Zwitserse stelsel belangrijke verschillen met het Duitse. Een omschrijving, in de meest algemene zin, van de eigenaarsbevoegdheden vinden wij in art. 641 van het Zivilgesetzbuch. De bevoegdheid van de eigenaar, zich tegen belangen aantasting te weer te stellen, wordt hier — anders dan in Duitsland — beperkt tot gevallen van „*ungerechtfertigte* Einwirkung”. Het is duidelijk, dat men daarmee aan de afweer-regel iedere positieve betekenis heeft ontnomen: de vraag, *wanneer* een Einwirkung ongerechtvaardigd is te achten, blijft immers open (behoudens het bepaalde in het hierna te bespreken art. 684). Aan de bedoelde zinsnede van art. 641 is dus slechts te ontleen, dat tegen een belangen-aantasting, die niet onder het begrip „Einwirkung” valt, het eigendomsrecht geen bescherming biedt.⁸⁵

In art. 679 volgt dan een bepaling, die, met betrekking tot onroerend goed, een bijzondere sanctie stelt op eigendoms-overschrijding. Uit het gebruik van deze laatste term volgt reeds, dat de genoemde bepaling — anders dan men verwachten zou — niet het oog heeft op de defensieve functie van het eigendomsrecht, doch op de agressieve: zij gaat uit van de veronderstelling, dat de eigenaar van het goed, waarvan de schadelijke werking uitging, de grenzen van zijn recht is te buiten gegaan. Doet dit geval

⁸³ In vele gevallen is de nadere uitwerking aan het kantonale recht overgelaten, terwijl ook herhaaldelijk naar het plaatselijk gebruik wordt verwezen. Vgl. Tuor, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (5e Aufl., 1948) blz. 505/506 en 508.

⁸⁴ Zie voor de tekst der in aanmerking komende artikelen de Bijlage.

⁸⁵ Het begrip wordt echter door de rechtspraak zeer ruim opgevat: ook „ideelle oder moralische Einwirkungen” vallen er onder. Zie Tuor t.a.p. blz. 509/510. Vgl. ook Kolb, *Pracadvies over „Die Haftung des Grundeigentümers nach art. 679 Z.G.B.”*, gepubliceerd in *Zeitschr. f. Schw. Recht* 1952 (Band 71) blz. 99a e.v., die op blz. 143a enige voorbeelden geeft van „negativen Inmissionen”.

zich voor, dan hangt hem een veroordeling tot „Beseitigung” of Schutzmassnahmen boven het hoofd (het laatste zelfs bij *dreigende* schade), en bovendien tot schadevergoeding, ook al heeft hij geen schuld. Maar ten aanzien van de vraag, *wanneer* zich zulk een geval van eigendoms-overschrijding voordoet, m.a.w. *waar* de grens van het eigendomsrecht (ditmaal dus van de agressieve functie van het recht) loopt, behelst ook dit artikel in het minst geen gegevens. Ook op de vraag, aan wie deze actie wegens eigendoms-overschrijding toekomt, geeft het artikel geen antwoord. Verscheidene schrijvers beantwoorden haar aldus, dat iedere willekeurige derde op grond van dit artikel kan ageren, zodra hij maar kan aantonen, dat de eigendoms-overschrijding hem schade heeft berokkend.⁸⁶ Anders de rechtspraak:⁸⁷ zij huldigt het standpunt, dat het, om als eiser te kunnen optreden, noodzakelijk is, dat men tot het goed, ten aanzien waarvan de schade zich voordeed, in een bepaalde rechtsverhouding stond. Uit de strekking der bepaling meent men n.l. te kunnen afleiden, dat zij slechts bedoeld is te gelden voor nabuurschapsverhoudingen.

Art. 684 is, ook blijkens zijn eigen bewoordingen, een zuivere bepaling van burennrecht. Het verklaart, wederom aanknopenend aan de agressieve functie van het recht, iedere „übermäßige Einwirkung” ongeoorloofd. En in het tweede lid van dit artikel worden dan bepaalde schadelijke Einwirkungen – t.w. Rauch oeder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung – in het bijzonder verboden, althans voorzover ze niet „nach Lage und Beschaffenheit” der percelen of naar plaatselijk gebruik gerechtvaardigd zijn. Stellig is deze bepaling voorzichtig geformuleerd: zij laat de rechter meer armslag dan § 906 van het Duitse B.G.B. In de eerste plaats is van de factor plaatselijk gebruik op gelukkiger wijze gebruik gemaakt dan in de over-

⁸⁶ Dit standpunt wordt bestreden door L'Huillier, Praeadvies over „La responsabilité du propriétaire foncier selon l'article 679 du C.C.S.”, gepubliceerd ter zelfde plaats als het in de voorgaande noot genoemde praeadvies, blz. 1a e.v., i.h.b. blz. 32a, waar men in noot 88 de in de tekst bedoelde schrijvers genoemd vindt. Blijkens dit praeadvies (blz. 76a e.v.) bestaat ook onzekerheid over de vraag, of de aansprakelijkheid uit art. 679 ook op *anderen* dan de eigenaar kan rusten, b.v. op een huurder.

⁸⁷ Genoemd en uitvoerig besproken door L'Huillier t.a.p. Vgl. ook Tuor t.a.p. blz. 506.

eenkomstige Duitse bepaling, en wel omdat hier dit begrip betrekking heeft op de *Einwirkung* zelve, niet enkel op de wijze van exploitatie van het goed, waarvan de *Einwirkung* uitging. Bovendien heeft in de Zwitserse tekst het plaatselijk gebruik veel minder een beslissend karakter; naast dit gebruik worden immers „*Lage und Beschaffenheit*” der percelen genoemd. Het is dan ook geenszins zo, dat een niet *ortsübliche* *Einwirkung*, als bedoeld in het tweede lid, onder alle omstandigheden onrechtmatig is te achten.⁸⁸ Doch evenmin vloeit uit art. 684 voort, dat wel *ortsübliche* *Einwirkungen* per se als geoorloofd zijn aan te merken: het tweede lid behelst immers slechts een verbod van bepaalde *Einwirkungen*, en zegt geenszins, dat alle niet daaronder vallende *Einwirkungen* zijn toegelaten. Voor laatstbedoelde *Einwirkungen* is dus slechts de in het eerste lid van het artikel als criterium vermelde „*Übermässigkeit*” uiteindelijk beslissend. De rechtspraak maakt van de vrijheid, haar aldus door de wetgever gelaten, gebruik door de wederzijdse belangen tegen elkaar af te wegen, en aldus te trachten, van geval tot geval het „*richtiges Recht*” te vinden.⁸⁹

Voor het probleem van de botsingen tussen eigenaarsbelang en algemeen belang, behartigd door de overheid in de uitvoering van haar algemene bestuursstaak, pleegt men in Zwitserland – evenals in Duitsland – zo mogelijk de oplossing te vinden via het onteigeningsrecht. Voorzover echter de onteigeningswetgeving daartoe niet de mogelijkheid opent, rijst de vraag, of men de artikelen 679 en 684 van het Z.G.B. op het overheids-optreden van toepassing kan achten. Aanvankelijk stond de rechtspraak nogal afwijzend tegenover deze gedachte, doch naar het schijnt is zich ten deze een wijziging in de opvattingen aan het voltrekken. In de doctrine wordt verdedigd, dat de overheid, ook wanneer zij optreedt uit hoofde van haar „*Hoheitsrecht*”, in beginsel evenzeer aan het regime van

⁸⁸ Vgl. Kolb t.a.p. blz. 143a.

⁸⁹ Zie Tuor blz. 509: „*Aufgabe des Gesetzes und des richterlichen Ermessens ist es, in verständiger Abwägung der kollidierenden Interessen der Beteiligten, die Grenze zwischen zu ertragender und nicht zu ertragender *Einwirkung* zu finden*”. Vgl. ook Kolb t.a.p. blz. 143a en 145a: „*Das Bundesgericht wägt die gegenseitigen Interessen ab und würdigt den Einzelfall*”.

de genoemde artikelen is onderworpen als ieder ander.⁹⁰ Doch bij de afweging kan rekening worden gehouden met de omstandigheid, dat het goed, waarvan de schade afkomstig was, voor de openbare dienst werd gebezigd: het in art. 684 genoemde begrip „Beschaffenheit” opent daartoe de mogelijkheid. Verschil van mening bestaat omtrent de vraag, of een eventuele veroordeling van de overheid, behalve tot schadevergoeding, tevens tot Beseitigung van de Einwirkung kan strekken. Voorts dient men zich te realiseren, dat een zodanige beoordeling van het overheids-optreden uiteraard slechts in aanmerking komt, als dit optreden tevens het karakter heeft van eigendoms-uitoefening: zodra deze factor ontbreekt, valt het geschil buiten de werkingssfeer der genoemde bepalingen.

