

NAAR OUD-HOLLANDSCH RECHT is eene spoorwegonderneming niet aansprakelijk te achten voor de schade, welke de verandering in den natuurlijken afloop van het regenwater, door het aanleggen harer spoorwegbaan, voor de eigenaren der belendende erven heeft ten gevolge gehad.

Rechtskundig advies van

Prof. Dr. J. P. MOLTZER,

Hoogleraar te AMSTERDAM.

De directie der Nederlandsche Zuid-Afrikaansche Spoorwegmaatschappij stelt mij de vraag:

Kan onze Maatschappij, naar oud-hollandsch recht aansprakelijk worden geacht tot vergoeding van de schade, door eigenaren van nevens onze spoorwegbaan gelegen erven ondervonden, ten gevolge der verandering, welke — zonder eenig verzet der naburige grondeigenaren — in den natuurlijken afloop van het regenwater is gebracht door het aanleggen van onzen spoorweg, gebouwd krachtens eene met de regeering gesloten overeenkomst of concessie, en onder haar toezicht?

Ter beantwoording der gestelde vraag dient allereerst te worden opgemerkt dat de „oud-hollandsche wetten”, waarheen door de 33 Artikelen en het volksraadbesluit van 19 September 1859 wordt verwezen, zich over het algemeen richten naar het „gemeene”, dat wil zeggen romeinsche recht, hetwelk, met zijn geheelen in het corpus juris saamgevatten inhoud, bepaaldelijk ten aanzien van het vermogensrecht, den dieperen en blijvenden grondslag uitmaakt der in de „oud-hollandsche wetten“ daaromtrent voorkomende bepalingen.

Teneinde de boven mij voorgelegde vraag dus met juistheid te kunnen beantwoorden, zal het zaak zijn, vooraf een onderzoek in te stellen naar de voorschriften, die het „gemeene” recht inhield, ten aanzien van de geschillen, welke nopens de keering van het afvloeiende regenwater, tusschen eigenaren van naburige erven mochten oprijzen. Staan ons de bepalingen van het „gemeene” recht daaromtrent voor den geest, dan zal gemakkelijk kunnen

worden nagegaan, in hoeverre de „oud-hollandsche wetten” van dien romeinsch-rechtelijken regel zijn afgeweken.

Voor het gemeene recht worden wij, nopens het onderwerp waarover de gestelde rechtsvraag loopt, door SIMON VAN LEEUWEN, in Boek II, Deel 21, § 15 van zijn „Rooms-Hollands Regt” verwezen naar den Pandectentitel „*de aqua et aquae pluviae arcendae*”, Dig. 39, tit. 3.

De studie van dezen titel en de lezing van het uitmuntend overzicht, dat voor zijnen tijd JOHANNES VOET in zijn „*Commentarius ad Pandectas*” (den Haag 1704), Liber 39, Tit. 3, daarvan heeft gegeven, doet mij met vrijmoedigheid verklaren, dat eene actie tot schadevergoeding, als in de mij gestelde rechtsvraag door de spoorwegmaatschappij wordt bedoeld, noch naar het romeinsche, noch naar het oud-hollandsche recht, voor toewijzing is vatbaar te achten.

Al dadelijk is dergelijke actie niet ontvankelijk ten gevolge der bijzondere omstandigheden, waaronder het afvloeiende regenwater, in het gestelde geval, de schade aan de nevens den spoorweg liggende erven zou hebben toegebracht. Want die schade zou in elk geval zijn toegebracht door een werk, dat publica auctoritate is aangelegd en waartegen door geen der belendende eigenaren, vóórdat het ongeval heeft plaats gevonden, ooit eenig verzet is gedaan.

Beide omstandigheden nu ontheffen, overeenkomstig den ondubbelzinnigen regel van het gemeene recht, de spoorwegmaatschappij in het gestelde geval van alle aansprakelijkheid.