E. Italië.

De bepalingen, die het Italiaanse burgerlijk wetboek behelst met betrekking tot de omvang van de eigendom,⁹¹ geven een nog soepeler regeling te zien dan de Zwitserse. De algemene eigendoms-omschrijving van art. 832 behelst slechts een verwijzing naar de door de rechts-orde gestelde grenzen. Het defensieve element van het eigendomsrecht komt in deze definitie in zoverre tot uiting, dat zij de eigenaar het recht toekent van zijn zaak te genieten „in modo pieno ed esclusivo”. Art. 833 behelst dan met betrekking tot de agressieve functie van het recht een algemeen geldende grens, berustende op het criterium, dat bij ons met betrekking tot rechtsmisbruik toepassing pleegt te vinden: handelingen, die geen ander doel hebben dan anderen te schaden of overlast te berokkenen, zijn de eigenaar verboden. Eerst in art. 844, dat op het burennrecht betrekking heeft, wordt het onderwerp „inimissioni” aan de orde gesteld. Het bepaalt, dat de aldaar enunciatief opgesomde „Imponderabilien” moeten worden geduld, wanneer zij, mede in aanmerking genomen de plaatselijke omstandigheden, de „normale tollerabilità” niet te boven gaan. Bij de toepassing van deze norm moet de rechter – aldus het

⁹⁰ Zie hierover de uitvoerige beschouwingen van L'Huillier, t.a.p. blz. 83a e.v. en de aldaar geciteerde schrijvers en rechtspraak. Vgl. ook Kolb t.a.p. blz. 196a e.v.

⁹¹ Zie voor de tekst der in aanmerking komende artikelen de Bijlage.

tweede lid – zowel acht slaan op de eisen van de productie als op de strekking van de eigendom, en hij *kan* ook rekening houden met bestaande gebruiken.

Het is duidelijk, dat deze regeling, met name ook de wijze, waarop van het begrip immissione is gebruik gemaakt, de rechter alle mogelijke speelruimte laat. Immers, nu slechts bepaalde immissioni onder bepaalde omstandigheden geoorloofd verklaard worden, houdt de rechter volledige vrijheid van oordeel ten aanzien van de vraag, in hoeverre *daarbuiten* een aantasting van een eigenaarsbelang onrechtmatig geacht kan worden. En wat de gevallen betreft, die wél onder de werkingssfeer van het artikel vallen: ook te dien aanzien heeft de rechter voldoende gelegenheid om telkenmale aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval tot een billijke oplossing te geraken.⁹² Het antwoord op de vraag, of de „normale tollerabilità” is overschreden, wordt dan ook ter vrije beoordeling aan de feitelijke rechter overgelaten.⁹³ Wél heeft het cassatie-hof uitdrukkelijk beslist, dat hierbij ook een rol dient te spelen, in hoeverre het de aansprakelijk gestelde partij mogelijk geweest was, door gebruik te maken van technische vindingen de immissio te voorkomen of althans haar uitwerking te verzachten.⁹⁴

Reeds voordat deze wettelijke regeling, als onderdeel van de nieuwe privaatrechtelijke wetgeving, tot stand kwam, vormden de beginselen, waarop de eigendomsafbakening behoort te berusten, een probleem, waarmede de doctrine zich intensief bezig hield.⁹⁵ Het is vooral Bonfante geweest, die hierbij de betekenis van de factor algemeen belang naar voren gebracht heeft. Ongetwijfeld hebben zijn beschouwingen hun invloed op de zojuist weergegeven wettelijke regeling niet gemist: het uitdrukkelijk noemen, in art. 844 lid 2, van de eisen van de productie, is daarvan het beste bewijs. In de recente literatuur komt overigens, min of meer in aansluiting daarop, ook hier de gedachte soms naar voren, dat onder bepaalde om-

⁹² Vgl. Rotondi, *Istituzioni di Diritto Privato* (6e ed., 1951) blz. 261: „Questo criterio (t.w. dat van art. 844) è eminentemente relativo, e in questa sta il suo pregio...”.

⁹³ Cass. 21 Mei 1945, *Jur. It.* 1946 I, 1, 330.

⁹⁴ Cass. 9 Juli 1949, *Foro It.*, Rep. 1949, onder *Proprietà* No. 30.

⁹⁵ Vgl. Barbero, *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*, Vol. I (1946) blz. 543.

standigheden – met name wanneer de gedraging enerzijds het normale gebruik van het betrokken perceel niet overschrijdt, doch anderzijds ten aanzien van de buurman gevolgen heeft, die de „normale tollerabilità” te boven gaan – de gedraging enerzijds niet onrechtmatig is te achten, doch anderzijds wél de verplichting de buurman schade-loos te stellen met zich mede brengt.⁹⁶

VIII. TOEKOMSTIGE WETTELIJKE REGELING

Zoals in de aanvang van dit betoog werd opgemerkt, is een van de meest kenmerkende eigenschappen van het eigendomsrecht gelegen in zijn algemeenheid. In hetgeen nadien omtrent het geldende Nederlandse recht en omtrent buitenlands recht werd vermeld, ligt – naar het mij voorkomt – een tweede kenmerkende eigenschap opgesloten, t.w. de *relativiteit* van de omvang van het recht, de *variabiliteit* van de bescherming, die het aan de bij het eigendoms-object betrokken belangen biedt. Uiteraard hangen deze beide eigenschappen nauw met elkaar samen, en wel in die zin, dat de laatste rechtstreeks uit de eerste voortvloeit. De eigendom betekent een inbreuk op de algemene vrijheid in het maatschappelijk verkeer, de vrijheid van iedereen: de rechts-orde onttrekt met betrekking tot elk stoffelijk voorwerp een, naar verhouding kleine, sector van die vrijheid aan het algemene complex en reserveert die voor de enkeling. Het is deze sector van individuele vrijheid, zwevend rondom het eigendoms-object, die wij – voorzover niet in specifieke wettelijke bevoegdheden vastgelegd – tot dusverre hebben aangeduid als het algemene bevoegdheden-complex van de eigenaar. Doch de gedragingen, die als *eigenaarsgedragingen* binnen deze sector vallen, behoeven geenszins noodzakelijkerwijze door de factor eigendoms-uitoefening ten volle te zijn gekarakteriseerd; wellicht worden zij, op veel opvallender wijze, gekenmerkt door *andere*, rechtens relevante, eigenschappen. Ten aanzien van roerend goed is dit laatste – zoals

⁹⁶ Rotondi t.a.p. blz. 262/263. Anders Barbero, die t.a.p. met betrekking tot de theorie van Bonfante opmerkt: „Principio di tale profondità da non vederli il fondo, più degno di contemplazione che suscettibile d'applicazione, più massima che normal”

wij reeds zagen – zelfs een zeer normaal verschijnsel.⁹⁷ Vandaar dan ook, dat deze afzondering van een vrijheidssector ten behoeve van de eigenaar geenszins met zich mee brengt, dat de grenzen, van nature aan elke maatschappelijke vrijheid inhaerent, zouden zijn weggevallen: zowel de scherpe grens, vastgesteld door de specifiek beschermde belangen van anderen, als de fluctuerende grens, aan de hand van regels van maatschappelijk behoren getrokken door het ongeschreven recht, blijft in beginsel gehandhaafd.

De eerste grens heeft, zoals reeds werd opgemerkt, een zuiver negatief karakter. Met betrekking tot de vraag, waar de andere grens loopt, kan daarentegen de factor, dat het recht het eigenaarsbelang een zekere bescherming waardig keurt, zich doen gevoelen: de eigenaar behoort in de gelegenheid te zijn, een redelijk genot van zijn zaak te hebben. De vraag, wat redelijk is, is echter mede afhankelijk van het gewicht van het botsende belang en de wijze, waarop het behartigd werd, voorts eventueel van allerlei andere omstandigheden. Aan de hand van de verkeersopvatting dient men dan van geval tot geval tot de juiste oplossing te komen. De beslissing kan, zoals bleek, vooral moeilijk zijn, wanneer de bescherming van het botsende belang eveneens een algemeen karakter heeft, hetgeen met name het geval is bij botsingen van wederzijdse eigenaarsbelangen en bij botsingen met het algemeen belang, behartigd door het bestuurs-apparaat. Vooral in zodanige gevallen moet de rechter in volle vrijheid de redelijkheid der wederzijdse belangen en de wijze, waarop zij werden behartigd, kunnen waarderen, om aldus na zorgvuldige afweging tot het juiste resultaat te geraken.