De daaromtrent in de Pandecten voorkomende uitspraken der voornaamste juristen laten te dien aanzien aan duidelijkheid niets te wenschen over. Werd de natuurlijke gesteldheid van het terrein, met betrekking tot den afloop van het regenwater, door den aanleg van eenig werk gewijzigd, dan had, naar het romeinsche recht, elk der naburen, die voor zijn erf nadeel duchtte van dit werk, het recht om met de *actio aquae pluviae arcendae* dengene aan te spreken, door wien dit werk werd of was ondernomen.

Welke de strekking dezer actie was, leert ons ULPIANUS in de l. 6 § 6 Dig. 39, tit. 3. ¹⁾ Werd de actie door den rechter gegrond bevonden, zoo kon deze bevelen dat het werk, waaruit gevaar voor den buurman dreigde, werd weggenomen en de schade — „si quid (damnum) post litem contestatam contigit” — den eischer zou worden vergoed. Had men daarentegen, vóór het instellen der *actio aquae pluviae arcendae*, reeds nadeel van het werk ondervonden,

¹⁾ „Officium autem iudicis hoc erit: ut, si quidem a vicino opus factum sit, eum jubeat restituere, damnumque sarcire, si quid post litem contestatam contigit. Quod si ante litem contestatam damnum contigit, tantum opus restituere debebit, damnum non sarciet.”

* dit werk is voorradig in de bibliotheek van het Exploitatiebureau der Zuid-Ned. Spoorweg Nij.

dan kon men die reeds geleden schade met dit rechtsmiddel *niet* vergoed krijgen, doch wel, ter voorkoming van verdere schade, de wegneming of wijziging verlangen der benadeelende constructie. En mocht het werk bovendien onder zoodanige omstandigheden zijn aangelegd, dat het interdictum *quod vi aut clam* toepasselijk was, dan kon vergoeding der geleden schade toch nog altijd met een beroep op *die* omstandigheden, in rechte worden gevorderd. Duidelijk leert ons dit ook PAULUS in de l. 14 § 2 en 3. Dig. 39, tit. 3. ²⁾

Het stelsel van het gemeene recht komt derhalve hierop neer, dat hij, die reden meent te hebben tot beklag over den aanleg van eenig door zijn nabuur ondernomen werk, hetwelk — zonder dat hij er zich bij den aanleg tegen heeft verzet — de natuurlijke gesteldheid van het terrein, met betrekking tot den afloop van het regenwater, te zijnen nadeele heeft gewijzigd en hem schade heeft berokkend, alleen dan vergoeding van die reeds geleden schade zal kunnen vorderen, wanneer dat werk „vi” of „clam” mocht zijn aangelegd.

Het oordeel van oudere zoowel als nieuwere schrijvers luidt daaromtrent gelijkkluidend. Zoo zegt VOET, ad Pandectas Lib. 39, tit. 3, § 3 initio: „Cessat tamen haec actio respectu damni ante litem contestatam... dati.....; cum damnum, ante litem contestatam sibi illatum, suae debeat imputare negligentiae, dum vel operis noviciationem praetermisit, vel protinus a novo opere facto non egit. Vel, si negligentia haud appareat, interdicto *quod vi aut clam*, de tali damno experiri DEBEAT.” En bij WINDSCHEID Lehrbuch des Pandektenrechts II § 473 noot 14, lees ik: „Met betrekking tot de reeds geleden schade verweist l. 14 § 3 citata naar het interdict *quod vi aut clam*. „Dat wil alzoo zeggen: vergoeding der reeds geleden schade kan ALLEEN DAN gevorderd worden, „wanneer de vereischten voor dit interdictum voorhanden zijn.” ³⁾

Welke nu de vereischten zijn tot het toewijzen van het interdictum *quod vi aut clam*, leert ons Tit. 24 van Liber 43 der Pandecten en blijkt reeds uit de eigen woorden van het interdict. Het werk, waardoor men schade heeft ondervonden moet dan of *vi* of *clam* door den nabuur zijn ondernomen, dat wil zeggen: of de aanleg van het werk moet den nabuur, die dit deed verrichten, vóór het ongeval uitdrukkelijk zijn verboden (l. 1 § 5—9 Dig. 43, 24); of wel, degene die dit werk heeft ondernomen, moet, zoo hij het niet heimelijk heeft doen aanleggen, zich althans bewust zijn geweest dat de aanleg van het werk geschiedde tegen den wil van hem, die

²⁾ „In hoc iudicium, sicut in damni infecti, futurum damnum venit, cum reliquis fere omnibus iudiciis praeteritum praestetur. De eo, quod ante datum est, *quod vi aut clam* agendum est; de eo, quod post sententiam iudicis futurum est, damni infecti caveri oportet, vel ita opus restituendum est, ut nullum periculum damni supersit.”

+ dit werk is aanverig in de Bibliotheek van het Exploitatiebureau der Zuid-Nsp. Spoorweg. Nij

³⁾ „In Beziehung auf den früher entstandenen Schaden verweist l. 14 § 3 citata auf das Interdict *quod vi aut clam*. Das „heißt also: für den früher entstandenen Schaden kann Ersatz „begehrt werden NUR wo die Voraussetzungen des bezeichneten Interdikts gegeben sind.”

⁴⁾ Kort en treffend drukt WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts II § 465 n^o. 2 die vereischten aldus uit: „Die Handlung musz entweder in Widerspruch mit einem „von der Gegenseite eingelegten Verbot erfolgt sein, „oder es musz der Handelnde in anderer Weise GEWUSZT haben, dasz ihm DAS RECHT zur Handlung bestritten werde.“ Vergel. ook VOET, ad Pandectas, Liber 43 tit. 24, § 1.

⁵⁾ Zie art. 5 van het tusschen de regeering der Zuid-Afrikaansche Republiek en de Nederl. Zuid-Afrik. Spoorwegmaatschappij gesloten contract, voor den aanleg en de exploitatie van eenen spoorweg over den Witwatersrand en art. 5. der voorwaarden van concessie, aan bovengenoemde Maatschappij verleend, bij volksraadsbesluit van 25 Juni 1890.

later daaruit nadeel heeft ondervonden (l. 3 § 7 Dig. 43, 24.) ⁴⁾

Noch het een, noch het ander is echter in de gestelde rechtsvraag het geval. Eenig verzet tegen de constructie van den spoorweg is van den kant der naburige grondeigenaren, tijdens den aanleg, nimmer geschied. En hoe zou van een heimelijken aanleg ooit sprake kunnen zijn bij een spoorweg, die is gebouwd op staatsgrond, krachtens eene met de regeering gesloten overeenkomst of concessie, welke bovendien de bepaling ⁵⁾ inhoudt, dat „.....de werken, noodig voor den vrijen „afloop van het water..... door de Maatschappij worden bepaald, in overleg met „den regeeringscommissaris.“?

Door het bovenstaande mag ik het dus voor uitgemaakt houden dat, naar gemeen recht, aan geen der benadeelde naburige grondeigenaren eene actie kan worden toegewezen tot vergoeding der schade (*damnum praeteritum*), die zij reeds geleden mochten hebben door den aanleg van een spoorwegdam, tegen welks constructie zij tijdens den aanleg geen enkel bezwaar hebben doen kennen en die, geheel onder het toezicht der regeering, op staatsgrond, krachtens eene met haar gesloten overeenkomst of concessie is gebouwd.

Volledigheidshalve rijst nu nog de vraag, of dan toch niet voor het vervolg de benadeelde naburige grondeigenaren, ter voorkoming van *damnum futurum*, met de actio aquae pluviae arcendae tegen de spoorwegmaatschappij in rechte kunnen optreden, tot wegneming of wijziging der constructie, waaraan zij de ondervonden schade kunnen toeschrijven?

Ook hier — meen ik — moet, zoowel naar het gemeene als bepaaldelijk naar het oud-Hollandsche recht, het antwoord ontkennend luiden.