Het komt mij voor, dat dit doel wordt bereikt door in beginsel ons bestaande systeem van eigendoms-afbakening – de negatieve verwijzing naar de bescherming der botsende belangen – te handhaven. Echter met een belangrijke aanvulling, te weten dat uitdrukkelijk mede wordt verwezen naar het ongeschreven recht. Aldus wordt dan wetelijk vastgelegd, dat bij het trekken van de grens tussen de bescherming van het eigenaarsbelang en die van het botsende belang de rechter – zoals hij thans reeds op grote schaal doet – ook met regels van maatschappelijk behoren

⁹⁷ Zie hiervoor blz. 61.

dient rekening te houden. Het stelt hem in staat, telkenmale zowel aan de factor van eigendoms-uitoefening als aan de factor van eigendoms-aantasting een zodanige waarde toe te kennen, als hem met het oog op de omstandigheden passend voorkomt.⁹⁸ Doch het geeft hem desgewenst ook voldoende gelegenheid, met andere aspecten der geïncrimineerde gedragingen, die geheel los staan van het eigendomsrecht, rekening te houden.

Het komt mij voor, dat deze, op dit terrein voor de rechter onmisbare, vrijheid op ongewenste wijze zou worden belemmerd door een invoering in onze wetgeving van de begrippen, die b.v. in het Duitse of Zwitserse recht gangbaar zijn, zoals *Einwirkung*, *Ortsüblichkeit* of *Imponderabiliën*. Wij zagen immers, dat in genoemde landen de rechter van een dergelijk begrippen-systeem geen steun heeft, hij blijft toch zoveel mogelijk door afweging der wederzijdse belangen naar de in concreto billijkste oplossing zoeken. Doch wél bestaat gevaar, dat een zodanig begrippen-systeem hem in bepaalde opzichten de mogelijkheid ontnaemt om tot de gewenste afweging over te gaan. Zo brengt het begrip „*Einwirkung*” noodzakelijkerwijze met zich mee, dat bepaalde categorieën van aantasting van eigenaars-belangen zonder meer buiten de eigendoms-bescherming geplaatst zijn. Bovendien sluit een eigendoms-afbakening met behulp van zodanige begrippen het gevaar in zich van een zekere verstarring; voltrekt zich in een bepaalde sector van het maatschappelijk leven een ingrijpende wijziging, dan blijkt het betrokken afbakenings-voorschrift niet meer op de zich in die sector voordoende casusposities te passen. Het Duitse recht geeft daarvan een duidelijk voorbeeld te zien door de wijze, waarop in § 906 B.G.B. wordt gebruik gemaakt van het begrip „*Ortsüblichkeit*”. Slechts door deze bepaling met betrekking tot zodanige casusposities in wezen buiten werking te stellen, is de Duitse rechtspraak er ten deze in geslaagd, aan onbevredigende resultaten te ontkomen. Door de eigendoms-afbakening, voorzover het niet betreft botsende belangen

⁹⁸ Een voorbeeld ener m.i. bevredigende afweging van wederzijdse eigenaarsbelangen vindt men in arrest Hof Amsterdam van 24 Oct. 1935, N.J. 1625, betrekking hebbende op de bouw van een school, waardoor de op het belendend perceel uitgeoefende kwekerij gedurende een deel van de dag werd verstoken van zonbestraling.

met een scherp omlijnde wettelijke bescherming, over te laten aan de ongeschreven regels van maatschappelijk behoren, bereikt men automatisch, dat het recht zich ten deze op bevredigende wijze aanpast bij de maatschappelijke ontwikkeling.

Met betrekking tot de formulering van een zodanige afbakening van het algemene bevoegdheidscomplex van de eigenaar door middel van een algemene verwijzing naar de rechtsbescherming van botsende belangen moge ik verwijzen naar het 2e lid van art. 5.1.1 van het Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek⁹⁹ (het eerste artikel van de titel, genaamd „Eigendom in het algemeen”). Hetgeen hier wordt voorgesteld, brengt mijns inziens, vergeleken bij het huidige art. 625 B.W., in de eerste plaats een verbetering, omdat thans – naast het geschreven recht en de rechten van anderen – ook uitdrukkelijk het ongeschreven recht wordt genoemd. Voorts is in deze tekst de afbakening zodanig geformuleerd, dat zij niet slechts – zoals die van het huidige art. 625 – op de agressieve functie, doch tevens op de defensieve betrekking heeft. In die zin geeft zij een meer *volledig* beeld van het algemene bevoegdheidscomplex van de eigenaar.

Wat nu de verdere uitwerking van de *defensieve* functie betreft, maakt – blijkens de Toelichting¹⁰⁰ – het systeem van het Ontwerp onderscheid tussen genots-stoornis en „rechtstreekse bemoeienis met de zaak”. Ten aanzien van de *genots-stoornis* worden wij verwezen naar het leerstuk van de onrechtmatige daad. Naar mijn mening terecht: de relativiteit van de eigendomsbescherming doet zich juist op dit punt bij uitstek gevoelen, en alle verschillende, al dan niet met de eigendom verband houdende, aspecten van de hierbij betrokken verhoudingen en gedragingen kunnen slechts tot hun recht komen in het algemene kader van de maatschappelijke betamelijkheid. Aan de *rechtstreekse bemoeienis* hebben de ontwerpers een afzonderlijke bepaling gewijd, t.w. art. 5.1.3, inhoudende, dat de

⁹⁹ Ontwerp „dricmanschap”, zie voor de in aanmerking komende artikelen van dit Ontwerp en van het Regcrings-ontwerp, alsmede voor de in aanmerking komende gedeelten uit de Toelichtingen op deze ontwerpen de bijlagen Nos. I, II en III.

¹⁰⁰ Blz. 385/386, Bijlage II D.

eigenaar niet behoeft te dulden, dat een ander zich van de zaak bedient. Blijkens de Toelichting¹⁰⁰ is deze bepaling bestemd om de *exclusiviteit* van het eigendomsrecht tot uitdrukking te brengen, en richt zij zich te dien einde tegen zodanige gedragingen als in het Duitse en Zwitserse recht worden gekenschetst met de term „Einwirkung”. Hierbij zij aangetekend, dat de betekenis, welke dit laatste begrip in de beide genoemde rechtssystemen heeft, een veel meer omvattende is dan het „zich van de zaak bedienen” van art. 5.1.3 Ontwerp. De *Einwirkung* omvat immers de toevoer van „Imponderabiliën”, die bij ons – ook in het stelsel van het Ontwerp (zie art. 5.1.2) – onder het begrip hinder valt. Bovendien lijkt het mij zeer twijfelachtig, of – zoals in de Toelichting¹⁰⁰ wordt betoogd – ook het beschadigen van de zaak als een zich van haar bedienen kan worden aangemerkt, om van het vernietigen nog maar te zwijgen. Wanneer iemand door onvoorzichtig autorijden de voorgevel van een huis beschadigt, of wanneer iemand de hond van zijn buurman dood schiet, kan men mijns inziens moeilijk van een „zich bedienen” spreken. De bedoeling der ontwerpers zou dan ook mijn inziens slechts tot haar recht komen, wanneer naast het zich van de zaak bedienen het beschadigen en het vernietigen zouden worden genoemd. Toch betwijfel ik of dat aanbeveling zou verdienen: men vervalt dan in de noodzaak, een formulering te vinden, die de *indirecte* zaakbeschadiging uitsluit – want te dien aanzien is de onrechtmatigheid weer veel meer van de omstandigheden afhankelijk –, en de grens tussen de rechtstreekse en de indirecte zal niet altijd even gemakkelijk te trekken zijn¹⁰¹. Voorts betwijfel ik, of aan zulk een toevoeging behoefte bestaat: de onrechtmatigheid van vernietiging en rechtstreekse beschadiging – als aantasting der gebruiks- en genotsbevoegdheden – blijkt mijns inziens reeds voldoende uit het 2e lid van art. 1.

Hoe dit ook zij, in elk geval is art. 5.1.3, zoals het thans luidt, een bepaling van weinig omvangrijke betekenis: zij beslaat van de defensieve functie van het recht slechts een kleine sector. Met betrekking tot roerend goed zal zij, naast art. 4, nauwelijks voor toepassing in aanmerking

¹⁰⁰ Blz. 385/386, Bijlage II D.

¹⁰¹ Vgl. de dienaangaande door Rutten voorgestelde formule, hiervoor op blz. 77/78 ter sprake gekomen.

komen. De eigenaar van onroerend goed kan zich op haar beroepen om tegen te gaan, dat zijn land door onbevoegden wordt betreden of als opslagplaats wordt gebruikt. De vraag rijst echter, of deze specifieke bevoegdheid niet beter bij de derde titel, die speciaal op de eigendom van onroerend goed betrekking heeft, zou kunnen worden ondergebracht.

Met betrekking tot de *agressieve* functie geeft art. 2 van de onderhavige titel een nadere bepaling. Ook deze bepaling geeft niet een afbakening over de gehele linie, doch betreft slechts een bepaalde sector, ditmaal de sector *hinder*. De grens, die het artikel te dien aanzien vaststelt, wordt gevormd door het criterium van het „volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer” betamelijke. Bij wijze van voorbeeld wordt een aantal gevallen van hinder genoemd, ten aanzien waarvan de mogelijkheid bestaat, dat de genoemde grens wordt overschreden. Hieronder bevinden zich, naast de figuur van de toevoer van „Imponderabiliën”, ook gevallen – het onthouden van licht of lucht, het ontnemen van steun –, die in het stelsel van de huidige rechtspraak als „rechtsuitoefening-gevallen” zijn aan te merken¹⁰² en als zodanig onderworpen aan het speciale misbruikcriterium.