Vooreerst kan de spoorwegmaatschappij zich met volle recht beroepen op de l. 2 § 3 ⁶⁾ en l. 19 ⁷⁾ Dig. 39 Tit. 3, in welke plaatsen de actio pluviae aquae arcendae niet ontvankelijk wordt verklaard zoo dikwijls de constructie van het werk, waaruit de naburige eigenaar waterschade voor zijn erf ducht, of *publica auctoritate* of *patiente vicino* is geschied. In geheel denzelfden zin laat de oud-hollandsche geleerde VOET, ad Pand. Liber 39 tit. 3, § 6 zich uit: „Non etiam huic actioni locus est” — zoo zegt hij — „si opus *in publico* factum sit...; nec si *in privato* quidem, sed *publica auctoritate* opus sit factum;... nec si factum *ex patientia* et permissione vicini, cui nocetur.”

Tegen de toepasselijkheid der l. 2 § 3, Dig. 39, tit. 3 op het gestelde geval voorzie ik de bedenking,

⁶⁾ L. 2 § 3 h. t. „CASSIUS autem scribit: si qua opera aquae mittendae causa, publica auctoritate facta sint, in aquae pluviae arcendae actionem non venire.”

⁷⁾ L. 19 h. t. „LABEO ait: si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae.”

dat, al is de spoorweg ook op staatsgrond en krachtens eene overeenkomst of concessie met de regeering en onder haar toezicht gebouwd, de aanleg toch feitelijk door een particuliere Maatschappij is geschied. Dit laatste is zeker niet te loochenen, doch ontnemt, dunkt mij, aan den spoorweg volstrekt niet het karakter van publica auctoritate te zijn gebouwd.

Bovendien gaf de concessie aan de spoorwegmaatschappij uitdrukkelijk het recht om, met betrekking tot den afloop van het water, in overleg met den regeeringscommissaris, den spoorweg aan te leggen zòals die door haar is aangelegd. En nu is het een overbekend, in talloze variatiën, ook door het corpus juris uitgesproken en toegepast rechtsbeginsel, dat „NEMO DAMNUM FACIT, NISI QUI ID FECIT, QUOD FACERE JUS NON HABET.” Volgens dezen eeuwenouden rechtsregel der l. 151 Dig. 50, 17, is de Nederlandsche Zuid-Afrikaansche Spoorweg-Maatschappij — voorzover de spoorweg overeenkomstig de haar verleende concessie is gebouwd — dus stellig ontheven van de aansprakelijkheid voor schade, die de eigenaren der aan haren spoorweg grenzende erven, door den veranderden afloop van het water reeds hebben geleden of nog in de toekomst mochten lijden.

Volgens het oud-hollandsche recht meen ik zelfs nog een stap verder te moeten gaan. Geheel onafhankelijk toch van de vraag, of de constructie van den spoorweg overeenkomstig de concessie is geschied en de goedkeuring der regeering heeft erlangd, acht ik — bepaaldelijk met het oog op de te dezen aanzien, door SIMON VAN LEEUWEN en HUGO DE GROOT zoo beslist uitgesproken meening — de spoorwegmaatschappij voor dergelijke waterschade van naburige grondeigenaren NIMMER aansprakelijk, omdat de spoorwegmaatschappij door den aanleg van haren weg, ook waar deze de natuurlijke gesteldheid van het terrein ten nadeele van sommigen naburige eigenaren heeft veranderd, op stuk van zaken toch niets anders heeft gedaan, dan waartoe elk „dien water deert“, overeenkomstig het gevoelen van beide bovengenoemde, in Afrika meest gezaghebbende⁸⁾ schrijvers, naar gemeen recht BEVOEGD is.

„Na het gemeen regt” — zoo lees ik bij v. LEEUWEN Rooms-Hollands Regt, Boek II, Deel 21 § 15 — MAG EEN YDER HET BUIJTENWATER AFSTOPPEN EN AFKEREN, SOODANIG HIJ WIL”. En dezelfde gedachte vinden wij bij HUGO DE GROOT, Inleyding II, Deel 35, aldus uitgedrukt: „Na gemeen regt mag ydereen sijn water laten loopen soo het van selfs wil loopen. Waer uyt het oude spreekwoordt komt: DIEN WATER DEERT, DIE WATER KEERT.”

Legt men den klemtoon dezer rechtspreuk op het

⁸⁾ Zie art. 1 en 2 van het Volksraadsbesluit d.d. 19 September 1859, dus luidende: „Het wetboek van v. D. LINDEN blijft (voor zoover zulks niet strijdt met de Grondwet, andere wetten of volksraadsbesluiten), het wetboek in dezen staat.

„Wanneer in genoemd boek over cenige zaak niet genoegzaam duidelijk of in het geheel niet wordt gehandeld, zal het wetboek van SIMON VAN LEEUWEN en de Inleyding van „HUGO DE GROOT verbindend zijn.“

Bij v. D. LINDEN nu treft men geene enkele uitspraak of verwijzing aan, omtrent de rechten en verplichtingen tusschen naburige grondeigenaren, met betrekking tot het afvloeiende regenwater.

woord „deert”, zoo laat zich bevredigend verklaren, hoe DE GROOT er toe is gekomen, de leer van het gemeene recht aan dezen oud-hollandschen rechtsregel vast te knoopen. Want voorzooverre, in verband met het gebruik, waartoe de eigenaar TE ZIJNEN NUTTE den grond wenschte te bestemmen, aan het van buiten afkomende regenwater de natuurlijke loop niet kon worden gelaten, werd den buurman, die voor zijn erf daaruit nadeel duchtte, de actio aquae pluviae arcendae in het romeinsche recht ook stelselmatig ontzegd.

De derde titel van Boek 39 der Pandecten behelst in l. 1 § 7⁹⁾ en l. 2 § 9¹⁰⁾ twee uitspraken van LABEO, door ULPIANUS en PAULUS met instemming aangehaald, waarin dit beginsel al zeer duidelijk uitkomt. Of iemand recht en grond had tot beklag over de verandering, welke te zijnen nadeele, met betrekking tot den afloop van het regenwater, in de natuurlijke gesteldheid van den bodem, door den buurman was teweeggebracht, hing op stuk van zaken, naar het gemeene recht, eenvoudig af van de vraag: strekte die verandering voor dengene, die haar op zijnen grond ondernam, tot een redelijk of tot een onredelijk gebruik van zijn grond? Deed hij het „agri colendi” (l. 1 § 15 Dig. 39 tit. 3) „frugum, fructuumque recipiendorum causa” (l. 1 § 7 eodem), zoo bestond er voor den ander, die daarvan nadeel duchtte, geen aanleiding tot tusschenkomst. „Neque refert” — zoo voegt, in laatstgenoemde plaats, LABEO aan zijne uitspraak toe — „quorum fructuum recipiendorum causa, id opus fiat”. Voor hem toch was, gelijk wij het in de l. 2 § 9 Dig. 39 tit. 3 zoo keurig uitgedrukt vinden, de hoofdvraag deze: of hij, die eenige terreinsverandering had teweeggebracht, welke met betrekking tot den afloop van het regenwater u, zijnen buurman schaadde, „modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat”. En deze zelfde gedachte heeft DE GROOT inderdaad op even korte als gelukkige wijze weten weer te geven door de aanhaling van het in Holland zoo algemeen bekende spreekwoord: „Dien water deert, die water keert”.

De toepassing van dit alles op de gestelde rechtsvraag kan slechts de juistheid bevestigen der hierboven ontwikkelde meening, dat naar oud-hollandsch recht eene spoorweg-onderneming niet aansprakelijk kan worden geacht voor de schade, welke de verandering in den natuurlijke afloop van het regenwater, door het aanleggen harer spoorwegbaan, voor de eigenaren der belendende erven heeft ten gevolge gehad.

AMSTERDAM, September 1891.

J. P. MOLTZER.

⁹⁾ L. 1 § 7 Dig. 39 tit. 3. „LABEO etiam scribit: ea (opera), quaecunque frugum fructuumque recipiendorum causa fiunt, extra hanc esse causam; neque referre, quorum fructuum recipiendorum causa id opus fiat.”

¹⁰⁾ L. 2 § 9 Dig. 39 tit. 3. „Idem LABEO ait, si vicinus flumen, torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse. Aquam enim arcere, hoc esse curare ne influat. Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.”