Tegen deze bepaling richten zich mijnerzijds verscheidene bezwaren. In de eerste plaats een opmerking, die, op het eerste gezicht althans, weinig meer dan een Schönheitsfehler betreft, te weten dat de formulering van het artikel een zekere innerlijke tegenspraak te zien geeft. Het artikel spreekt n.l. van hinder, door de eigenaar toegebracht „bij de uitoefening van zijn recht”, en wekt aldus de indruk, alsof de hier bedoelde gevallen als een speciale categorie van rechtsmisbruik-gevallen zouden zijn aan te merken. Immers, uit de geciteerde woorden schijnt voort te vloeien, dat de bedoelde gedragingen van de eigenaar – hoezeer onbetamelijk en mitsdien onrechtmatig – desondanks binnen de formele grenzen van zijn recht zouden vallen. Natuurlijk is dat niet de bedoeling; het blijkt uit de aanhef van het artikel en voorts uit zijn plaatsing in de eigendomstitel: de eigenaar, die zich aldus gedraagt, maakt geen misbruik van zijn recht, doch gaat zijn recht te buiten. De vraag rijst echter, of deze terminologische oneffenheid

¹⁰² Vgl. het hiervóór blz. 85 e.v. betoogde.

niet een diepere oorzaak heeft, of zij geen verband houdt met de gedachte, die aan deze bepaling ten grondslag ligt, te weten het vastknopen van de hinder aan de *agressieve* functie van het eigendomsrecht. In ons huidige art. 625 is dat eveneens het geval, doch daar is onder hinder iedere rechts-aantasting te verstaan. Bij dit begrip, gebruikt in de beperkte betekenis van genots-stoornis, is echter veel meer de defensieve dan de agressieve functie van het recht betrokken. Men denke in dit verband aan het Engelse recht: voor de aansprakelijkheid uit hoofde van nuisance komt het geenszins aan op de hoedanigheid van eigenaar. Dat men aan anderen niet-onbetamelijke hinder mag toebrengen, is niet een speciaal aan het eigendomsrecht inherente bijzonderheid,^{102a} wèl dat men zich tegen genots-stoornis door wèl-onbetamelijke hinder mag verzetten. Het is het aspect der rechts-aantasting, waaraan de hinder zijn betekenis ontleent voor het eigendomsrecht, niet het aspect der rechts-uitoefening. Door desondanks dit laatste aspect tot uitgangspunt te kiezen, legt men het accent verkeerd. En men geeft slechts een partiële regeling, omdat aldus alle aan een eigenaar toegebrachte hinder door anderen dan eigenaren buiten haar werkingsfeer valt.

Natuurlijk heeft dit alles slechts theoretische betekenis: voorzover een eigendoms-aantasting door onbetamelijke hinder niet door art. 5.1.2 lid 1 wordt getroffen, geldt zij z.m. als onrechtmatige daad, het resultaat blijft het zelfde. Dit doet dan echter de vraag rijzen, of niet deze bepaling even goed achterwege kan blijven. In de Toelichting¹⁰³ wordt betoogd, dat zij dient om een eind te maken aan de opvatting, dat, zolang niet van rechtsmisbruik sprake is, de factor rechts-uitoefening aan de onrechtmatigheid in de weg zou staan. Doch *tevens* blijkt uit de Toelichting,¹⁰⁴ dat er in de gedachtengang der ontwerpers toch nog wel (niet in het onderhavige artikel genoemde) vormen van hinder zijn – zoals met name het belemmeren van uitzicht –, waarbij de factor rechts-uitoefening wel degelijk een zodanige invloed uitoefent. Het in de huidige rechtspraak van de H.R. tot uiting komende onderscheid tussen

^{102a} Vgl. H. C. M. M. Tromp, N.J.B. 1956, blz. 170.

¹⁰³ Blz. 382, Bijlage II B.

¹⁰⁴ Blz. 381/382, Bijlage A.

rechts-uitoefening- en rechts-aantasting-gevallen, in dit praeadvies uitvoerig bestreden,¹⁰⁵ is dus door de onderhavige bepaling blijkbaar niet over de gehele linie ter zijde gesteld. Slechts is de grens wat verschoven, en wel in dier voege, dat de beide aan het slot van art. 2 lid 1 genoemde gevallen thans onder de categorie der gevallen van rechts-aantasting zijn ondergebracht.

Van meer belang is het volgende. Wanneer het Ontwerp tot wet zal zijn geworden, zal het onderhavige probleem – de verhouding tussen hinder en rechtsmisbruik – zich in een geheel andere gedaante voordoen dan thans. Immers, blijkens art. 8 van de Inleidende Titel kent het Ontwerp een veel ruimer misbruikcriterium dan het thans door de H.R. gehuldigde. Het gevolg zal zijn, dat ook met betrekking tot de misbruik-vraag de rechter gelegenheid heeft tot een zekere belangen-afweging. Welnu, of nu de belangen-afweging in *dit* verband plaats vindt, dan wel ter beantwoording van de betamelijkheidsvraag-bij-hinder, zal ten aanzien van het resultaat wel geen verschil maken. Te verwachten valt dus, dat het alsdan, wat het rechtsgevolg betreft, onverschillig zal zijn, welke constructie men kiest. Het belang van de keuze tussen de beide figuren blijft dan beperkt tot de vraag van de theoretische basis, waarop het rechts-oordeel berust. Doch ligt het onder deze omstandigheden niet op de weg van de wetgever, de keuze aan rechtspraak en doctrine over te laten? Voor een ontwikkeling, als in dit praeadvies bepleit – t.w. de vraag van het *rechts-exces* over de gehele linie beslissend te achten, ook daar waar thans nog de *rechtsmisbruik*-constructie wordt toegepast –, bestaat in het systeem van het Ontwerp, dank zij het noemen van het ongeschreven recht in art. 1 lid 2, in elk geval voldoende ruimte. Toepassing van de rechtsmisbruik-bepaling zal dan nog slechts in aanmerking komen met betrekking tot specifieke, uitdrukkelijk in een wetsvoorschrift vastgelegde, bevoegdheden van de eigenaar.

Het voorgaande leidt tot het resultaat, dat de bepaling van art. 2 lid 1, naast het noemen van het ongeschreven recht in art. 1 lid 2, geen enkele positieve betekenis heeft, en zelfs, met het oog op een vrije ontwikkeling van rechtspraak en doctrine, wellicht beter kan worden gemist. Inmiddels, de bepaling is kennelijk mede bedoeld als in-

¹⁰⁵ Hiervòòr blz. 93 e.v.

leiding voor het voorschrift van lid 2. Dit behelst nl. een uitzondering voor het geval, dat de hinder *in het algemeen belang* behoort te worden geduld. Zodanige hinder is, hoewel naar de maatstaf van het eerste lid onrechtmatig, desondanks geoorloofd, doch brengt wel een vergoedingsplicht met zich mee, onder bepaalde omstandigheden zelfs, indien niet bij voorbaat schadevergoeding wordt betaald of zekerheid wordt gesteld, de mogelijkheid van een rechterlijk verbod. In de Toelichting¹⁰⁶ wordt gezegd, dat deze regeling bedoeld is als oplossing van het probleem, waarop de arresten betreffende duinwaterleiding en Voorste Stroom betrekking hebben, en wel een eenvoudiger oplossing dan de door de H.R. aanvaarde.

De vraag rijst, of deze oplossing niet afstuit op het *algemene* karakter, het karakter van *al-omvattendheid*, van het betamelijkheidscriterium. De hinder moet – aldus de Toelichting¹⁰⁶ –, wil van toepasselijkheid van het tweede lid sprake kunnen zijn, de grens van het geoorloofde, in het eerste lid aangegeven, overschrijden. Doch bij de beantwoording van de vraag, of dat zo is, „zal men uiteraard de regeling van het tweede lid moeten wegdenken”. Dat is op zich zelf niet ondoenlijk, doch veel moeilijker is het, een andere factor (voor zover aanwezig) weg te denken, en wel de feitelijke omstandigheid, *dat bij de hinder-verwekkende activiteit het algemeen belang was betrokken*. Het is duidelijk, dat deze factor de mate van toelaatbare hinder zal kunnen beïnvloeden. Gaat nu, mede met het oog op deze factor, de hinder de grens van het betamelijke niet te buiten, dan valt de hinder buiten het eerste lid, en kan dus dientengevolge ook het tweede lid niet voor toepassing in aanmerking komen. Blijkt echter de hinder, ondanks de genoemde factor, wel onbetamelijk, dan is niet in te zien, hoe deze factor desondanks tot gevolg zou kunnen hebben, dat zij *behoort* te worden geduld. Wat wij, in de gedachtengang der ontwerpers, bij het vormen van het onrechtmatigheids-oordeel aan de hand van het eerste lid moeten wegdenken, is dus niet zozeer de bepaling van het 2e lid, als wel de *factor algemeen belang*. Wij zullen dus eerst moeten nagaan, of de aan de hinderende eigenaar verweten activiteit, als het algemeen belang daarbij niet betrokken geweest ware, onbetamelijk zou zijn geweest, om

¹⁰⁶ Blz. 384, Bijlage II C.

dan, bij bevestigend antwoord, vervolgens over te gaan naar de vraag, of niet, nu het algemeen belang er wel bij betrokken is, de hinder behoort te worden geduld. Zo ja, dan blijkt achteraf het aanvankelijk als onbetamelijk gequalificeerde gedrag toch rechtmatig, al spruit er een schadeplicht uit voort. Of dit abstraheren van het algemeen belang bij het vormen van een betamelijkheidsoordeel tot de practische mogelijkheden behoort, schijnt mij twijfelachtig. En in elk geval lijkt mij het in de Toelichting uitgesproken oordeel, dat deze oplossing *eenvoudiger* zou zijn dan die van de H.R. – op zijn zachtst uitgedrukt – euphemistisch.¹⁰⁷

Het voorgaande is niet het enige bezwaar, dat mijns inziens tegen het gebruik van het begrip algemeen belang in art. 5.1.2 lid 2 kan worden aangevoerd. Het begrip fungeert hier, geheel zelfstandig, als rechtvaardigingsgrond. Te betwijfelen valt of het zich, in het privaatrechtelijk rechtsverkeer, daartoe leent. Het begrip mist immers iedere scherpste: ten aanzien van vrijwel iedere menselijke activiteit in het maatschappelijk leven kan worden betoogd, dat zij gericht is op een, vanuit een sociaal of economisch oogpunt, heilzaam doel, met andere woorden dat zij het algemeen belang bevordert. Het begrip is dus geheel en al gespeend van onderscheidend vermogen. Tegen het fungeren als een van de vele factoren, waarop een betamelijkheidsoordeel berust, vormt deze vaagheid geen beletsel. Wel tegen het optreden als factor, die zelfstandig het onrechtmatig karakter van een gedraging ter zijde stelt, en aldus meewerkt aan het scheppen van een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad.

Veel meer houvast biedt uiteraard het begrip, wanneer men het beperkt tot het optreden der gemeenschapsorganen in de uitoefening van haar overheidstaak. Neemt men echter het begrip in deze beperkte betekenis – hetgeen overigens kennelijk niet de bedoeling is der ont-

¹⁰⁷ In het regerings-ontwerp (Kamerstukken 4572, 1–2) wordt het twijfelachtige van deze eenvoud nog onderstreept door de toevoeging, dat de bepalingen betreffende onrechtmatige daad van overeenkomstige toepassing zijn. Uit de Toelichting (4572–3) op laatstbedoeld ontwerp blijkt, dat men daarbij o.m. heeft gedacht aan de schuldvraag! (zie Bijlage III).

werpers¹⁰⁸ -, dan verdwijnt - zoals reeds hiervoor werd betoogd¹⁰⁹ - ieder principieel onderscheid tussen deze factor van rechtsbescherming en de regels van ongeschreven publiekrecht. Dat deze laatste zonder meer de in het privaatrecht wortelende bevoegdheden, en dus ook de defensieve bevoegdheden van de eigenaar, terzijde kunnen stellen, is met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht in art. 9 van de Inleidende Titel. Doch dan blijkt toch, althans voorzover de hinder als aantasting van een *eigenaars*belang is aan te merken, een ernstige disharmonie te bestaan tussen laatstgenoemde bepaling en het onderhavige voorschrift van art. 5.1.2 lid 2. Toepassing van art. 9 immers leidt tot het resultaat, dat het belang van de gehinderde eigenaar in geen enkel opzicht is beschermd, art. 5.1.2 lid 2 daarentegen brengt met zich mee, dat de gehinderde althans aanspraak kan maken op schadevergoeding. En het antwoord op de vraag, welke van beide bepalingen voor toepassing in aanmerking komt, zal er dan van afhangen, of . . . het hinderberokkenende overheidslichaam *tevens* optreedt in de uitoefening van een hem toekomend eigendomsrecht. Het resultaat kan slechts als paradoxaal gekenschetst worden: trad de hinderende overheid *tevens* op als eigenaar, dan wordt zij schadeplichtig, trad zij, precies de zelfde hinder toebrengende, *slechts* op als overheid, dan gaat zij geheel en al vrijuit.

Naar het mij voorkomt, hebben wij deze ongerijmdheid te danken aan het, hiervoor reeds gereleveerde, onjuiste uitgangspunt van art. 5.1.2 als geheel, te weten het vastkoppelen van de hinder aan de agressieve functie van het eigendomsrecht. Bij dit uitgangspunt was de poging, een oplossing te vinden voor de problematiek, die tot uiting komt in de laatste twee Voorste Stroom-arresten en in het duinwater-arrest, reeds bij voorbaat tot mislukking gedoemd. Want deze problematiek betreft niet de figuur van de hinderende *eigenaar*, maar van de hinderende *overheid*. Dat deze hoedanigheid veelal *samenvalt* met die van eigenaar, is slechts een toevallige bijkomstigheid. Heel duidelijk blijkt dat uit de Voorste Stroom-arresten; sedert de procedure, die met het éérste door de H.R. gewezen

¹⁰⁸ Evenmin ligt deze bedoeling aan het regerings-ontwerp ten grondslag: zie de toelichting daarop, blz. 2 (Bijlage III).

¹⁰⁹ Zie hiervóór bl. 105/106.

Voorste Stroom-arrest eindigde, tientallen jaren geleden dus, heeft de gemeente Tilburg zich er, voor de H.R. althans, niet meer op beroepen, dat zij bij het spuien van haar rioolwater een eigendomsrecht uitoefende.¹¹⁰ Het was slechts het door haar optreden behartigde algemeen belang, hetwelk tegen de gelaedeerde belangen der oever-eigenaren werd afgewogen.

Het onjuiste uitgangspunt heeft geleid tot een bepaling, die in een regeling betreffende de omvang van het eigendomsrecht mijns inziens niet thuis hoort. Men beoogde met deze bepaling een aansprakelijkheid te scheppen uit rechtmatige daad. Aldus zocht men de oplossing der in de drie genoemde arresten naar voren komende problematiek in een andere richting dan uiteindelijk, op het voetspoor van Bregstein, door de H.R. ingeslagen. De vraag rijst, of niet een bij deze uitspraak aansluitende oplossing – een vasthouden dus van het onbetamelijkheids criterium, ook wat de schadevergoedingsplicht betreft – de voorkeur verdient. Een regeling, die de rechter ten aanzien van het al dan niet geven van een verbod voor de toekomst de vrije hand zou laten, schijnt verwezenlijkbaar.¹¹¹ De vraag, of wellicht op andere punten behoefte bestaat aan het creëren van een schadevergoedingsplicht uit rechtmatige daad – b.v. op grond van een handelen in noodtoestand of van ongerechtvaardigde vermogensvermeerdering¹¹² – valt uiteraard buiten het kader dezer beschouwingen. Hetzelfde geldt voor de vraag in hoeverre er wellicht termen aanwezig zijn voor een risico-aansprakelijkheid terzake van bepaalde vormen van overheids-optreden.¹¹³ Denkbaar is ook, dat men aan het ontplooiën van bepaalde economische activiteiten een vergoedingsplicht wil verbinden, die los staat van de onrechtmatige daad. Doch daaraan dient dan mijns inziens een specifieke wettelijke regeling te worden gewijd, zoals thans reeds tot op zekere

¹¹⁰ Vgl. Meijers, *Ars Aequi Nov.* 1952, blz. 21 e.v.

¹¹¹ Vgl. Beekhuis, W.P.N.R. 4398 e.v., die er op wijst, dat dit zelfs naar het huidige recht reeds het geval is.

¹¹² Vgl. Meijers, „De algemene begrippen van het burgerlijk recht” (1948) blz. 308.

¹¹³ Vgl. Kranenburg, *Studiën over recht en staat* (1946) blz. 218 e.v., alsmede de praecadviezen N.J.V. 1955 van de hand van Vegting en De Brauw.

hoogte vervat in de mijnwetgeving.¹¹⁴ Een algemene bepaling betreffende de grenzen van het eigendomsrecht is echter niet de geschikte plaats voor het creëren van zodanige specifieke wettelijke aansprakelijkheden: want de rechtsgrond voor zulk een aansprakelijkheid is dan niet de uitoefening van een eigendomsrecht, doch de economische activiteit zelve.

Met betrekking tot de in het Ontwerp voorgestelde regeling van de omvang van het eigendomsrecht in verband met hinder, overlast of schade is mijn conclusie, dat deze regeling, wanneer de artikelen 2 en 3 uit de betrokken titel zouden worden verwijderd, een bevredigende basis biedt voor een juiste eigendoms-afbakening.

¹¹⁴ De in de toelichting op het regerings-ontwerp (Bijlage III) uitgesproken gedachte, dat hinder, toegebracht door activiteiten, waarvoor krachtens een publiekrechtelijke regeling vergunning was verleend, geen aanleiding moet kunnen geven tot een rechterlijk verbod, schijnt mij verwerpelijk: aldus wordt de eigendoms-afbakening meer in de publiekrechtelijke sfeer getrokken dan nodig en wenselijk is.

ONTWERP VOOR EEN NIEUW BURGERLIJK WETBOEK

ONTWERP

Boek 5.

REGERINGS-ONTWERP

Zakelijke Rechten.

TITEL 1.

Eigendom in het algemeen

Artikel 1. 1. Eigendom is het meest volledige recht dat een persoon op een zaak kan hebben.

2. De eigenaar heeft de bevoegdheid om, met in achtneming van de op wet, verordening en ongeschreven rechtsregels gegronde beperkingen, de zaak naar goedvinden te gebruiken en daarvan de vruchten te trekken, alsmede om over de zaak te beschikken, een en ander behoudens rechten van anderen.

3. Hij wordt, behoudens rechten van anderen, eigenaar van de afgescheiden vruchten.

2. De eigenaar mag, met inachtneming van de op wet, verordening en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen, de zaak naar goedvinden gebruiken, daarvan de vruchten trekken en over haar beschikken, een en ander behoudens rechten van anderen.

3. De eigenaar van de zaak wordt, behoudens rechten van anderen, eigenaar van de afgescheiden vruchten.

Artikel 2. 1. Het eigendomsrecht op zichzelf rechtvaardigt niet dat de eigenaar bij de uitoefening van zijn recht aan een ander in een mate of op een wijze, die volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt, hinder toebrengt, zoals door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, door het onthouden van lucht of licht en door het ontnemen van steun.

2. Niettemin is de eigenaar bevoegd zodanige hinder aan een ander toe te brengen, voor zover die ander in het algemeen belang deze hinder behoort te dulden. In dit geval kan laatst-

Artikel 2. 1. Eigendom op zichzelf rechtvaardigt niet dat de eigenaar bij de uitoefening van zijn recht aan een ander hinder toebrengt, zoals door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, door het onthouden van lucht, of licht en door het ontnemen van steun, in een mate of op een wijze die volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt.

2. Niettemin is de eigenaar bevoegd zodanige hinder aan een ander toe te brengen, voor zover die ander in het algemeen belang deze hinder behoort te dulden.

genoemde van de eigenaar vergoeding vorderen van de door de hinder veroorzaakte schade. Hij kan een rechterlijk verbod van de hinder vorderen, indien de eigenaar nalaat bij voorbaat schadevergoeding te betalen, onderscheidenlijk zekerheid te stellen, niettegenstaande dit redelijkerwijze van hem kan worden gevergd.

3. In het geval van het vorige lid kan degene aan wie de hinder is toegebracht van de eigenaar vergoeding vorderen van de daardoor veroorzaakte schade. De bepalingen omtrent schadevergoeding wegens onrechtmatige daad zijn van overeenkomstige toepassing. De rechter kan de eigenaar gelasten zekerheid te stellen voor de vergoeding van toegebrachte schade. Indien de eigenaar nalaat te voldoen aan een veroordeling tot vergoeding van toegebrachte schade of tot zekerheidsstelling, kan een rechterlijk verbod van de hinder worden uitgesproken.

Artikel 3. De eigenaar behoeft niet te dulden, dat een ander zich op enige wijze van de zaak bedient, tenzij deze daartoe krachtens de wet, een hem toekomend recht of een algemene rechtvaardigingsgrond bevoegd is.

ONTWERP.

TITEL 4. REGERINGS-ONTWERP.

Bevoegdheden en verplichtingen van eigenaars van naburige erven.

Artikel 2. 1. Tenzij wet of verordening anders bepaalt, mag de eigenaar van een hoger gelegen of die van een lager gelegen erf door werken de loop van over zijn erf stromend water niet wijzigen ten nadele van de eigenaar van het andere erf, tenzij deze in het algemeen belang zulk een wijziging behoort te dulden. In het laatste geval vindt het in artikel 5.1.2. lid 2 bepaalde overeenkomstige toepassing.

2. Tenzij wet of verordening anders bepaalt, mag de eigenaar van een erf het peil van het grondwater niet blijvend wijzigen ten nadele van de eigenaars van andere erven, tenzij dezen in het algemeen belang zulk een wijziging behoren te dulden. In het laatste geval vindt het in artikel 5.1.2. lid 2 bepaalde overeenkomstige toepassing.

Artikel 2. De eigenaar van een erf mag niet in een mate of op een wijze, die volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt, nadeel toebrengen aan eigenaars van andere erven door wijziging van de loop van over zijn erf stromend water, door gebruik van water dat zich op zijn erf bevindt en in open gemeenschap staat met water op eens anders erf, of door onttrekking van grondwater, tenzij hij krachtens wet of verordening bevoegd is tot de wijziging, het gebruik of de onttrekking, dan wel, bij gebreke van zodanige wet of verordening, de eigenaars van de andere erven in het algemeen belang de wijziging, in het gebruik of de onttrekking behoren te dulden. In het laatste geval vindt artikel 5.1.2. lid 3 overeenkomstige toepassing.

Artikel 16. De eigenaar van een gebouw of werk, dat na verloop van tijd over het erf van een ander is gaan overheellen, dan wel zonder opzet of grove schuld ten dele op of boven het erf van een ander werd gebouwd of zonder verzet van die ander aldaar meer dan twintig jaren heeft gestaan, kan te allen tijde vorderen dat die ander hem tegen schadeloosstelling een erfdienstbaarheid tot het handhaven van het gebouw of werk in de bestaande toestand verleent, indien hij door wegruiming van het overstekende deel onevenredig zwaar zou worden benadeeld.

Artikel 16. De eigenaar van een gebouw of werk, dat na verloop van tijd over het erf van een ander is gaan overheellen, dan wel ten dele op of boven het erf van een ander zonder opzet of grove schuld werd gebouwd of meer dan twintig jaren zonder verzet van die ander heeft gestaan, kan te allen tijde vorderen dat die ander hem tegen schadeloosstelling een erfdienstbaarheid tot het handhaven van het gebouw of werk in de bestaande toestand verleent, indien hij door wegruiming van het overstekende deel onevenredig zwaar zou worden benadeeld.

Artikel 17. Wanneer het voor het verrichten van een werk op een erf noodzakelijk is een naburig erf te betreden, daarop tijdelijk voorwerpen of werken te plaatsen dan wel werkzaamheden te verrichten, is de eigenaar van dit naburige erf gehouden dit na behoorlijke kennisgeving en tegen schadeloosstelling toe te staan, tenzij er voor deze eigenaar gewichtige redenen bestaan het gebruik van zijn erf te weigeren of tot een later tijdstip te doen uitstellen.

Artikel 18. 1. De eigenaar van een erf dat geen toegang of geen behoorlijke toegang heeft tot een openbare weg of een openbaar water, kan van de eigenaars der naburige erven te allen tijde aanwijzing van een noodweg ten dienste van zijn erf vorderen, tegen vooraf te betalen of te verzekeren vergoeding van de schade, welke hun door die weg wordt berokkend.

2. Bij de aanwijzing van de noodweg wordt rekening gehouden met het belang van het ingesloten erf, dat langs die weg of openbare weg of het openbare water zo snel mogelijk kan worden bereikt en met het belang van de bezwaarde erven om zo weinig mogelijk overlast van die weg te ondervinden. Is een erf van de openbare weg afgesloten geraakt doordat het ten gevolge van een rechtshandeling een andere eigenaar heeft gekregen dan een vroeger daarmee verenigd gedeelte dat aan de openbare weg grenst of daarop een uitweg heeft, dan komt dit afgescheiden gedeelte het eerst voor de belasting met een noodweg in aanmerking.

3. Wanneer een wijziging in de plaatselijke omstandigheden dit wenselijk maakt, kan een noodweg op vordering van een onmiddellijk belanghebbende eigenaar worden verleend.

4. Een noodweg vervalt, hoelang hij ook heeft bestaan, zodra hij niet meer nodig is.

Artikel 19. 1. De eigenaar van een erf, die water dat elders te zijner beschikking staat, door een leiding wil aanvoeren, kan tegen vooraf te betalen of te verzekeren schadevergoeding van de eigenaars der naburige erven vorderen te gedogen dat deze leiding door of over hun erven gaat.

2. De laatste drie leden van het vorige artikel vinden daarbij overeenkomstige toepassing.

TOELICHTING BIJ HET ONTWERP

A. Artikel 5.1.1.

Natuurlijk is niet ieder gebruik dat de eigenaar van zijn zaak maakt en waardoor een ander nadelig ondervindt, enkel om die reden reeds onbetamelijk. Wat wel en wat niet naar ongeschreven rechtsregels in het maatschappelijk verkeer betaamt, wordt onder meer bepaald door de aard van de aangetaste belangen, door de wijze van aantasting en door de mate van vrijheid die de handelende persoon bij de betreffende soort handelingen behoort te hebben. Zo zal over het algemeen de vrijheid van de eigenaar om op eigen terrein te bouwen wat en waar hij wil, niet worden opgeofferd aan het belang dat de buur bij een fraai uitzicht heeft.¹

Maar juist in de gevallen waarin de vrijheid van de eigenaar om zijn zaak naar goedvinden te gebruiken behoort te praevaleren boven de soort belangen die worden aangetast door dit gebruik, kan de misbruikregel van artikel 8 van de Inleidende Titel in werking treden. Immers, hoewel die belangen aantasting door de eigenaar in principe geoorloofd is, kan zij toch door bijzondere omstandigheden onbetamelijk worden, n.l. indien de eigenaar met geen ander doel handelde dan om de gelaedeerde te schaden of indien de omstandigheden in het concrete geval zo lagen, dat het niet denkbaar ware dat een redelijk oordelend mens na afweging der belangen in die omstandigheden tot de gevolgde wijze van uitoefening van zijn recht zou hebben besloten.

De beantwoording van de vraag in welke gevallen de eisen van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, in het algemeen niet zo ver gaan, dat zij aan een eigenaar zijn vrijheid van rechtsuitoefening ontnemen ten bate van bepaalde belangen van anderen, moet aan de rechter worden overgelaten. Acht deze zulk een geval aanwezig, dan zal hij de rechtsuitoefening door de eigenaar, ondanks de belangen aantasting, geoorloofd verklaren, tenzij naar de in artikel 8 Inleidende Titel genoemde maatstaven rechtsmisbruik aanwezig is.

B. Artikel 5.1.2.

Het eerste lid van dit artikel betreft een onderwerp, dat zowel tot de leer van de onrechtmatige daad als tot de leer van de eigendom behoort. Het op onbetamelijke wijze veroorzaken van hinder is een onrechtmatige daad en de daaruit ontstane geschillen worden beheerst door de wetsbepalingen over de onrechtmatige daad. In de onderhavige titel behoren de hier bedoelde rechtsregels echter eveneens thuis voor zover zij een beperking inhouden voor de eigenaar om zijn zaak naar goedvinden te gebruiken. Men zou kunnen menen, dat een afzonderlijke bepaling over hinder naast artikel 5.1.1. tweede lid overbodig is, omdat de eigenaar die bij het gebruik van zijn zaak aan een ander onbetamelijke hinder

¹ Hof Amsterdam 28 oktober 1942, N.J. 1943 no. 669.

toebrengt, in strijd handelt met het ongeschreven recht. Een uitdrukkelijke bepaling is echter wenselijk, omdat de onrechtmatigheid van de hierbedoelde gedragingen lang onzeker is geweest, aangezien men stelde dat het enkele feit dat de hinder werd veroorzaakt bij de uitoefening van het eigendomsrecht, deze hinder zou rechtvaardigen, zolang de eigenaar niet handelde met de uitsluitende bedoeling om een ander te benadelen. Ook de bepaling van het tweede lid maakt een afzonderlijke regeling van de hinder noodzakelijk.

C.

.....

Het tweede lid is niet aan het geldende recht ontleend, maar berust op een beginsel, waaraan blijkens de praktijk behoefte bestaat. Er zijn namelijk gevallen van hinder, waarbij het enerzijds onwenselijk is, dat de hinder-toebrengende activiteit als onrechtmatig wordt aangemerkt zodat zij achterwege moet worden gelaten, terwijl het anderzijds onbillijk zou zijn, als degene die de hinder ondervindt, geen vergoeding van zijn schade zou ontvangen. De bekendste voorbeelden uit de nederlandse jurisprudentie zijn die van de duinwaterleiding (H.R. 18 Februari 1944, N.J. 1944 no. 226) en die van de vervuiling van de Voorste Stroom (H.R. 19 December 1952, N.J. 1953 no. 642). Men denke ook aan de gevallen van overmatige hinder, veroorzaakt door industriële ondernemingen, scholen en dergelijke, waarover in Frankrijk veel rechtspraak bestaat¹⁾. De Hoge Raad heeft voor deze gevallen een oplossing gevonden door aan te nemen, dat bepaalde handelingen, die een zodanige hinder aan anderen veroorzaken, dat zij tegenover dezen als onrechtmatig moeten worden beschouwd, niettemin door een bijkomende omstandigheid, het betalen of aanbieden van een redelijke schadevergoeding, haar onrechtmatig karakter kunnen verliezen. Het tweede lid geeft een eenvoudiger oplossing, die tot een gelijkwaardig praktisch resultaat leidt. Het ontwerp bereikt dit resultaat door:

1. gedragingen die in de regel ongeoorloofde hinder opleveren, in een bepaald geval toe te staan;
2. vergoeding toe te kennen aan hen die door deze rechtmatige gedragingen schade lijden;
3. de benadeelde recht te geven op een door de rechter uit te spreken verbod ingeval de tijdige vergoeding der schade niet voldoende verzekerd is.

Elk der punten vereist enige toelichting.

Ad 1. Men lette er op, dat het tweede lid alleen toepasselijk is in gevallen van hinder als bedoeld in het eerste lid. Een rechtstreekse inbreuk op een subjectief recht, b.v. het afbreken van een huis, kan volgens het ontwerp ook door een beroep op het algemeen belang niet worden gerechtvaardigd. Wie een hem niet behorende zaak rechtstreeks wil aantasten, moet trachten om, door onteigening of op andere wijze, zich het recht daartoe te verschaffen. Aan de andere kant is de regeling evenmin toepasselijk, indien

¹⁾ Men zie de uitspraken geciteerd door Planiol-Ripert-Picard III (1952) nos. 460-462.

de hinder de door het eerste lid getrokken grenzen niet overschrijdt; in het maatschappelijk verkeer moet men, gelijk hierboven reeds is opgemerkt, binnen zekere grenzen aanvaarden, dat iemand door de activiteit van anderen nadeel ondervindt. De regeling betreft dus alleen gedragingen die aan een ander in een mate of op een wijze, die in het maatschappelijk verkeer niet betaamt, hinder toebrengen. Bij de beantwoording van de vraag of een bepaalde gedraging onder deze omschrijving valt, zal men uiteraard de regeling van het tweede lid moeten wegdenken: deze regeling beoogt immers juist om zekere activiteiten, die bij het ontbreken van een regeling niet zouden behoeven te worden geduld, maatschappelijk toelaatbaar te maken.

De ongeoorloofde activiteit wordt volgens de omschrijving van het ontwerp geoorloofd, indien degene die daarvan hinder ondervindt, in het algemeen belang deze hinder behoort te dulden. Staan er slechts particuliere belangen tegenover elkaar, dan heeft hij die een bovenmatige hinder ondervindt, niet met schadevergoeding genoeg te nemen; wordt daarentegen het algemeen belang in aanmerkelijke mate met de hinder-toe-brengende activiteit gediend, dan kan men dit wel van hem verlangen. De hierboven vermelde gevallen uit de Nederlandse en Franse rechtspraak leveren hiervan goede voorbeelden. Het feit, dat de tweede zin schadevergoeding toekent, moet in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de vraag of de hinder behoort te worden geduld.

D. Artikel 5.1.3.

Het eigendomsrecht behoort het gedrag van derden in twee opzichten te beïnvloeden. In de eerste plaats mogen zij de eigenaar niet storen in zijn genot, in de tweede plaats moeten zij zich van rechtstreekse bemoeienis met de zaak onthouden.

De eerstbedoelde gedragingen zijn hier niet vermeld omdat zij elders worden geregeld. Wie in een mate of op een wijze die in het maatschappelijk verkeer niet betaamt, iemand belemmert in de rechtmatige uitoefening van diens recht, pleegt een onrechtmatige daad. Het is niet nodig dit voor het eigendomsrecht nog eens afzonderlijk in de wet te vermelden.

Wat in een algemene bepaling over de onrechtmatige daad niet tot uitdrukking kan worden gebracht, is, dat de eigendom een exclusief recht is,¹ m.a.w. dat derden niet de bevoegdheid hebben zich van de zaak te bedienen, ook al zou de eigenaar daardoor in het gebruik dat hij zelf van de zaak wil maken, niet worden belemmerd. De gedragingen van derden, die de eigenaar op grond van de exclusiviteit van zijn recht niet hoeft te dulden, worden in de wetboeken van Duitsland en Zwitserland² als „Einwirkung” omschreven. Bij gebreke van een meer tekennend woord gebruikt het ontwerp de uitdrukking „zich bedienen van de zaak”. Deze uitdrukking bedoelt te omvatten zowel handelingen die de zaak niet intact laten — b.v. het beschadigen of vervormen — als handelingen die slechts kunnen worden beschouwd als een gebruik maken van de zaak.

¹ Vgl. Italië 832.

² Duitsland 903; Zwitserland 641.

BIJLAGE III.

TOELICHTING BIJ HET REGERINGS-ONTWERP.

A. Artikel 5.1.2.

„..... Het tweede lid bepaalt dat de eigenaar niettemin bevoegd is de in het algemeen onbetamelijke hinder aan een ander toe te brengen, voor zover die ander in het algemeen belang deze hinder behoort te dulden. Het komt de ondergetekende wenselijk voor op deze plaats enkele opmerkingen te maken over de betekenis *welke in het ontwerp aan het algemeen belang toekomt*. Dit criterium behoort stellig niet te beperkt te worden uitgelegd: vooreerst dient het niet te worden gelezen alsof vereist zou zijn, dat de hinder-toebrengende activiteit uitsluitend ten algemeenen nutte wordt uitgeoefend, zoals b.v. het geval zou kunnen zijn wanneer een openbaar nutsbedrijf hinder te weeg brengt. Vereist is slechts dat degene die de hinder ondervindt, deze in het algemeen belang behoort te dulden. Natuurlijk is daarvoor wel nodig dat de gemeenschap in een of ander opzicht wordt gediend door de hinder-toebrengende activiteit, maar dit betekent niet dat de hinder-toebringster zijn werkzaamheden zou moeten verrichten met als oogmerk de bevordering van het algemeen welzijn. Ook een particulier die in de eerste plaats zijn eigen welzijn of dat van zijn bedrijf beoogt kan derhalve zeer wel in de termen van het tweede lid vallen. En bovendien zou het onjuist zijn, zich af te vragen of het algemeen belang zou worden geschaad indien de activiteit (slechts) van degene, wiens toebrenging van hinder in het geding is, zou worden verboden, en bij eventuele ontkennende beantwoording van de vraag tot de slotsom te komen dat dus niet de hinder behoort te worden geduld in het algemeen belang. De juiste vraagstelling is, of het algemeen belang zou worden geschaad indien aan alle personen hier te lande, die gelijksoortige hinder onder gelijksoortige omstandigheden aan anderen toebrengen, zou worden verboden met deze hinder voort te gaan. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, zal de slotsom in vele gevallen zijn dat de hinder in het algemeen belang behoort te worden geduld. Zo is het derhalve zeer wel mogelijk dat een in de termen van het eerste lid vallende hinder, toegebracht door b.v. een smidse of een bakkerij, zozeer inhaerent is aan de werking van deze bedrijven, dat een verbod ten gevolge zou hebben, dat in geen enkele dichtbevolkte strek zulk een bedrijf zou kunnen werken. Naar de mening van de ondergetekende dient men dan aan te nemen dat deze hinder in het algemeen belang behoort te worden geduld, niettegenstaande de smid en de bakker bij de uitoefening van hun bedrijf geenszins beogen het algemeen belang te dienen en niettegenstaande stopzetting van één smidse of bakkerij geenszins het algemeen belang in ernstige mate zou schaden.”

B.

De ondergetekende heeft de vraag onder ogen gezien hoe de verhouding moet zijn tussen de burgerrechtelijke regeling van de hinder in het Burgerlijk Wetboek en de publiekrechtelijke regeling

daarvan in de Hinderwet en in het Mijnreglement 1939 (algemene maatregel van bestuur tot uitvoering van artikel 9 onder c van de Mijnwet 1903). Hij is van oordeel dat hinder toegebracht door de werking van een inrichting overeenkomstig een vergunning verleend krachtens een der hierboven genoemde regelingen, geen aanleiding moet kunnen geven tot een door de burgerlijke rechter uit te spreken verbod van verdere hinder, doch dat de mogelijkheid van schadevergoeding onverlet moet blijven. Hij doet deze mening steunen op de volgende gronden. In de eerste plaats zij er op gewezen dat een vergunning krachtens de Hinderwet langs een met vele waarborgen omgeven procedure, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, wordt verleend. Wanneer nu de burgerlijke rechter bevoegd zou zijn om, nadat de administratie een vergunning heeft verleend, in een beoordeling van hetzelfde feitencomplex te treden, zou zulks neerkomen op een doublure ten opzichte van de administratieve procedure. Doch ook wanneer sedert de verlening der vergunning de uiterlijke omstandigheden veranderd zijn, wijst de Hinderwet in artikel 26 de speciale administratiefrechtelijke weg aan, volgens welke een belanghebbende in zulk een geval kan optreden tegen het toebrengen van de hinder, en wel door te verzoeken dat dan de vergunning verbonden voorwaarden worden gewijzigd of dat nieuwe voorwaarden aan de vergunning worden verbonden. Een bevoegdheid van de burgerlijke rechter in een gewone civiele procedure ondanks de hinderwetvergunning zonder meer een verbod tot het verder toebrengen van bovenmatige hinder uit te spreken, kan voor de industriële en ambachtsondernemingen grote gevaren medebrengen; ook de Hinderwet kent trouwens naast de zoëven vermelde mogelijkheid van wijziging der voorwaarden niet de mogelijkheid van intrekking van de vergunning. Wanneer een industriële of ambachtsonderneming eenmaal is opgericht met vergunning van de overheid en haar werkzaamheid aangevangen heeft, zou een verbod grote schade aan de onderneming kunnen veroorzaken. Daarbij valt te bedenken dat een onderneming, die een hinderwetvergunning heeft verkregen, moeilijk tevoren van de rechter zekerheid kan verkrijgen, dat een verbod niet zal worden uitgesproken. Men moet dus afwachten of een belanghebbende, wellicht na geruime tijd, een civiele vordering tot verkrijging van een verbod instelt. Om deze redenen is de ondergetekende van oordeel dat met het systeem van de Hinderwet, die niet de mogelijkheid van intrekking der vergunning kent, moeilijk is te verenigen dat de burgerlijke rechter desalniettemin een verbod zou kunnen uitspreken.

Men zou zich kunnen afvragen of een rechterlijk verbod niet reeds wordt uitgesloten door de verwijzing naar het algemeen belang. Immers, in een groot aantal gevallen van inrichtingen die werken overeenkomstig een hinderwetvergunning, zal kunnen worden gezegd dat de door de inrichting teweeggebrachte hinder in het algemeen belang behoort te worden geduld, gelijk hierboven is opgemerkt. Dit is echter niet steeds het geval. Een hinderwetvergunning zal wel niet licht worden verleend aan een inrichting die bovenmatige hinder aan anderen toebrengt, en waarvan desondanks niet kan worden gezegd dat deze hinder in het algemeen belang behoort te worden geduld. Het is echter mogelijk dat zulke

hinder, teweeggebracht door een louter particuliere belangen dienende activiteit, pas geruime tijd nadat de vergunning is verleend, bijvoorbeeld door uitbreiding van de omliggende bebouwing, bovenmatig wordt, zodat hij onder het eerste lid komt te vallen. Voor dergelijke gevallen, alsook omdat moet worden voorkomen dat de rechter toch tot een verbod van de door een hinderwetvergunning gedekte activiteit zou kunnen komen door een enge interpretatie te geven aan de formule „voorzover die ander in het algemeen belang deze hinder behoort te dulden”, acht de ondergetekende een uitdrukkelijke wetsbepaling noodzakelijk. De publickrechtelijke regelingen omtrent de hinder zullen derhalve naar het oordeel van de regering bij de invoeringswetgeving aan het hiervoren ontwikkelde standpunt behoren te worden aangepast.

.....

In de eerste plaats is achter de tweede zin van het oorspronkelijke tweede lid, welke met een geringe redactiewijziging naar het nieuwe derde lid is verplaatst, een nieuwe zin toegevoegd, die de in het zesde boek op te nemen bepalingen omtrent schadevergoeding wegens onrechtmatige daad uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing verklaart. Daardoor wordt uitgedrukt, dat verschillende leerstukken welke bij de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad een rol spelen, hier eveneens toepassing vinden. Te denken valt bijvoorbeeld aan schuld en de regelen omtrent de omvang van de te vergoeden schade.

Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 903. Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen.

§ 904. Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismässig gross ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens erlangen.

§ 906. Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Russ, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

Art. 641. Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen.

Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, heraus zu verlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren.

Art. 679. Wird jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht, so kann er auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen.

Art. 684. Jedermann ist verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich bei dem Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten.

Verboden sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung.

Codice Civile.

832. (Contenuto del diritto). — Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.

Art. 833. (Atti d'emulazione). — Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.

Art. 844. (Immissioni). — Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi.

Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso.