



Handboek voor het Romeinsch recht (door W. Modderman)

<https://hdl.handle.net/1874/235995>

Vak 38

229 *D*

mm 13186

Dr. J. W. L. G. 4/4

HANDBOEK VOOR HET ROMEINSCH RECHT.

EERSTE DEEL.

Vak 32
229 D

M^r. W. MODDERMAN,

HANDBOEK VOOR HET ROMEINSCH RECHT.

TWEEDE, ONGEWERKTE DRUK,

DOOR

M^r. H. L. DRUCKER,

HOOGLEERAAR TE LEIDEN.

EERSTE DEEL.



TE GRONINGEN BIJ J. B. WOLTERS, 1892.

VOORBERICHT VAN DEN EERSTEN DRUK.

Het handboek, waaraan thans het eerste Deel verschijnt, is door mij samengesteld uitsluitend met het oog op mijne voorlezingen over Instituten en Historia juris. Ik stel mij voor, door het gebruik van dit handboek tijd te winnen voor de bespreking der belangrijkste kwestieën, die hier enkel worden aangeroerd en voor de uitlegging en behandeling der bronnen. Volgens sommigen heb ik zeker te weinig gegeven, volgens anderen wellicht te veel. Wie gelijk heeft staat niet aan mij te beslissen. Ieder doet het op zijn manier. De toekomst moet leeren of ik mijn doel bereikt heb . . .

GRONINGEN, Juni 1877.

W. M.

VOORBERICHT VAN DEN TWEEDEN DRUK.

Hetzelfde doel, dat de Schrijver zich voorstelde, die met bovenstaande woorden als inleiding zijn Handboek in het licht zond, stond ook mij voor den geest, toen ik overging tot het bewerken eener herziene uitgaaf. De bestemming van het boek is in de eerste plaats, leiddraad te zijn bij mijne colleges, al hoop ik, dat het ook in zijn nieuwen vorm, evenals tot dusser in den ouden, buiten den kring mijner toehoorders zal worden geraadpleegd.

De aanleg van het oorspronkelijke werk is behouden; met name ook de toevoeging van een aantal fragmenten uit de bronnen, die niet slechts bewijsplaatsen zijn voor het in den tekst gezegde, maar borenal dienen om den tekst aan te vullen. De ondervinding van een tiental jaren heeft mij het groote nut daarvan doen kennen. Op het college kunnen die citaten worden gelezen, verklaard en besproken, veel gemakkelijker dan wanneer

—

telkens het *Corpus Juris* moet worden opgeslagen. En bij eigen lectuur wordt de lezer voortdurend herinnerd aan de wenschelijkheid, de Romeinen zelf te hooren spreken. Uittreksels uit de *Instituten* zijn zelden opgenomen en dan nog alleen uit titels, welke niet opzettelijk gewijd zijn aan het behandelde onderwerp. Bij den student, die zich met het Romeinsche recht bezighoudt, mag zelfs de gedachte niet opkomen dat hij, wat de *Instituten* betreft, met eene bloemlezing zou kunnen volstaan. Wie daarentegen de *Instituten* grondig kent, in Gajus geen vreemdeling is, en door de hier afgedrukte plaatsen vertrouwd is geworden met de overige rechtsboeken, heeft voor den eersten aanloop voldoende kennis der bronnen verworven. Opgemerkt worde nog, dat voor de citaten uit de wetgeving van JUSTINI-ANUS de uitgave van MOMMSEN—KRÜGER, ten aanzien der vóór-Justiniaansche bronnen de *Collectio librorum juris antejustiniani* is gevolgd.

Ook de rangschikking der stof is behouden, al zoude ik op sommige punten wellicht eene andere hebben verkozen. Doch het was van belang, zoo min mogelijk storing te brengen in de verwijzingen, voorkomende in het derde deel, dat vooreerst wel niet zal worden herdrukt. Om dezelfde reden is, ondanks het wegvallen van § 11, de nummering der overige paragrafen gehandhaafd. Alleen waar dit onvermijdelijk scheen, is de volgorde ietwat veranderd.

Thans worde kortelijk rekenschap gegeven van de aangebrachte wijzigingen.

Vooreerst is op meer dan eene plaats gebruik gemaakt van de resultaten der nieuwere wetenschap. Uitkomsten, die nog niet geacht kunnen worden vast te staan, zijn niet dadelijk opgenomen. Wel gaven zij soms aanleiding, als twijfelachtig aan te duiden, wat vroeger als zeker kon worden roorgesteld.

Geschrapt is hetgeen niet behoort tot het zuivere Romeinsche Recht; zoo cervielen de opmerkingen over het heutigc Römische Recht, welke de eerste druk, op het voetspoor der Duitsche werken, hier en daar inrolocht.

Weggelaten is verder, wat voor den eerstbeginnende niet onmisbaar is of wat beter mondeling wordt behandeld. Voor bespreking moet iets overblijven. Doch in den regel zal òf de tekst òf het daarbij uit de bronnen afgedrukte voldoende aan het besprokene herinneren. Het Handboek is mij niet het minst daarom lief, omdat het de „dictaten” tot een minimum beperkt. Over hetgeen noodig is te achten, kan men verschillend denken. In het algemeen meende ik een weinig te mogen bekorten. Daarbij is echter, naar ik vertrouwd, slechts enkele maten iets verloren gegaan, dat

de meegerorderde, die het boek gebruikt, gaarne er in zoude vinden.

Geheel vervallen zijn de noten, die in een werk als dit minder thuis behooren. De zakelijke inhoud is in den tekst overgegaan. Literatuur aan te halen acht ik overbodig; ruimschoots voorzien daarin de werken, in § 5 genoemd — wat het dogmatische gedeelte aangaat, bovenal de in dit opzicht onoreretroffen WINDSCHEID. Sedert § 5 werd afgedrukt, verscheen van SALKOWSKI'S Lehrbuch een zesde druk, van DERNBURG'S Pandekten eene derde uitgave. De welwillende lezer gelieve dit op blz. 13 aan te teekenen.

Eindelijk heb ik mij er op toegelegd, Latijnsche of zoogenaamd Latijnsche uitdrukkingen, zooreel mogelijk, te verdietschen. Zullen wij ooit eene werkelijk Nederlandsche rechtstaal verkrijgen, dan moeten de leerboeken voorgaan, opdat de rechtsbeoefenaar zich, van den aancang af, er aan gewenne, Nederlandsch te spreken.

Of de denkbeelden, waarvan ik ben uitgegaan, juist zijn, en of door toepassing daarvan het Handboek in bruikbaarheid heeft gewonnen, mogen anderen beoordeelen. Voor opmerkingen dienaangaande zal ik zeer dankbaar zijn.

Mijn voornemen is, de herziene uitgave van het Tweede Deel (Familie-recht en Zakenrecht) te laten volgen, zoodra ik over den noodigen vrijen tijd kan beschikken. Daarna hoop ik, door bewerking van het Erfrecht, het boek te voltooien.

LEIDEN, 1 Juli 1892.

H. L. D.

INHOUD.

INLEIDING.

	Blz.
§ 1. Romeinsch recht. Bestanddeelen	1
§ 2. Redenen van beoefening van het Romeinsche recht	1
§ 3. Wijze van behandeling	3
§ 4. Bronnen, waaruit de kennis van het Romeinsche recht kan geput worden	5
§ 5. Literatuur	12
§ 6. Orde van behandeling.	13

BOEK I.

Algemeen gedeelte.

HOOFDSTUK I.

OVER HET RECHT IN HET ALGEMEEN.

§ 7. Recht in objectieven en recht in subjectieven zin.	16
§ 8. Recht en moraal	17
§ 9. Publiek en privaaf recht.	18
§ 10. Jus civile, jus gentium en jus naturale	18
§ 11 van den eersten druk is vervallen.	
§ 12. Aanvullend en dwingend recht	20
§ 13 (1 ^e druk: § 14). Sanctie der wetten.	21
§ 14 (1 ^e druk: § 13). Algemeen en bijzonder recht, regelmatig en abnormaal recht.	22
§ 15. Ontstaan van het recht. Wet en gewoonterecht.	22
§ 16. Volkswetten. Leges en plebiscita.	23
§ 17. Senaatsbesluiten. Senatusconsulta.	26

	Blz.
§ 18. Keizerlijke verordeningen. Constitutiones principum	27
§ 19. De edicten der magistraten, vooral van den praetor	30
§ 20. De adviezen der rechtsgeleerden	32
§ 21. De voornaamste Romeinsche juristen	35
§ 22. Gewoonterecht	43
§ 23. Werking der wet ten aanzien van de plaats en de personen .	45
§ 24 (1 ^o druk: § 26). Werking der wet met betrekking tot den tijd	45
§ 25 (1 ^o druk: § 24). Vervolg. Niet-terugwerkende kracht der wet.	46
§ 26 (1 ^o druk: § 25). Uitlegging der wet.	47
§ 27. De wetgeving van Justinianus.	50
§ 28. Het Romeinsche recht in het Oosten, na den dood van Jus- tinianus	57
§ 29. Het Romeinsche recht in het Westen tot aan de glossatoren- school	58
§ 30. De glossatoren-school en de commentatoren	59
§ 31. De receptie van het Romeinsche recht.	61
§ 32. Wetenschappelijke beoefening van het Romeinsche recht van de 16 ^e eeuw tot onzen tijd	63

H O O F D S T U K II.

OVER PERSONEN OF RECHTSSUBJECTEN.

§ 33. Begrip en soorten van personen	67
§ 34. Begin en einde der natuurlijke persoonlijkheid	68
§ 35. Rechtstoestand der natuurlijke personen. Capitis deminutio .	70
§ 36. Vrijheid en slavernij	71
§ 37. Begrip der slavernij	73
§ 38. Ontstaan der slavernij	77
§ 39. Eindigen der slavernij	79
§ 40. De vereischten der vrijlating	81
§ 41. Vervolg. De bevoegdheid tot vrijlating.	85
§ 42. Het patronaatsrecht	90
§ 43. Eenige aan slavernij verwante toestanden.	92
§ 44. Burgers en vreemdelingen	95

	Blz.
§ 45. Zelfstandige en afhankelijke personen. De Romeinsche familie	96
§ 46. De middelen tot handhaving van den staat	97
§ 47. Burgerlijke eer. Eerloosheid.	99
§ 48. Stand	102
§ 49. Godsdienst.	102
§ 50. Geslacht	102
§ 51. Leeftijd.	104
§ 52. Gezondheid	106
§ 53. Woonplaats	107
§ 54. Verwantschap tusschen verschillende personen. A. Wettige en onwettige geboorte.	109
§ 55. Vervolg. B. Adgnatio en cognatio	110
§ 56. Vervolg. C. Zwagerschap	113
§ 57. Rechtspersonen	114

HOOFDSTUK III.

OVER ZAKEN OF RECHTSOBJECTEN.

§ 58. Begrip van zaken. Lichamelijke en onlichamelijke zaken . .	121
§ 59. Zaken in en buiten het vermogen. Zaken in en buiten het handelsverkeer	122
§ 60. Res mancipii en res nec mancipii	125
§ 61. Roerende en onroerende zaken	125
§ 62. Vervangbare en niet-vervangbare zaken	127
§ 63. Geld.	128
§ 64. Verbruikbare en niet-verbruikbare zaken	129
§ 65. Deelbare en ondeelbare zaken	129
§ 66. Eenvoudige en samengestelde zaken. Rechtszaken	131
§ 67. Hoofdzaken en bijzaken. Hulpzaken	133
§ 68. Vruchten. Renten	136
§ 69. Waarde der zaken	140

HOOFDSTUK IV.

OVER HET ONTSTAAN EN TE NIET GAAN VAN RECHTEN.

	Blz.
§ 70. Ontstaan, verandering en te niet gaan van rechten in het algemeen	141
§ 71. Soorten van verkrijging	143
§ 72. Begrip en soorten van rechtshandelingen	145
§ 73. Vereischten der rechtshandeling in het algemeen	147
§ 74. Bevoegdheid der handelende personen	147
§ 75. De werkelijke wil	149
§ 76. De verklaring van den wil	153
§ 77. De inhoud der wilsverklaring	156
§ 78. Medewerking van anderen bij het aangaan van rechtshandelingen	157
§ 79. Dwaling	161
§ 80. Bedrog	165
§ 81. Dwang	167
§ 82. De voorwaarde. Begrip	170
§ 83. Vervolg. Verschillende soorten voorwaarden	173
§ 84. Vervolg. De werking der hangende, vervulde of ontbrekende voorwaarde	177
§ 85. De tijdsbepaling.	182
§ 86. De last	186
§ 87. Ongeldigheid der rechtshandelingen	188
§ 88. Bekrachtiging, goedkeuring van aangegane rechtshandelingen.	193
§ 89. Uitlegging der rechtshandelingen	194
§ 90. De schenking	197
§ 91. Ongeoorloofde handelingen	202
§ 92. Verandering en te niet gaan van rechten	208
§ 93. Vervreemding en afstand van rechten	210
§ 94. De tijd in betrekking tot het ontstaan en te niet gaan van rechten	212

HOOFDSTUK V.

UITOEFENING, BESCHERMING EN HANDHAVING DER RECHTEN.

	Blz.
§ 95 (1 ^e druk: § 96). Uitoefening der rechten.	216
§ 96 (1 ^e druk: § 97). Samenloop en botsing van rechten.	218
§ 97 (1 ^e druk: § 95). Bescherming en handhaving van rechten in het algemeen	220
§ 98. Zelfverdediging. Eigenrichting	221
§ 99. De rechtsprekende personen	223
§ 100. De partijen en hunne vertegenwoordigers	225
§ 101. De bevoegdheid des rechters.	228
§ 102. De procedure per legis actiones.	229
§ 103. De procedure per formulas	231
§ 104. Eenige bijzonderheden aangaande de procedure voor den magistraat en voor den rechter.	235
§ 105. De procedure van den lateren keizertijd.	239
§ 106. Acties. Begrip en grond	240
§ 107. Verdeelingen der acties.	242
§ 108. Verloren gaan der acties in het algemeen, en inzonderheid door den dood van een der partijen	253
§ 109. Samenloop van acties	254
§ 110. Verjaring der acties. Praescriptio	255
§ 111. Middelen van verdediging. Excepties	259
§ 112. De litis contestatio en hare gevolgen.	264
§ 113. Bewijs. Bewijslast	272
§ 114. Bewijsmiddelen	275
§ 115. Het vonnis en zijne werking.	277
§ 116. Beslissing van den rechtsstrijd buiten proces	283
§ 117. Tenuitvoerlegging van het vonnis	286
§ 118. Rechtsmiddelen tegen het vonnis	287
§ 119. Herstel in den vorigen toestand	288
§ 120. Middelen tot bewaring van rechten buiten proces.	291

INLEIDING.

§ 1. ROMEINSCH RECHT. BESTANDEELEN.

De voorlezingen over de Instituten dienen om een kort historisch-dogmatisch overzicht te geven van het Romeinsche privaatrecht, als grondslag voor de studie van het Romeinsche recht in het bijzonder en van de wetenschappelijke rechtsbeoefening in het algemeen.

Onder Romeinsch recht verstaan wij hier niet alle wetten en rechten, welke sedert de stichting van Rome (753 v. C.) tot den ondergang van het Byzantijnsche Keizerrijk (1453 n. C.) in den Romeinschen Staat hebben gegolden, maar het Romeinsche recht, zooals het onder de regeering van Keizer Justinianus (527—565) is herzien en gecodificeerd.

Dat Justiniaansche recht bestaat uit de volgende bestanddeelen:

I. De *Institutiones*, in 4 boeken (*totius legitimae scientiae prima elementa*), met verbindende kracht sedert 30 December 533, een wetboek, maar tevens een leerboek ter inleiding in de rechtswetenschap (§ 2 I. de just. et jure, I, 1).

II. De *Pandectae* of *Digesta*, in 50 boeken, met verbindende kracht sedert denzelfden dag als de Instituten.

III. Den *Codex Constitutionum* (*Codex repetitae praelectionis*, eene herziening van dien van het jaar 529), in 12 boeken, verbindend sedert 29 December 534.

IV. De *Novellae* (*Novellae Constitutiones*) van 535—565. Over de samenstelling, inrichting enz. der Justiniaansche wetgeving, zie beneden §§ 27 e. v.

§ 2. REDENEN VAN BEOEFENING VAN HET ROMEINSCH RECHT.

Ofschoon het Romeinsche recht in Nederland geene kracht van wet meer heeft ¹⁾ en in zooverre zijn onmiddellijk practisch belang bijna

¹⁾ Bij art. 3 van het besluit van Koning Lodewijk van 24 Februari 1809, is het Roomsche recht afgeschaft met de invoering van het Wetboek Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland op 1 Mei 1809. Art. 1 van de wet van 16 Mei 1829, *Stbl.* no. 33 omtrent de afschaffing der nog in werking zijnde wetboeken, op het tijdstip der invoering van de nationale wetboeken, bepaalt: „Het wettelijk gezag van het romeinsche recht is en blijft afgeschaft.”

geheel heeft verloren, is het toch voortdurend ook hier te lande het uitgangspunt en de basis der wetenschappelijke rechtsbeoefening gebleven. De reden hiervan ligt vooreerst in de voortreffelijkheid van zijn inhoud. Hoewel vele zijner instellingen uit onze maatschappij zijn verdwenen en tal van bijzonderheden niet meer passen voor onze toestanden, berusten toch zijne hoofdbeginselen voor een belangrijk deel niet op eene bekrompene, specifiek-Romeinsche opvatting der levensbetrekkingen, maar beantwoorden zij aan eene rationeele opvatting van algemeen menschelijke toestanden en betrekkingen.

Afgescheiden van den inhoud — waarvan uit den aard der zaak bij voortgaande ontwikkeling van het recht steeds meer vervalt of gewijzigd wordt — ligt de onvergankelijke waarde van het Romeinsche recht in de methode zijner groote meesters. Boven alle vroegere en latere juristen munten zij uit door hun meesterschap over de taal, door hunne kernachtige en juiste uitdrukkingen, door hunne scherpe begrippen en de consequente toepassing hunner beginselen. Aan eene onovertroffen gave van ontleding van rechtsregelen paren zij eene bewonderenswaardige kunst van uitlegging, waar het geldt den wil van den wetgever te verklaren of de bedoeling der partijen uit testament of overeenkomst af te leiden. Maar vooral wekt het onze bewondering, wanneer wij zien, hoe zij met gemak en zekerheid van het abstracte tot het concrete, van den rechtsregel tot het bijzonder geval, en omgekeerd weten over te gaan. Bij elken rechtsregel letten zij op de toepassing, en zij verstaan bij uitnemendheid de kunst, om, zonder zich ooit in onvruchtbare abstracties te verliezen, het hun voorgelegde geval onder den bestaanden rechtsregel te brengen of er een nieuwen voor te vinden.

Maar al ware dit alles anders dan het is, dan nog zou er eene gewichtige reden voor ons bestaan om het Romeinsche recht te beoefenen. Die reden is gelegen in den invloed en het gezag, die het zoo hier als elders eeuwen lang heeft geoefend. Sedert de herleving der rechtsstudie aan de Boloneesche of Glossatoren-school (1100—1250) hebben de meeste en beste juristen zich bijna uitsluitend met het Romeinsche recht bezig gehouden. Zij legden het aan hunne adviezen en vonnissen ten grondslag en ontwikkelden het in hunne wetenschappelijke werken, ten koste meermalen van hun nationaal recht. De geheele juridische literatuur is zoodanig van het Romeinsche recht doortrokken, dat zij zonder de kennis van dat recht niet begrepen kan worden.

Door een en ander heeft het Romeinsche recht een overwegenden invloed geoefend op de vorming en ontwikkeling der tegenwoordige rechtswetenschap, en is het onmisbaar geworden voor de verklaring van ons hedendaagsch positief recht. Al heeft het dus niet meer de *vis legis*, uit een technisch en historisch oogpunt heeft het en zal het nog lang behouden, om met Leibnitz te spreken, de *vis magni doctoris*.

Evenwel wachte men zich voor overdrijving. De groote verdiensten van het Romeinsche recht, wat vorm en inhoud betreft, hebben ook een gevaarlijken, ja verderfelijken invloed gehad. Zij hebben geleid tot slaafsche

bewondering en navolging, tot een „sermocinari tanquam e vinculis”, tot verwaarloozing van de studie van het Germaansche recht. Wij moeten niet alles uit het Romeinsche recht willen verklaren en niet schromen, zijne uitspraken te verwerpen, wanneer zij niet meer in harmonie zijn met de tegenwoordige rechtsovertuiging of met de eischen van het tegenwoordige maatschappelijke verkeer. Menig leerstuk echter van het privaatrecht gaat nog gebukt onder de methode van het orthodoxe Romanisme. Wij hebben te veel de Romeinsche juristen leeren napraten, te weinig in hunnen geest het recht zelfstandig ontwikkeld. Vgl. over dit punt verder hieronder, § 32.

§ 3. WIJZE VAN BEHANDELING.

Men kan een positief recht uit verschillende oogpunten beschouwen, uit een historisch, dogmatisch of wijsgeerig oogpunt. De geschiedenis geeft antwoord op de vraag, hoe iets recht is geworden. Zij leert ons de bronnen kennen, waaruit het recht gesproten is, en schildert het ontstaan, de ontwikkeling en den ondergang der rechtsinstellingen. De dogmatiek houdt zich bezig met het onderzoek naar de instellingen en bepalingen, waaruit het positieve recht op een gegeven oogenblik bestaat. De wijsbegeerte eindelijk onderzoekt niet wat recht is, noch hoe iets recht is geworden, maar zij vraagt naar het waarom, naar de redelijkheid der grondslagen, naar de doelmatigheid van het positieve recht.

Zonder eene eigenlijke geschiedenis van het Romeinsche recht te geven, vereenigen wij, voor zoover noodig, met de dogmatische, de historische behandeling. Is in het algemeen bij de beoefening van een positief recht de bestudeering der wording daarvan een eerste vereischte, bij de verklaring der Justiniaansche wetgeving, welke grootendeels eene compilatie is van oudere rechtsbronnen, is het opklimmen tot vroegere toestanden geheel onmisbaar. Justinianus zelf sloot ook de historie niet buiten; quibus breviter expositum est, zegt hij in prooem. § 5 van de Instituten, et quod antea optinebat, et quod postea desuetudine inumbratum ab imperiali remedio illuminatum est. Verg. b. v. § 1 I. de test. ord. (II, 10); § 1 en §§ 4—7 I. de fideic. hered. (II, 23); pr. I. de codicill. (II, 25); pr., §§ 1 en 2 I. de succ. libert. (III, 7).

Men pleegt de rechtsgeschiedenis te onderscheiden in uitwendige (*externa*) en inwendige (*interna*), naarmate het geldt de geschiedenis van de rechtsbronnen en van de staatkundige gebeurtenissen, die op de ontwikkeling des rechts een bijzonderen invloed hebben geoeffend, of wel de ontwikkeling van het ontstaan, de veranderingen en den ondergang der rechtsinstellingen zelve.

Bij de behandeling der rechtsgeschiedenis kan men eene *synchronistische* (*historische*) of eene *chronologische* (*systematische*) methode volgen. Volgens de eerste verdeelt men de rechtsgeschiedenis in zekere tijdvakken en behandelt de rechtsontwikkeling van elke periode afzonderlijk. Volgens de

tweede wordt achtereenvolgens elke rechtsinstelling in haar oorsprong en verdere ontwikkeling ontvouwd. Hier staat elke rechtsinstelling, ginds elke periode op zich zelve. De chronologische methode geeft geen algemeen overzicht van de rechtsontwikkeling in haar geheel; zij geeft niet ééne geschiedenis, maar zoovele geschiedenissen als er leerstukken zijn, zonder aanwijzing van hun onderling verband en gelijktijdige ontwikkeling. De synchronistische geeft een beter begrip van het standpunt, waarop het geheele recht telkens in ieder tijdvak staat, een helderder inzicht in den gelijktijdigen voortgang en den samenhang zijner instellingen. Daarom is de synchronistische methode, algemeen in gebruik bij de uitwendige rechtsgeschiedenis, sedert het einde der vorige eeuw door sommigen ook toegepast op de inwendige, eerst door Reitemeier, *Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland*, 1785, vervolgens door Hugo in zijn beroemd *Lehrbuch der Rechtsgeschichte* (11^{de} ed., 1832) en door onzen landgenoot Holtius, *Historiae juris Romani lineamenta* (2^{de} ed., 1840). Ook deze methode stuit echter op verschillende bezwaren. Vooreerst leidt zij, bij de behandeling der inwendige rechtsgeschiedenis, te veel tot herhalingen. Bovendien is zij moeilijk uitvoerbaar, omdat zich niet in elke periode eene gelijkmatige ontwikkeling van alle rechtsinstellingen laat aanwijzen en bovenal, omdat de bronnen te onvolledig zijn om met juistheid te kunnen bepalen, in welk tijdvak de oorsprong of verandering eener rechtsinstelling te zoeken is.

De uitwendige rechtsgeschiedenis pleegt men te verdeelen in perioden, meestal ten getale van vier. De grenzen dier perioden worden verschillend gesteld. Gebruikelijk is b.v. de volgende verdeling:

1^{ste} periode. Van de stichting der stad tot aan de wet der XII tafelen (753—452 v. C.); kindsheid van het recht; theocratisch karakter; *fas* en *jus*, publiek en privaatsrecht nog niet gescheiden.

2^{de} periode. Van de wet der XII tafelen tot de alleenheerschappij van Augustus (452—29 v. C.); jongelingsjaren van het recht; vrije republiek; strijd tusschen Patriciërs en Plebejers om politieke en rechtsgelijkheid; toenemende invloed van het *jus gentium* op het streng nationale *jus civile*.

3^{de} periode. Van het einde der republiek tot Konstantijn (29 v. C.—324 n. C.); mannelijke leeftijd van het recht; strijd tusschen republikeinsche en monarchale vormen; classieke juristen.

4^{de} periode. Van Konstantijn tot den dood van Justinianus (324—565 n. C.); verval van het recht en van de Romeinsche nationaliteit, ten gevolge van despotisme en vreemde indringers; het recht wordt niet meer ontwikkeld, maar gecompileerd.

Wij behandelen de inwendige rechtsgeschiedenis bij de verschillende leerstukken voor zoover dit vereischt wordt tot recht verstand van het Justiniaansche recht. Wat de uitwendige rechtsgeschiedenis aangaat, zoo geven wij in §§ 15 e. v. een beknopt overzicht van de rechtsbronnen, naar aanleiding van §§ 4 e. v. I. de jure nat. (I, 2).

Over de volgorde van behandeling, zie hieronder § 6.

§ 4. BRONNEN, WAARUIT DE KENNIS VAN HET ROMEINSCHE RECHT
KAN GEPUT WORDEN.

De bronnen, waaruit onze kennis van het Romeinsche recht wordt verkregen, zijn:

I. Op- en inschriften op koper, marmer, steen, was enz., waardoor documenten van rechtskundig belang in hun oorspronkelijken vorm tot ons zijn gekomen. Eene verzameling van inschriften bevat het *Corpus Inscriptionum Latinarum*, onder leiding van Th. Mommsen door de Berlijnsche Academie uitgegeven (sedert 1863). Hiertoe behooren:

A. Oorkonden van rechtshandelingen van allerlei aard, bijv. formulieren voor mancipatie, acten van schenking, contracten van aanbesteding, schuldbekentenissen, quitantiën, testamenten, statuten van vereenigingen. Hun belang ligt hierin, dat zij ons de toepassing van het recht op de handelingen van het maatschappelijk verkeer voor oogen stellen, dat zij ons een meer aanschouwelijk beeld geven van het rechtsleven, dan ons de geschriften kunnen verschaffen. Naast deze oorkonden komen nog in aanmerking stukken, die niet juist rechtshandelingen betreffen, maar toch, zij het dan ook meer zijdelings, beteekenis hebben voor de kennis van het recht, bijv. grafschriften, uitlovingen voor het terugbrengen van verloren goederen, enz. De belangrijkste van deze oorkonden en stukken zijn afgedrukt bij Bruns, *Fontes Juris romani antiqui*, Ed. 5^a. cura Th. Mommseni, 1887, bladz. 240—329.

B. Overblijfselen van wetten, senaatsbesluiten, edicten, keizerlijke verordeningen. Eenige der belangrijkste zijn:

- 1^o. *Lex agraria* (111 v. C.) over landbezit en weiderecht (*Lex Thoria*?).
- 2^o. *Lex Acilia* (of *Servilia*?) *repetundarum* (omstreeks 122 v. C.), op dezelfde tafel als de vorige. Over naam en inhoud bestaat veel strijd.
- 3^o. *Tabula Bantina*, inhoudende aan de eene zijde een gedeelte van het in de eerste helft der 7^{de} eeuw aan Bantia verleende stadrecht, in de Oscische taal, aan de andere zijde een fragment eener wet in de Latijnsche taal, eveneens op Bantia betrekking hebbende.
- 4^o. *Lex Antonia de Termessibus majoribus Pisidis*, een plebisciet, waardoor omstreeks het jaar 70 v. C. de inwoners van Termessus werden verklaard: „liberi, socii et amici populi Romani.”

Van meer belang voor het privaatrecht zijn:

- 5^o. *Lex Rubria de Gallia cisalpina*, tusschen de jaren 49 en 42 v. C., inhoudende eene procesorde voor Gallia cisalpina. Overgebleven is de vierde tafel, bevattende: cap. XIX gedeeltelijk, over de *operis novi nuntiatio*, cap. XX, XXI en XXII geheel, over *damnum infectum* en executie wegens geleend geld, en cap. XXIII gedeeltelijk, over de vordering tot boedelscheiding. Wellicht behoort ook tot deze wet een fragment, in 1880 in de puinhoopen van Ateste gevonden.
- 6^o. *Lex Julia municipalis* of zoogen. *tabula Heracleensis* van het jaar 45 v. C., een soort van gemeentewet van Caesar over verschillende

onderwerpen (verdeeling van koren, aanleg, verbetering, reiniging en gebruik van openbare wegen, senatoren, magistraten, census, wijze van herziening).

7°. *Lex de imperio Vespasiani*, een wet of senaatsbesluit van het jaar 70 n. C., waarbij aan Vespasianus de soevereiniteitsrechten verleend werden op dezelfde wijze als zijne voorgangers die gehad hadden.

8°. *Lex Flavia de Salpensanis et de Malacitanis*, uit den tijd van Domitianus (tusschen 82 en 84 n. C.), inhoudende verschillende verordeningen voor de in de Spaansche provincie Baetica gelegene gemeenten Salpensa en Malaca. Het *aes Salpensanum* (waarvan cap. XXI—XXIX over zijn) handelt o. a. over verschillende ambtenaren en hunne plichten, over vrijlating van slaven en benoeming van voogden; het *aes Malacitanum* (waarvan cap. LI—LXIX over zijn) bevat bepalingen o. a. over de comitia en het stemmen daarin, over het coöpteeren van een patroon, het niet afbreken van huizen, de *lex praedictoria*, de invordering van boeten, de administratie van gemeente-eigendommen, enz. Het belangrijke dezer wetten bestaat niet daarin, dat zij ons het recht van een paar afgelegene provincie-steden leeren kennen, maar hierin, dat zij ons een denkbeeld geven van het stadrecht, zooals dit met geringe plaatselijke variaties in het algemeen in de Latijnsche municipia gold.

9°. *Lex Coloniae Genetivae Juliae*, van het jaar 44 v. C., zijnde het stadrecht voor de gemeente Urso (Osuna) in Spanje. De vier tafels, in 1870—1874 gevonden, hebben ongeveer een derde deel van den inhoud der wet voor ons bewaard.

10°. *Lex metalli Vipascensis*, van het einde der eerste eeuw n. C., inhoudende eene regeling van den rechtstoestand van een bergwerks-district in Portugal. Slechts een gedeelte der wet is in 1876 opgedolven; het bevat belangrijke bepalingen o. a. omtrent de verpachting van verschillende bedrijven aan ondernemers, die daardoor het recht verkrijgen anderen uit te sluiten van de uitoefening van hetzelfde bedrijf in het district.

Deze en vele andere wetten, besluiten en verordeningen — ook de zoodanige, waarvan de tekst alleen door de overlevering bij de schrijvers bekend is — zijn verzameld bij Bruns, t. a. p., bladz. 1—239.

II. De werken der schrijvers, zoowel rechtsgeleerde als niet-rechtsgeleerde.

A. De niet-rechtsgeleerde. Ofschoon zij voor ons van minder belang zijn dan de rechtsgeleerde, vindt men toch ook bij velen hunner talrijke bijzonderheden omtrent wetten en rechtswezen, daargelaten dat zij onmisbaar zijn voor de kennis van het maatschappelijk leven. Vooral voor de oudere perioden, waarvoor de eigenlijke juridische bronnen schaars vloeien, bewijzen zij groote diensten. Van de geschiedschrijvers noemen wij: Livius, Tacitus, Suetonius, de *Scriptores historiae Augustae*, Polybius, Dionysius van Halicarnassus, Cassius Coccejanus Dio. Voor de kennis van den tijd van Justinianus komt in aanmerking Procopius, die in zijne *Ἀνέκδοτα* of *historia arcana* eene zeer ongunstige schildering ophangt van de regeering van dien Keizer, terwijl

hij hem in een ander werk *περὶ τῶν τοῦ Ἰουστινιανοῦ κτισμάτων* hemel-
hoog verheft.

Voor de kennis van de inrichting van het bestuur is van belang de *notitia dignitatum et administrationum omnium tam civilium quam militarium in partibus orientis et occidentis*, „een soort van staatsalmanak” omstreeks 410 n. C., waarin alle civiele, militaire en hofbeambten en hunne functiën worden opgenoemd.

Verder vermelden wij de dichters (o. a. Plautus); de schrijvers over landhuishoudkunde en landmeetkunde, zooals M. Porcius Cato, M. Terentius Varro — die formulieren mededeelen voor contracten, bij den landbouw voorkomende — Frontinus, enz.; grammatici, waaronder Varro, *de lingua latina*; Sext. Pompejus Festus, *de significatione verborum*, en zijn epitomator Paulus Diaconus; Isidorus van Sevilla, *Originum s. etymologiarum libri XX*; kerkvaders, enz.

Onder de wijsgeeren en redenaars komt eene eerste plaats toe aan Marcus Tullius Cicero (106—43 v. C.) met zijne commentatoren Q. Asconius Pedianus, C. Marius Victorinus, C. Julius Victor en Anicius Manlius Severinus Boëthius. Cicero toont, vooral in zijne rhetorische geschriften, *de Oratore*, *Brutus* en *Orator*, eene groote be-
lezenheid in de oude rechtsliteratuur en deelt vele bijzonderheden uit zijne praktijk mede. Bijzonder belangrijk zijn zijne pleitreden in civiele en strafzaken, doch hier is hij niet altijd een veilige gids, daar hij het recht wel eens verdraaide ten voordeele zijner cliënten, terwijl de pleidooien zijner tegenpartij niet bekend zijn, zoodat men het: „hoor en wederhoor” niet kan toepassen. Hij zegt zelf b.v. (*de Finibus*, IV, c. 27), dat hij het met zijne philippica tegen de juristen en de jurisprudentie (*pro Murena*, c. 11 vlg.) niet zoo kwaad meende: „non ego tecum jam ita loquar, ut iisdem his de rebus, cum L. Murenam, te accusante, defenderem. Apud imperitos tum illa dicta sunt. Aliquid etiam coronae datum.” En in zijne *Orat. pro Cluentio*, c. 50: „Sed errat vehementer, si quis in orationibus nostris, quas in judiciis habuimus, auctoritates nostras consignatas se habere arbitratur. Omnes enim illae orationes causarum et temporum sunt, non hominum ipsorum et patronorum.” De uit een juridisch oogpunt belangrijkste, *pro P. Quintio*, *pro Q. Roscio Comoedo* en *pro A. Caecina*, zijn geanalyseerd door Bethmann—Hollweg, achter het 2^{de} deel van zijn *Civilprozess*, Bonn 1865. — Keller (*Semestria*, 1 deel in 3 stukken, 1842—1850) heeft uit een juridisch oogpunt behandeld: *pro Quinctio*, *pro Caecina* en *pro Tullio*.

Velerlei uit een rechtskundig oogpunt belangrijke bijzonderheden worden verder nog aangetroffen bij Valerius Maximus, *factorum dictorumque memorabilium libri IX*, bij Aulus Gellius in zijne *Noctes Atticae*, bij C. Plinius Sec. in zijne *Historia Naturalis*, en bij C. Plinius Caecilius Sec. in zijne *Epistolae*.

Van eenige minder algemeen verspreide werken van niet-rechtsgeleerde schrijvers zijn de voornaamste stukken opgenomen in het aangehaalde werk van Bruns, blz. 330—418.

B. De rechtsgeleerde werken, die tot ons zijn gekomen, kan men nog onderscheiden in 1^o. geschriften van enkele schrijvers, en 2^o. verzamelingen van rechtsbronnen en geschriften, hetzij door particulieren of op openbaar gezag tot stand gebracht.

1^o. Geschriften:

a. *Gaji institutionum commentarii IV*, verreweg de belangrijkste bron voor de kennis van het vóór-Justiniaansche recht. Vroeger bezat men van dit werk slechts uittreksels, in de Justiniaansche verzameling opgenomen, en eene sterk verkorte bewerking in de straks te noemen West-Gothische *Lex Romana*. In 1816 ontdekte Niebuhr in de bibliotheek van het Domkapittel te Verona een palimpsest, waarin, onder de werken van den kerkvader Hieronymus, de echte Instituten van Gajus verscholen waren; slechts eenige bladzijden ontbreken aan het handschrift. Aan de lezing daarvan is sedert groote zorg gewijd; talrijke uitgaven zagen het licht. Bijzondere vermelding verdient de editie van Studemund, 1874, steunende op eene uiterst nauwkeurige vergelijking van het handschrift door dezen uitstekenden philoloog. Een nader onderzoek van enkele twijfelachtige plaatsen in 1878 en 1883 gaf nog nieuwe uitkomsten, die in de laatste uitgaven zijn opgenomen.

Over menig deel der Romeinsche rechtsgeschiedenis hebben de Instituten van Gajus een nieuw licht doen opgaan; vooral geldt dit van het 4^e Boek, waarin het formulierenproces wordt behandeld. Sedert Niebuhr's ontdekking namen de studiën op dit gebied eene nieuwe vlucht.

b. *Fragmentum de jure fisci*, twee bladen perkament te gelijk met Gajus gevonden en laatstelijk uitgegeven door P. Krüger, Lips. 1868. Titel en schrijver van het werk, waarvan dit fragment deel uitmaakt, zijn niet met zekerheid bekend.

c. *Domitii Ulpiani fragmenta of tituli (XXIX) ex corpore Ulpiani*. Onder dezen naam is in één handschrift bewaard gebleven een deel van een *Liber singularis Regularum* van Ulpianus, eene ontwikkeling van onbetwiste rechtsbeginselen, grootendeels naar de volgorde der Instituten van Gajus samengesteld. Een stuk van het werk ontbreekt, terwijl ook het overige slechts eene verkorte bewerking geeft van de *Regulae*, waarschijnlijk kort na 320 vervaardigd met het doel om het practisch bruikbare te behouden. Deze fragmenten, naast Gajus de voornaamste bron van het vóór-Justiniaansche recht, zijn het eerst in 1549 door Jean Dutillet en sedert verscheidene malen uitgegeven.

d. Aan de Instituten van Ulpianus is bij Boëthius eene mededeeling over de vestiging der *manus* ontleend. Bovendien vond Endlicher in 1835 in de Weener Hofbibliotheek een klein, doch niet onbelangrijk fragment op eenige reepjes perkament, waarmede andere boeken gebonden waren.

e. *Pauli Sententiarum ad filium libri quinque*, eene korte samenvatting van de meest gewichtige rechtsregels voor practisch gebruik, „een juridisch vademecum”. Dit werk was algemeen verspreid en genoot een buitengewoon groot gezag, door Keizer Konstantijn en zijne opvolgers

herhaaldelijk bevestigd. Hoofdzakelijk kennen wij de *Sententiae* uit de West-Gothische codificatie (zie hieronder, letter *ii*), waarin zij voor een deel — vermoedelijk ongeveer $\frac{1}{4}$ of $\frac{1}{6}$ — zijn opgenomen. Ter aanvulling dienen de plaatsen, die in andere rechtsverzamelingen, o. a. in de Digesten van Justinianus, zijn overgegaan.

f. Fragmentum Dositheanum. In eene verzameling van stukken, als oefeningen bij het vertalen van het Latijn in het Grieksch en omgekeerd door zekeren leeraar Dositheus vervaardigd, komt eene juridische verhandeling voor over rechtsbronnen en vrijlatingen. Van welken rechtsgeleerde zij afkomstig is, staat niet vast. De overgeleverde tekst is zeer bedorven, waarschijnlijk ten gevolge van het gebruik, waartoe de bedoelde verzameling bestemd was.

g. M. Valerius Probus, de notis, eene verklaring van talrijke in de rechtsbronnen voorkomende verkortingen.

h. L. Volusius Maecianus, assis distributio, van belang bij het erfrecht en de renteberekening.

i. Tractatus de gradibus, eene, wellicht van Ulpianus afkomstige, bondige verhandeling over de graden van bloedverwantschap. Verder zijn overgebleven eenige verwantschapstafels, die, op verschillende wijzen, van deze graden eene aanschouwelijke voorstelling geven.

k. Van Papinianus was, behalve de uittreksels in de latere Romeinsche codificaties, tot kort geleden slechts één fragment bekend, dat het slot vormt van de *Lex Romana Visigothorum*. In den jongsten tijd zijn in Egypte eenige bladen gevonden, waarvan een deel (handelende over voogdij en *bonorum possessio*) naar Berlijn, een ander stuk (over vrijlatingen) naar Parijs is overgebracht. Te gelijk werd een fragment *de judiciis* ontdekt, waarvan de schrijver nog niet is vastgesteld.

l. Eenige kleine fragmenten, o. a. van Pomponius (over de ondeelbaarheid der erfdienstbaarheden), Paulus, Ulpianus, Modestinus (over het verschil tusschen relegatie en deportatie), enz.

De verschillende overblijfselen van geschriften, onder *a—l* vermeld, vindt men verzameld bij

Huschke, *jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt*, Ed. 5^a, Lips. 1886, en in

Collectio librorum juris antejustiniani in usum scholarum ediderunt Krüger, Mommsen, Studemund. Tomus I (Ed. 2^a), 1884; Tom. II, 1878; Tom. III, 1890. Voor nadere bijzonderheden zie de in § 5 aan te halen werken van Krüger en Karlowa.

2^o. Codificaties en Compilaties:

aa. Codex Gregorianus, eene onder de regeering van Diocletianus en Maximianus door den jurist Gregorianus of Gregorius vervaardigde verzameling van keizerlijke constituties, waarschijnlijk aanvangende met verordeningen van Keizer Hadrianus. Bij de samenstelling van den Justiniaanschen Codex moet deze verzameling gebruikt zijn; zij laat zich echter daaruit niet reconstrueeren. Wat ons door de *Lex Romana Visigothorum*, door de werken hieronder *r. ee, ff, gg* genoemd, enz. bekend is,

vormt slechts een klein deel van den oorspronkelijken Codex. De oudste bekende constitutie dagteekent van 196 n. C. (Septimius Severus), de jongste van 295 n. C. (Diocletianus en Maximianus). De nieuwste uitgave is die van Hänel in *Corpus Juris Romani Antejustiniani consilio professorum Bonnensium*, II, Bonnae 1837.

bb. *Codex Hermogenianus*, eene dergelijke, eveneens private verzameling, door den jurist Hermogenianus vervaardigd, volgens sommigen omstreeks 365 n. C., volgens anderen tusschen 314 en 324 n. C. Ook van dit werk is slechts een klein gedeelte bewaard gebleven, dat eveneens is uitgegeven door Hänel, t. a. p.

cc. *Codex Theodosianus*, de eerste officiële verzameling van keizerlijke constituties (van Konstantijn tot Theodosius), vervaardigd tusschen 435 en 437 door eene commissie van 16 ambtenaren, op last van Keizer Theodosius II, die het plan had het geheele recht te codificeeren, doch het niet verder bracht dan tot deze verzameling. De Codex werd op 15 Februari 438 te Konstantinopel door Theodosius, en vervolgens te Rome door Valentinianus III gepubliceerd, om op 1 Januari 439 in werking te treden. Deze codex is verdeeld in 16 boeken, welke naar de onderwerpen in titels zijn onderverdeeld; in de titels zijn de constituties in chronologische orde gerangschikt. Voor het privaatrecht zijn vooral de eerste vijf boeken van belang, de overige handelen grootendeels over staats-, straf- en kerkrecht. De laatste elf boeken zijn ons bijna geheel, de eerste vijf slechts voor een deel onmiddellijk uit handschriften bekend; voor het ontbrekende dienen als bron de uittreksels, die in de *Lex Romana Visigothorum* voorkomen. De nieuwste uitgaaf is die van Hänel, t. a. p., terwijl die van Jacobus Gothofredus (1665, Ed. Ritter 1736) om den uitmuntenden commentaar belangrijk blijft.

dd. *Novellae Constitutiones*; dit zijn de wetten, welke na den *Codex Theodosianus* werden uitgevaardigd, in het Oosten door Theodosius II en zijne opvolgers, Marcianus en Leo I, en in het Westen door Valentinianus III, Maximus, Majorianus, Severus en Anthemius, en die de regeeringen elkander over en weder toezonden (438—473). Zij zijn voor een deel uit de *Lex Romana Visigothorum*, voor een deel uit verschillende handschriften bekend, en, met de zoogenaamde 18 Sirmondsche Constituties, door Hänel uitgegeven achter den *Codex Theodosianus*.

ee. *Fragmenta Vaticana*. Aldus wordt genoemd eene compilatie, in 1820 door Angelo Mai in een palimpsest der Bibliotheek van het Vaticaan gevonden. Zij is, waarschijnlijk tusschen 372 en 438, door een onbekende met een practisch doel samengesteld, en bestaat eensdeels uit verschillende geschriften van Papinianus, Ulpianus en Paulus, anderdeels uit keizerlijke constituties, waarvan de jongste van het jaar 372 dagteekent. De stof is naar de onderwerpen gerangschikt en in titels verdeeld. Hoewel de verzameling zonder talent is bewerkt, heeft zij hooge waarde voor de rechtsgeschiedenis, omdat zij de uittreksels uit de bronnen onvervalscht weergeeft.

ff. *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, of *Lex Dei, quam Deus praecepit ad Moysen*, eene vergelijking van het Mozaïsche met het Romeinsche recht, van een onbekenden auteur, tusschen 390 en 438. Het Mozaïsche recht wordt vertegenwoordigd door eene Latijnsche vertaling van den Pentateuch, het Romeinsche recht door uittreksels uit geschriften van Gajus, Papinianus, Ulpianus, Paulus en Modestinus, door constituties uit den Codex Gregorianus en Hermogenianus en enkele latere, die echter nog niet aan den Codex Theodosianus zijn ontleend. Wat des schrijvers oogmerk was, is niet voldoende opgehelderd. De meeste van de 16 overgebleven titels handelen over onderwerpen van strafrecht.

gg. *Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti*, bevattende de adviezen van een jurist over vragen hem voorgelegd door een pleitbezorger, met bewijsplaatsen uit de *Sententiae* van Paulus en uit de drie verzamelingen van constituties (hierboven onder *aa*, *bb*, *cc*). Het werk is waarschijnlijk in Gallië in de vijfde of zesde eeuw vervaardigd.

Fragmenta Vaticana, *Collatio* en *Consultatio* zijn opgenomen in de *Jurisprudentia Antejustiniana* van Huschke en in de *Collectio librorum juris antejustiniani* (Tom. 3).

hh. Het *Syrisch-Romeinsche rechtsboek*, eene compilatie omstreeks 476 vervaardigd. Het werk is oorspronkelijk in het Grieksch geschreven, doch in de Syrische en andere Oostersche talen overgebracht; in het Oosten heeft het eeuwen lang groot gezag genoten. Waarschijnlijk is het samengesteld door een practicus of geestelijke om te strekken tot handboek ten gebuike in de bisschoppelijke gerechten. Het behandelt vooral privaatrecht. Met uitzondering van het wettelijk erfrecht, waarvoor een afwijkend nationaal-Syrisch stelsel is aangenomen, bestaat het uit Romeinsch Recht. De bronnen, waaruit de schrijver putte, zijn niet aangegeven; de vorm is uiterst gebrekkig. Niettemin is het boek belangrijk voor de rechtsgeschiedenis, omdat het ons een blik vergunt op de toepassing van het recht in de 5^e eeuw in eene Oostersche provincie. De uitgave van Bruns en Sachau (Leipzig, 1880) bevat, behalve den tekst, eene Deutsche vertaling en een juridischen commentaar.

ii. *Lex Romana Visigothorum* of *Breviarium Alaricianum*, een in het jaar 506 onder Alarik II, Koning der West-Gothen, vervaardigd wetboek, ten dienste van de in zijn Rijk wonende Romeinen. Bij de samenstelling zijn gebruikt de drie *Codices* en de latere constituties, de Instituten van Gajus en de *Sententiae* van Paulus; het slot vormt één fragment uit de *Responsa* van Papinianus. De plaatsen uit deze bronnen zijn verkort, maar overigens onveranderd opgenomen en van eene doorlopende aantekening (*interpretatio*) voorzien. Ten aanzien der Instituten van Gajus staan evenwel tekst en *interpretatio* niet naast elkaar, maar is alleen eene verkorte bewerking in twee boeken — die, naar het schijnt, reeds vroeger bij het onderwijs in gebruik was — opgenomen. Deze *lex Romana*, het belangrijkste van de bij de Germanen tot stand gekomen Wetboeken van Romeinsch Recht, werd, na den ondergang van het West-Gothische Rijk, door de Franken behouden. Voor zoover in het Westen

van Europa het Romeinsche Recht werd gebruikt en toegepast, bleef deze verzameling de voornaamste bron, totdat zij sedert de elfde of twaalfde eeuw door de Justiniaansche rechtsboeken werd verdrongen. De talrijke handschriften zijn verwerkt in de uitgave van Hänel, Lips. 1849.

kk. Lex Romana Burgundionum, een Bourgondisch wetboek voor de Romeinsche onderdanen van dat Rijk, in het begin der 6^e eeuw samengesteld. Het putte uit dezelfde bronnen als het West-Gothische Rechtsboek, heeft echter veel minderen omvang. De oorspronkelijke woorden der bronnen zijn in dit werk niet behouden; ook is het Romeinsche recht met het inheemsche vermengd. De naam *Papianus*, die vroeger aan dit Wetboek werd gegeven, is ontstaan, doordien het in sommige handschriften onmiddellijk volgt op de *Lex Romana Visigothorum* en men het opschrift van de laatste rubriek van dit Wetboek aanzag voor den titel van het volgende. Toen de Franken het Bourgondische Rijk veroverden, maakte deze *Lex Romana* plaats voor de West-Gothische.

ll. Edictum Theodorici, door Theodorik, Koning der Oost-Gothen, omstreeks het jaar 500 uitgevaardigd, niet alleen voor zijne Romeinsche onderdanen, maar ook voor de Oost-Gothen zelf bestemd. Het bestaat uit 155 onsamenvangende hoofdstukken, ontleend aan de drie *Codices*, de latere constituties en de *Sententiae* van Paulus. Deze bronnen zijn echter zoo misvormd, dat het werk van weinig belang is voor de kennis van het Romeinsche Recht. Toen Justinianus Italië had veroverd, werd het door diens wetboeken verdrongen.

mm. Over de Justiniaansche rechtsverzameling, voor ons de belangrijkste van alle, en over het Grieksch-Romeinsche recht, zie hieronder §§ 27 en vlg.

§ 5. LITERATUUR.

Het mag onnoodig geacht worden, hier eene opsomming te geven van de talrijke leer- en handboeken over Romeinsch recht en zijne geschiedenis, van de menigvuldige monographieën en verhandelingen over bijzondere onderwerpen, tot die vakken behoorende, of van de tijdschriften, die geheel of gedeeltelijk aan de studie van het Romeinsche Recht zijn gewijd. Voldoende zij het, te verwijzen naar eenige nieuwere werken, waarin de literatuur in ruime mate wordt aangegeven.

Voor de rechtsgeschiedenis komen in aanmerking:

Danz, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, 2^e druk, 2 deelen, 1871—1873.

Esmarch, *Römische Rechtsgeschichte*, 3^e druk, 1888.

Padelletti, *Lehrbuch der Römischen Rechtsgeschichte*, Deutsche uitgave, bewerkt door v. Holtzendorff, 1879.

Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechtes*, 1889.

Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, 1^e deel, 1885.

Eene eigenaardige plaats neemt in:

v. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, tot dusver 3 deelen, 4^e druk, 1878—1888.

Van de uitwendige rechtsgeschiedenis geeft een beknopt overzicht: Bruns, *Geschichte und Quellen des Römischen Rechts*, in Holtzendorff's *Encyklopädie der Rechtswissenschaft* (5^e druk, 1890). Zij is uitvoerig behandeld door Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, 1888, als onderdeel van Binding's *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*.

Onder de „Instituten“-werken, waarin eene korte uiteenzetting van het Justiniaansche recht wordt verbonden met eene historische behandeling, verdienen vooral te worden genoemd:

Puchta, *Cursus der Institutionen*, 9^e druk (door Krüger), 1881.

Salkowski, *Lehrbuch der Institutionen und der Geschichte des Römischen Privatrechts*, 5^e druk, 1887.

Sohm, *Institutionen des römischen Rechts*, 4^e druk, 1889.

Kuntze, *Cursus des römischen Rechts. Lehrbuch der Institutionen sowie der äusseren und inneren Rechtsgeschichte*, 2^e druk, 1879; *Excursus über römisches Recht*, 2^e druk, 1880.

Baron, *Geschichte des Römischen Rechts. I. Institutionen und Civilprozess*, 1884.

Op breeder schaal zijn aangelegd de volgende „Pandekten“-werken, waarin dan ook eene meer volledige opgave der literatuur voorkomt:

v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 8 deelen, 1840—1849; als vervolg: *das Obligationenrecht*, 2 deelen, 1851—1853 (onvoltooid).

Puchta, *Pandekten*, 12^e druk (door Schirmer), 1877.

v. Keller, *Pandekten. Vorlesungen, aus dem Nachlasse des Verfassers*, 2^e druk (door Lewis), 1866.

v. Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 7^e druk, 3 deelen, 1863—1869.

Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, 13^e druk (door Pfaff en Hofmann), 1886.

Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7^e druk, 3 deelen, 1891.

Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, 2^e druk, 3 deelen, 1873—1889.

Dernburg, *Pandekten*, 2^e druk, 3 deelen, 1888—1889.

Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts*, tot dusver 2 deelen, 1886—1889.

Goudsmit, *Pandecten-Systeem*, 2 deelen, 1866—1880 (onvoltooid).

§ 6. ORDE VAN BEHANDELING.

Het stelsel van Gajus (Inst. I § 8), gevolgd in de Instituten van Justinianus (§ 12 Inst. de jure nat. I, 2), bestaat uit drie hoofddeelen: Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.

Het eerste gedeelte, het personenrecht, beschouwt den mensch als subject van rechten; het bepaalt zijne rechtsbevoegdheid en zijne bekwaamheid

om te handelen. Verschillende onderscheidingen komen daarbij ter sprake: 1^o. de menschen zijn vrij of slaaf (pr. Inst. de jure pers. I, 3); 2^o. de vrijen zijn òf zelfstandig òf afhankelijk, aan eens anders gezag onderworpen (verg. pr. Inst. de his qui sui I, 8); 3^o. de zelfstandige vrijen zijn òf ten volle bevoegd om van hunne rechten gebruik te maken, òf zij staan onder voogdij of curateele (pr. Inst. de tut. I, 13). Dit gedeelte vormt den inhoud van het Eerste Boek der Instituten.

Het tweede gedeelte handelt over zaken als rechtsobjecten, over de rechten die de personen kunnen hebben op zaken, en over de wijzen, waarop die rechten verkregen worden en verloren gaan. Het systeem steunt hier op de onderscheiding tusschen lichamelijke en onlichamelijke zaken (pr. Inst. de reb. incorp. II, 2; § 6 Inst. de usu et hab. II, 5) en op de verdeling der wijzen van verkrijging in verkrijging onder bijzonderen en onder algemeenen titel (§ 6 Inst. per quas pers. nob. adq. II, 9; pr. Inst. de leg. II, 20). Zoo worden achtereenvolgens besproken: de eigendom, de rechten op eens anders zaak, het erfrecht met inbegrip van de legaten, de verbintenissen (Boek 2; Boek 3; Boek 4, Tit. 1—5 der Instituten).

Het derde gedeelte handelt over de middelen, die de personen hebben om hunne rechten te handhaven en te beschermen tegen stoornis (Boek 4, Titel 6 en volg.).

Hoewel dit systeem zich door eenvoudigheid aanbeveelt en ook ten deele op juiste grondslagen berust, voldoet het toch niet aan de eischen der wetenschap. De wijze, waarop het in de Instituten is uitgewerkt, laat bovendien veel te wenschen over. Zoo wordt in den regel slechts het ontstaan en te niet gaan der rechtsbetrekkingen, niet hun aard en inhoud behandeld. Zoo worden verschillende gewichtige rechtsinstellingen niet te behoorlijker plaatse of in het geheel niet besproken. Vandaar, dat men tegenwoordig vrij algemeen een ander systeem van het privaatrecht volgt, dat in hoofdzaak op het volgende neerkomt.

Het privaatrecht stelt zich ten doel, de betrekkingen te regelen tusschen de menschen onderling en hunne verhouding tot de begrensde deelen der onvrije natuur buiten den mensch. Naarmate van den verschillenden aard dier betrekkingen onderscheidt men nu:

A. *Familierecht*, regeling van de betrekkingen, waarin de menschen tot elkander staan ten gevolge van huwelijk en afstamming of hunne kunstmatige nabootsing: familiebetrekkingen.

B. *Vermogensrecht*, regeling van de betrekkingen, waarin de mensch, ter bevrediging zijner behoeften, staat

I. tot de zaken, die hij, geheel of gedeeltelijk, rechtstreeks aan zijne heerschappij heeft onderworpen (*Zakenrecht*), of

II. tot andere menschen, die zich jegens hem tot vermogensrechtelijke praestatiën hebben verbonden (*Verbintenissenrecht*).

Eindelijk heeft het recht ook nog de vraag te beantwoorden, wat het lot zal zijn van het vermogen, als het subject is gestorven. Het samenstel van regels, daartoe betrekkelijk, vormt het *Erfrecht*.

Aan de behandeling van de vier genoemde onderdeelen: *Familierecht*,

Zakenrecht, *Verbintenissenrecht* en *Erfrecht* pleegt men intusschen een *Algemeen gedeelte* te laten voorafgaan. Daarin worden eensdeels onderscheidene begrippen en regels ontwikkeld, die in alle, of althans in de meeste deelen van het privaatrecht eene rol spelen. Anderdeels komen enkele onderwerpen van algemeenen aard ter sprake, die niet uitsluitend tot het privaatrecht behooren, maar toch bij de behandeling daarvan moeilijk kunnen worden gemist.

Naar aanleiding van het voorafgaande rangschikken wij onze stof in deze volgorde:

BOEK I. ALGEMEEN GEDEELTE.

- Hoofdst. 1. Over het recht in het algemeen (Inst. Boek I, Tit. 1 en 2).
- Hoofdst. 2. Over de personen of rechtssubjecten (Inst. Boek I, Tit. 3—8).
- Hoofdst. 3. Over de zaken of rechtsobjecten (Inst. Boek II, Tit. 1 en 2).
- Hoofdst. 4. Over het ontstaan en te niet gaan van rechten in het algemeen.
- Hoofdst. 5. Over de bescherming en handhaving der rechten (Inst. Boek IV, Tit. 6—16).

BOEK II. BIJZONDER GEDEELTE.

- Hoofdst. 1. Familierecht (Inst. Boek I, Tit. 9—26).
- Hoofdst. 2. Zakenrecht (Inst. Boek II, Tit. 1—9).
- Hoofdst. 3. Verbintenissenrecht (Inst. Boek III, Tit. 13—29; Boek IV, Tit. 1—5).
- Hoofdst. 4. Erfrecht (Inst. Boek II, Tit. 10—25; Boek III, Tit. 1—12).

BOEK I.

A L G E M E E N G E D E E L T E.

Hoofdstuk I.

OVER HET RECHT IN HET ALGEMEEN.

§ 7. RECHT IN OBJECTIEVEN EN RECHT IN SUBJECTIEVEN ZIN.

Recht in objectieven zin (rechtsorde, rechtsnorm, rechtsvoorschrift) is de band, die ons allen bindt, het geheel der regelen, waarnaar wij verplicht zijn onze handelingen in te richten, en tot opvolging waarvan wij door dwangmiddelen kunnen genoodzaakt worden.

Juri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen juris descendat. Est autem a justitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, jus est ars boni et aequi. Ulp. l. 1 pr. D. de just. et jure (I, 1).

Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat: omne enim, quod non jure fit, injuria fieri dicitur. Hoc generaliter. Specialiter autem injuria dicitur contumelia. Interdum injuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem injuriam dicimus, nam cum quis inique vel injuste sententiam dixit, injuriam ex eo dictam, quod jure et justitia caret, quasi non juriam, contumeliam autem a contemnendo. Ulp. l. 1 pr. D. de injur. (XXXXVII, 10).

Recht in subjectieven zin is de op het recht in objectieven zin steunende en daardoor beschermde bevoegdheid.

Door het woord *Recht*, evenals door het Latijnsche *jus*, worden beide begrippen aangeduid (bijv. *jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse; jus mihi est utendi fruendi*).

Tegenover elk recht in subjectieven zin, tegenover elke bevoegdheid, staat eene verplichting: de inhoud van *mijn* recht bepaalt den omvang van *uwe* verplichting. Die verplichting is of eene algemeene, negatieve van alle andere menschen om den rechthebbende in de uitoefening van zijn recht niet te storen (absolute rechten), of eene bijzondere, positieve

van een bepaald persoon om iets te doen of te laten (relatieve rechten). Verg. hieronder II, § 143.

Jus pluribus modis dicitur Praetor quoque jus reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. Alia significatione jus dicitur locus in quo jus redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. Quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva majestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit, is locus recte jus appellatur. Paul. I. 11 D. de just. et jure (I, 1).

§ 8. RECHT EN MORAAAL.

Het recht is niet de eenige ordening, waaraan het menschelijk doen en laten is onderworpen. Andere ordenende machten zijn de gewoonte, de godsdienst, de moraal. Nadere bespreking verdient de verhouding tusschen recht en moraal. Deze moeten van elkaar onderscheiden, maar niet afgescheiden worden. *Onderscheiden*, want het recht omvat slechts de betrekkingen tusschen de menschen onderling en alleen die plichten, tot nakoming waarvan men door dwang kan genoodzaakt worden. Recht is datgene, wat menschen van menschen kunnen vorderen. Het recht let alleen op de menschelijke handelingen, de moraal vraagt ook naar de beweegredenen om daarnaar de waarde der handelingen te beoordeelen. Bij het recht staan de bevoegdheden op den voorgrond en zijn de plichten slechts secundair, bij de voorschriften der moraal treedt omgekeerd de plicht op den voorgrond. Eigenaardig is ook, dat voor de vaststelling en handhaving van het recht een bepaald orgaan, het Staatsgezag, aanwezig is.

Het gebied van het recht is enger dan dat der zedelijkheid. Niet alle plichten, die de moraal ons voorschrijft, zijn tevens rechtsplichten. Quanto latius officiorum patet, quam juris regula, zegt Seneca, *de ira*, II, 27. Ook is het niet altijd zedelijk, van zijn recht gebruik te maken.

Niet afgescheiden, want er bestaat tusschen recht en zedelijkheid een nauw verband. Het recht wraakt elke overeenkomst, die het verrichten eener onzedelijke daad beoogt; het verbiedt elke voorwaarde met eene onzedelijke strekking; het geeft rechtsmiddelen tegen geweld en bedrog; het maakt onderscheid tusschen goede en kwade trouw; het verbindt nadeelige rechtsgevolgen aan een onzedelijk gedrag.

Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. — Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. — Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia. Ulp. I. 10 D. de just. et jure (I, 1).

Non omne quod licet honestum est. Paul. I. 144 pr. D. de R. J. (L, 17).

Est aliquid, quod non oporteat, etiamsi licet. Cic., Or. pro Balbo, c. 3.

. nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. Papin. I. 15 D. de cond. inst. (XXVIII, 7).

Rom. recht. I, 2e druk.

Cujus merito quis nos sacerdotes appellet: justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes. Ulp. l. 1 § 1 D. de just. et jure (I, 1).

§ 9. PUBLIEK EN PRIVAAT RECHT.

Het recht splitst zich in twee hoofddeelen: publiek en privaatrecht. Het publiek recht houdt zich bezig met de inrichting van den Staat en met de betrekkingen tusschen den Staat en zijne burgers als zoodanig. Het privaatrecht regelt de rechtsbetrekkingen tusschen de burgers onderling, alsmede die, waarin de Staat, ten opzichte van zijn vermogen, als een privaatrechtspersoon optreedt.

Gelijk de Instituten bijna uitsluitend het privaatrecht behandelen, zoo zullen ook wij ons verder alleen tot dat deel van het recht bepalen.

Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privata. Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit Ulp. l. 1 § 2 D. de just. et jure (I, 1).

§ 10. JUS CIVILE, JUS GENTIUM EN JUS NATURALE.

Volgens de voorstelling der Instituten (§ 4 I. de just. et jure I, 1; pr., § 1 en § 2 I. de jure nat. I, 2) bestaat het Romeinsche privaatrecht uit drieërlei elementen. Sommige bestanddeelen zijn eigenaardig Romeinsch (*jus civile*), andere worden bij alle volkeren van eenige beschaving aange troffen (*jus gentium*), nog andere eindelijk, die gegrond zijn op de dierlijke natuur des menschen, komen ook bij de beesten voor (*jus naturale*).

Deze driedelige onderscheiding heeft veel raadselachtigs. Met name is de beteekenis van *jus naturale*, als recht dat aan menschen en dieren gemeen zou zijn, vrij zonderling: dieren toch kunnen geen subject van rechten zijn. De meeste Romeinsche juristen vermelden dan ook slechts eene tweeledige onderscheiding: *jus civile* eenerzijds, *jus gentium* = *jus naturale* anderzijds. Justinianus heeft op meer dan eene plaats, zelfs in de Instituten, dit voorbeeld gevolgd.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius juris peritia censi. — Jus gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. Ulp. l. 1 § 3, § 4 D. de just. et jure (I, 1).

Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque

custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus. Gajus, Inst. I § 1.

Quarundam rerum dominium nanciscimur jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam jure civili, id est jure proprio civitatis nostrae. Et quia antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit. Gajus l. 1 pr. D. de A. R. D. (XXXXI, 1).

Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium, quarundam jure civili. Commodius est itaque a vetustiore jure incipere. Palam est autem vetustius esse naturale jus, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit: civilia enim jura tunc coeperunt, cum et civitates condi et magistratus creari et leges scribi coeperunt. § 11 l. de rer. div. (II, 1).

De tegenstelling tusschen *jus gentium* en *jus civile* speelt in de geschiedenis van het Romeinsche Recht eene groote rol. Oorspronkelijk waren de vreemdelingen te Rome rechteloos; het Romeinsche recht gold uitsluitend voor de rechtsbetrekkingen tusschen Romeinsche burgers onderling. Toen het verkeer met de niet-Romeinen toenam en er velen te Rome kwamen wonen, begon men de rechtsbetrekkingen, met hen aangegaan, te beoordeelen naar een stelsel van rechtsregels, vrijer en ruimer van opvatting dan die van het toen geldende stadsrecht of *jus civile*. Dit stelsel werd het *jus gentium* genoemd. Waarschijnlijk is het, dat het recht, bij andere volken in gebruik, niet zonder invloed is geweest op dit rechtssysteem.

Omstreeks het jaar 247 v. C. werd er, voor de berechting van geschillen tusschen Romeinen en vreemdelingen, of tusschen vreemdelingen onderling, een afzonderlijke praetor ingesteld.

Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos jus dicebat. Pomp. l. 2 § 28 D. de O. J. (I, 2).

In den loop van den tijd kwam men er toe, dit minder enge en minder formalistische rechtssysteem ook toe te passen op betrekkingen tusschen Romeinsche burgers onderling. Aanvankelijk stonden beide systemen naast elkaar en heerschte er op menig gebied van het recht een eigenaardig dualisme: naast eigendom volgens Romeinsch civielrecht had men eigendom naar *jus gentium*, enz. Vooral door den invloed van het Edict des Praetors en de werkzaamheid der rechtsgeleerden won de heerschappij van het *jus gentium*, ook in het rechtsverkeer der Romeinen onderling, meer en meer veld, en verdrong het *jus civile*. Justinianus heeft dit ontwikkelingsproces voltooid; *jus gentium* en *jus civile* werden bijna geheel samengesmolten; aan de rechtshandelingen, waarbij de vereischen van het *jus gentium* waren in acht genomen, werden dezelfde rechtsgevolgen toegekend, alsof de in vroeger tijd verlangde civielrechtelijke vereischen aanwezig waren. Zoo verhief zich het Romeinsche recht van een bekropen nationaal stadsrecht tot een recht van wereldhistorische beteekenis.

Eene andere, meer wijsgeerige dan praktische, onderscheiding was die tusschen het recht, dat geacht mag worden voort te vloeien uit de natuurlijke orde van zaken en daarom overal wordt teruggevonden, en het eigenaardige Romeinsche Recht, dat alleen te Rome wordt aangetroffen. Deze onderscheiding is met de vorige verwant, doch niet geheel daarmede gelijk te stellen. Het schijnt, dat uit eene samenvoeging van beide de drieledige verdeeling van Justinianus is ontstaan.

Sed naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata. § 11 I. de jure nat. (I, 2).

Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. § 2 I. de jure pers. (I, 3).

Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur: non tamen et jure naturali, quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt. Ulp. l. 32 D. de R. J. (L, 17).

§ 12 *). AANVULLEND EN DWINGEND RECHT.

Een deel der voorschriften van het privaatrecht ontnemt aan de belanghebbenden de vrijheid niet, om zelf hunne rechtsbetrekkingen op andere wijze, naar eigen goedvinden, te regelen. Eene afwijkende regeling, door hen tot stand gebracht, wordt door de rechtsorde erkend en gehandhaafd. Deze treedt met haar voorschrift slechts aanvullend op, voor het geval de partijen geene regeling hebben getroffen.

Et in primis sciendum est in hoc judicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei judicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestate. Ulp. l. 11 § 1 D. de act. empt. vend. (XIX, 1).

Andere voorschriften zijn van dwingenden aard. De rechtsorde treedt daar absoluut gebiedend of verbiedend op en sluit elke afwijkende regeling door de partijen uit.

Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. Papin. l. 38 D. de pact. (II, 14).

Ex pactis conventis, quae ante nuptias vel post nuptias interponi solent, alia ad voluntatem pertinent, alia ad jus pertinent Paul. l. 12 § 1 D. de pact. dot. (XXIII, 4).

. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei judicio contrarium est: et ita utimur Ulp. l. 23 D. de R. J. (L, 17).

Julianus libro vicesimo primo digestorum hujusmodi speciem proponit: quidam decedens filiis suis dederat tutores et adjeccerat: „eosque aneelogistos esse volo.” Et ait Julianus tutores, nisi bonam fidem in administratione praestiterint, damnari de-

*) § 11 van den eersten druk is vervallen.

bere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneelogisti essent: nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debebunt, ut ait Julianus, et est vera ista sententia: nemo enim jus publicum remittere potest hujusmodi cautionibus nec mutare formam antiquitus constitutam. Damnum vero, quodcumque ex tutela quis senserit, et legari et per fideicommissum ei relinqui potest. Ulp. l. 5 § 7 D. de adm. tut. (XXVI, 7).

Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat. Alex. l. 2 C. de inut. stip. (VIII, 38).

§ 13 (1^e druk: § 14). SANCTIE DER WETTEN.

Voor zoover een voorschrift der rechtsorde niet slechts aanvullend, maar dwingend recht bevat, rijst de vraag, welke zijne sanctie is, d. w. z. welk gevolg intreedt, wanneer het voorschrift niet is nageleefd. Naarmate de wet datgene wat in strijd met hare bepalingen geschiedt, òf nietig verklaart — al of niet met oplegging eener straf — òf met een ander nadeelig gevolg bedreigt, òf eindelijk geheel straffeloos laat, onderscheidt men *leges perfectae*, *minus quam perfectae*, *imperfectae*. Met overtreding van het rechtsvoorschrift wordt ontduiking gelijkgesteld.

Legis virtus haec est imperare vetare permittere punire. Modest. l. 7 D. de legibus (I, 3).

..... legum eas partes, quibus poenas constituimus adversus eos qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus. § 10 l. de rer. div. (II, 1).

..... prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit. — Minus quam perfecta lex est quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei qui contra legem fecit: qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere, praeter exceptas personas, et adversus eum qui plus ceperit quadrupli poenam constituit. Ulp. Fragm., Prooem. § 1, § 2.

Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea vero servus apparuit, tam divus Hadrianus Catonio Vero quam postea divi Severus et Antoninus rescripserunt subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur, atque si ut oportet factum esset, cum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberorum loco fuerit nec quisquam esset, qui ei status quaestionem moveat. § 7 l. de test. ord. (II, 10).

Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit. Paul. l. 29 D. de legibus (I, 3).

Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat *ἤτην ἀπὸ διανομίας*, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit. Ulp. l. 30 D. eod.

Ait praetor: „Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.” Ulp. l. 7 § 7 D. de pact. (II, 14).

Eene verordening der Keizers Theodosius II en Valentinianus III (l. 5 C. de legibus I, 14) heeft dit onderscheid opgeheven, door alle verboden handelingen nietig te verklaren.

§ 14 (1^e druk: § 13). ALGEMEEN EN BIJZONDER RECHT, REGELMATIG
EN ABNORMAAL RECHT.

Algemeen recht is de rechtsregel, die moet worden toegepast in alle gevallen, waarin de door den wetgever vooronderstelde omstandigheden aanwezig zijn. Bijzonder recht is de speciale bepaling voor een enkel persoon, eene enkele zaak of een enkel geval.

Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. Ulp. l. 8 D. de legibus (I, 3).

Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur: Cels. l. 4 D. eod.

nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt. Cels. l. 5 D. eod.

..... Plane ex his (sc. constitutionibus) quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult: nam quod alicui ob merita indulgit, vel si cui poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. Aliae autem, cum generales sunt, omnes procul dubio tenent. § 6 I. de jure nat. (I, 2).

Verder onderscheidt men nog het regelmatige, gemeene recht (*jus commune*), dat voortvloeit uit of in overeenstemming is met de algemeene rechtsbeginselen, en het abnormale recht (*jus singulare*), dat om bijzondere redenen van het gemeene recht afwijkt. Deze onderscheiding mist echter eene scherpe beteekenis; haar nut is zeer twijfelachtig.

Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. Paul. l. 16 D. de legibus (I, 3).

Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. Paul. l. 14 D. eod.

In his, quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris. Julian. l. 15 D. eod.

Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae. Et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt: quae personae sunt, ad heredem non transeunt. Modest. l. 196 D. de R. J. (L, 17).

§ 15. ONTSTAAN VAN HET RECHT. WET EN GEWOONTERECHT.

Het ontwikkelde Romeinsche Recht kent twee factoren, die het recht vormen, twee wijzen waarop het recht zich openbaart, m. a. w. twee rechtsbronnen: het wettelijk recht (*jus scriptum*) en het gewoonterecht (*jus non scriptum*). Het gewoonterecht is het oudste. In de handelingen der burgers en in de uitspraken der gerechten vertoont zich de regel, die, omdat hij vaak is toegepast, ook voor het vervolg op eerbiediging aanspraak maakt. Allengs wijkt echter die onmiddellijke uiting van het rechtsbewustzijn des volks voor de bewuste rechtsvorming, de vaststelling van rechtsregels door de daartoe bevoegde Overheid: er ontstaat wettelijk recht. Terwijl nu het wettelijke recht steunt op den uitdrukkelijken wil des wetgevers, begint men de kracht van het gewoonterecht te gronden op des wetgevers stilzwijgende erkenning. De woorden *jus scriptum* en

jus non scriptum, in letterlijken zin genomen, geven de tegenstelling niet juist weer: het wettelijke recht kan ongeschreven, het gewoonterecht daarentegen kan op schrift gesteld zijn.

✓ Hoc igitur jus nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos: τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Ulp. l. 6 § 1 D. de just. et jure (1, 1).

Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus. Ulp. Fragm., Prooem. § 4.

✓ Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur. § 9 I. de jure nat. (1, 2).

De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet. — Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declarat an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. Julian. l. 32 D. de legibus (1, 3).

Volgens de opvatting der historische school (zie hieronder § 32) scheidt de wetgever geen recht. Zij leert, dat de wet, evenals de gewoonte, slechts uitdrukking en vorm geeft aan eene bestaande volksovertuiging. Als reactie tegen de vroegere natuurrechtelijke beschouwing heeft deze theorie veel nut gesticht; zij heeft bijgedragen tot vorming van een juister inzicht in het ontstaan van het recht. Doch zij is in eenzijdigheid vervallen; zij heeft de beteekenis van het gewoonterecht overschat en den invloed der wetgeving te laag aangeslagen.

Rechtswetenschap en rechtspractijk kunnen wel dienen om het positieve recht te ontwikkelen, maar op zich zelf zijn zij geene organen, waardoor het recht positief wordt („non exemplis, sed legibus iudicandum est” zegt Justinianus in l. 13 C. de sent. VII, 45); wèl kunnen zij aanleiding geven tot het ontstaan van een gewoonterecht.

Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere. Callistr. l. 38 D. de legibus (1, 3).

Wij bespreken nu eerst (§§ 16—21) de verschillende vormen, die het wettelijk recht bij de Romeinen in den loop der tijden heeft aangenomen, en daarna in § 22 het gewoonterecht.

..... Scriptum jus est lex, plebi scita, senatus consulta, principum placita, magistratum edicta, responsa prudentium. § 3 I. de jure nat. (1, 2).

§ 16. VOLKSWETTEN. LEGES EN PLEBISCITA.

Het is een beginsel van Romeinsch staatsrecht, dat de wetgeving berust in handen van het volk, dat evenwel slechts op voorstel van den Koning of van den magistraat in zijne vergaderingen (*comitia*) besluiten kan nemen. *Lex* in den ruimen zin is nu elk besluit van het volk; *lex*

in engeren, materiëelen zin is elk besluit, dat een rechtsregel vaststelt. Ook later is de *lex* type gebleven van het geschreven recht; daarom heet het van de andere vormen, als zij erkend worden: *legis vicem* of *legis vigorem optinent*.

Het oudste en gewichtigste monument der Romeinsche volkswetgeving is de wet der 12 Tafelen. Wat daaraan voorafgaat, mist historische zekerheid. Wel vermelden de latere schrijvers *leges regiae*, wetten die afkomstig heeten te zijn uit den tijd der Koningen; eene verzameling daarvan, onder den naam van *jus Papirianum*, wordt door hen aangehaald — de overblijfsels zijn afgedrukt bij Bruns, *Fontes Juris*, bl. 1—14. Doch de oorsprong van deze bepalingen, die vooral over het sacrale recht handelen, ligt in het duister.

Postea aucta ad aliquem modum civitate ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisisse, quas partes curias appellavit propterea, quod tunc rei publicae curam per sententias partium earum expediebat. Et ita leges quasdam et ipse curias ad populum tulit: tulerunt et sequentes reges. Quae omnes conscriptae exstant in libro Sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus Saperbus Demarati Coriinthii filius, ex principalibus viris. Is liber, ut diximus, appellatur jus civile Papirianum, non quia Papirius de suo quicquam ibi adiecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit. Pomp. l. 2 § 2 D. de O. J. (1, 2).

Op historischen bodem komen wij met de wet van de 12 Tafelen. Dit is eene wetgeving, tusschen de jaren 452 en 450 v. C., op aandringen der plebejers, ter verkrijging van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, door eene daartoe gekozen commissie van tienmannen samengesteld. Vormt zij al geene volledige codificatie, zij werd toch door de Romeinen beschouwd als de grondslag van het private en publieke recht; Livius, III, 34, noemt ze: fons omnis publici privatique juris. Zij is nooit afgeschaft; hare bepalingen, en vooral hare beginselen, bleven eeuwen lang gelden, al bracht de latere rechtsontwikkeling menige verandering te weeg.

Een der oudste Romeinsche commentatoren was Sextus Aelius Paetus (zie hieronder § 21), die in zijne *Tripertita* zich met de 12 Tafelen bezighield. Onder Augustus schreef Labeo een commentaar; later Gajus, uit wiens aantekening plaatsen zijn opgenomen in de Justiniaansche verzameling.

Een aantal fragmenten — omstreeks 100 — der wet zijn tot ons gekomen, deels door woordelijke aanhaling bij de schrijvers, deels door bloote vermelding van den inhoud. In den nieuweren tijd heeft men deze fragmenten verzameld en in zekere, voor een groot deel willekeurige, volgorde gerangschikt; zie Bruns, t. a. p., bl. 14—39.

Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi: datumque est eis jus eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur neque provocatio ab eis sicut a reliquis magistratibus fieret. Qui ipsi animadvertentur aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim

tabularum. Quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris Hermodorum quendam Ephesium exultantem in Italia quidam rettulerunt. Pomp. l. 2 § 4 D. de O. J. (I, 2).

Percipietis etiam illam ex cognitione juris laetitiam et voluptatem, quod, quantum praestiterint nostri majores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intelligetis, si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis: incredibile est enim, quam sit omne jus civile, praeter hoc nostrum, inconditum ac paene ridiculum: de quo multa soleo in sermonibus quotidianis dicere, quum hominum nostrorum prudentiam ceteris omnibus, et maxime Graecis, antepono. His ego de causis dixeram, Scaevola, iis, qui perfecti oratores esse vellent, juris civilis cognitionem esse necessariam. Cic., de orat., I, 44 § 197.

..... A parvis enim, Quinte, didicimus „si in jus vocat” atque ejusmodi leges alias nominare Cic., de leg., II, 4 § 9.

Jam cetera in XII minuendi sumptus sunt lamentationisque funebris, translata de Solonis fere legibus. Hoc plus, inquit, ne facito: rogum ascea ne polito. Nostis quae secuntur: dicebamus enim pueri XII, ut carmen necessarium, quas jam nemo discit. Extenuato igitur sumptu tribus riciniis et tunicula purpurae et decem tibicinibus tollit etiam lamentationem: mulieres genas ne radunto neve lessum funeris ergo habento. Hoc veteres interpretes Sex. Aelius, L. Aelius non satis se intellegere dixerunt, sed suspicari vestimenti aliquod genus funebris, L. Aelius lessum quasi lugubrem ejulationem, ut vox ipsa significat: quod eo magis judico verum esse, quia lex Solonis id ipsum vetat. Haec laudabilia et locupletibus fere cum plebe communia: quod quidem maxime e natura est, tolli fortunae discrimen in morte. Cic., de leg., II, 23 § 59.

Na de wet der 12 Tafelen bleef de wetgevende macht in handen van het volk, *populus*. Doch daarnaast deed zich het *plebs* gelden. De *plebiscita*, in de *comitia tributa* tot stand gekomen, werden langzamerhand met *leges* gelijkgesteld. Voor goed geschiedde dit door de Lex Hortensia (onstreeks 286 v. C.), welke bepaalde „ut eo jure quod plebs statuisset, omnes Quirites tenerentur.” Sedert dien tijd verschilden *lex* en *plebiscitum* in wijze van totstandkoming, de rechtskracht van beide was gelijk.

Lex est quod populus jubet atque constituit. Plebiscitum est quod plebs jubet atque constituit. Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur; unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est ut plebiscita universum populum tenerent; itaque eo modo legibus aequata sunt. Gajus, Inst. I § 3.

Lex est, quod populus Romanus senatore magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. Plebi scitum est, quod plebs plebejo magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat. Plebs autem a populo eo differt, quo species a genere: nam appellatione populi universi cives significantur connumeratis etiam patriciis et senatoribus: plebis autem appellatione sine patriciis et senatoribus ceteri cives significantur. Sed et plebi scita lege Hortensia lata non minus valere quam leges coeperunt. § 4 l. de jure nat. (I, 2).

Atejus Capito, publici privatiq; juris peritissimus, quid „lex” esset, hisce verbis definivit: Lex, inquit, est generale jussum populi aut plebis, rogante magistratu. Gellius, N. A. X, 20 § 2.

Ait praetor: „Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.” Ulp. l. 7 § 7 D. de pact. (II, 14).

Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit. Ulp. l. 1 § 1 D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

De behandeling eener wet was aan bepaalde vormen gebonden. Beginnen wij met hare voorbereiding (*legem ferre*). Het voorstel moest openlijk worden bekend gemaakt (*promulgatio*). Tusschen deze bekendmaking en den dag, voor de stemming bepaald, moest eene tusschenruimte van minstens drie *nundina* worden gelaten. Inmiddels kon het voorstel in voorloopige vergaderingen (*conciones*) worden besproken, en zoowel door den voorsteller als door andere voorstanders tegen oppositie worden verdedigd (*suadere, dissuadere*). Nu volgde de behandeling van het voorstel in de wetgevende vergadering (*legem rogare*). In de comitiën werd oudtijds mondeling gestemd, later sedert de Lex Papiria (131 v. C.) schriftelijk en geheim; de stemming geschiedde met Ja (*uti rogas*) of Neen (*antiquo legem*) op de vraag van den magistraat: *velitis jubeatis, Quirites, rogo*. Als waarborg tegen verrassing verbood de Lex Caecilia Didia (98 v. C.) onderscheidene wetsvoorstellen te vereenigen „*ne quid per saturam ferretur*.” Had de meerderheid zich voor het voorstel verklaard, dan werd deze uitslag verkondigd; dikwijls werd dan de wet op houten, later op koperen tafels openlijk ten toon gesteld (*legem figere*).

In den inhoud der wetten kan men drie deelen onderscheiden: 1^o. de inleiding, *praescriptio*, bijv. bij de Lex Quinctia de aquaeductibus (Bruns, t. a. p., bl. 112): *T. Quinctius Crispinus consul populum jure rogavit populusque jure seivit in foro pro rostris aedis divi Julii pridie K. Julias. Tribus Sergia principium fuit, pro tribu Sex L. f. Virro primus seivit*. Naar den voorstellenden magistraat wordt de wet gewoonlijk genoemd; 2^o. de wet zelve, *rogatio*, zoo noodig in hoofdstukken verdeeld; 3^o. de bepalingen tot bescherming der wet tegen overtreding, *sanctio*, zie hierboven § 13.

Hoewel er een groot aantal *leges*, en vooral *plebiscita* bekend is (ze dagteekenen zelfs nog uit den tijd van Claudius, Nero en Nerva), zoo bewegen zich de meeste daarvan op ander dan privaatrechtelijk gebied. De ontwikkeling van het Romeinsche privaatrecht is niet in de eerste plaats aan deze rechtsbron te danken. Na de wet der 12 Tafelen vindt men geene wet, die, wat omvang of invloed betreft, in de verte met haar gelijkgesteld kan worden.

§ 17. SENAATSBESLUITEN. SENATUSCONSULTA.

Ofschoon Cicero (*Topica*, c. 5) de *Senatusconsulta* onmiddellijk na de *Leges* noemt onder de bronnen van het *jus civile*, was de Senaat toch aanvankelijk geene wetgevende vergadering. Hij adviseerde den magistraat bij de indiening van wetsvoorstellen. Zijne goedkeuring was een tijdlang noodig voor de geldigheid der plebisciten. Verder kwamen hem nog verschillende bevoegdheden toe ten aanzien van de wetten: hij kon eene tot stand gekomen wet wegens daaraan klevende gebreken voor ongeldig verklaren, hij kon de wetten uitleggen, hij kon van eene bestaande wet dispensatie verleen. Als eigenlijke wetgever heeft echter de Senaat, in den tijd der Republiek, zich nauwelijks ooit gedragen. Eerst onder de

Keizers treedt het Senaatsbesluit, met gelijke kracht, naast en weldra in plaats van de volkswet.

De verklaring, die de Instituten (§ 5 I. de jure nat. I, 2) en Pomponius van deze machtsuitbreiding geven, is even onjuist als het verhaal van Theophilus (op de zooeven aangehaalde Institutenplaats). Veeleer is de wetgevende macht van den Senaat te beschouwen als de vrucht van den najver tusschen de partij der aanzienlijken en de volkspartij, als een uitvloeisel van de nieuwe orde van zaken, door Augustus in het leven geroepen. Het streven van den Senaat werd gesteund door de Keizers, die dit college een geschikt werktuig achtten om de wetgevende macht tot zich te trekken.

Quattuor omnino genera sunt, iudices, in quibus per Senatum, more majorum, statuatur aliquid de legibus. Unum est ejusmodi, placere legem abrogari . . . Alterum, quae lex lata esse dicatur, ea non videri populum teneri . . . Tertium est de legum abrogationibus. Cic., Or. pro Cornelio (Fragmenten bij Asconius).

Deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam rei publicae ad senatum deduxit: ita coepit senatus se interponere et quidquid constitisset observabatur, idque jus appellabatur senatus consultum. Pomp. l. 2 § 9 D. de O. J. (I, 2).

Senatusconsultum est quod senatus jubet atque constituit, idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum. Gajus, Inst. I § 4.

Non ambigitur senatum jus facere posse. Ulp. l. 9 D. de legibus (I, 3).

De wetgeving door den Senaat vormt den overgang van de wetgeving door het volk tot de wetgevende macht van den Keizer. De Keizer had de gewoonte òf zelf, òf door een vertegenwoordiger, zijne wetsvoordrachten in te leiden met eene Boodschap (*Oratio*). Toen nu de Senaat meer en meer zijne zelfstandigheid verloor en zich zonder uitzondering bij die voorstellen neerlegde, begon men, in stede van het Senaatsbesluit, de Keizerlijke Boodschap als rechtsbron aan te halen. Eindelijk verdwijnt zelfs de formeele medewerking van den Senaat: sedert de derde eeuw komen er geene Senaatsbesluiten meer voor.

Ex his (sc. quaestoribus), sicut dicimus, quidam sunt qui candidati principis dicebantur quique epistulas ejus in senatu legunt. Ulp. l. 1 § 4 D. de off. quaest. (I, 13).

Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere. — Quae oratio in senatu recitata est Tertullo et Clemente consulibus idibus Junii et sunt verba ejus hujusmodi: . . . Ulp. l. 1 pr., § 1 D. de reb. eor. (XXVII, 9).

Van de talrijke *Senatusconsulta*, ook over privaatrecht, tusschen Augustus en Caracalla tot stand gekomen, zijn er enkele in den oorspronkelijken tekst voor ons bewaard, hetzij door inscripties, of door aanhalingen bij schrijvers; men vindt ze verzameld bij Bruns, t. a. p., bl. 151—187.

§ 18. KEIZERLIJKE VERORDENINGEN. CONSTITUTIONES PRINCIPUM.

Met betrekking tot den invloed des Keizers op het privaatrecht moet men een vroeger en een later tijdvak onderscheiden: de grens ligt ongeveer bij Diocletianus en Constantinus.

Toen Augustus de alleenheerschappij had verkregen, liet hij in schijn de oude vormen bestaan. Intusschen wist hij de meeste republikeinsche waardigheden in zijn persoon te vereenigen. Door eene *lex regia de imperio* werden niet in eens alle soevereiniteitsrechten door het volk aan den Keizer gedelegeerd, zooals de Justiniaansche bronnen het voorstellen, maar aan elken Keizer werden verschillende bevoegdheden en waardigheden opgedragen, o. a. *uti quaecunque ex usu rei publicae majestateque divinarum humanarum publicarum privatarumque rerum esse censebit, ei agere facere jus potestasque sit* (zie de *Lex de imperio Vespasiani*, bij Bruns, bl. 182). Aanvankelijk bleef het volk in de Comitiën vergaderen en zijne wetgevende macht uitoefenen; onder Augustus kwamen op die wijze de ingrijpende *Leges Julia et Papia Poppaea* tot stand. Meer en meer maakte de Keizer zijne wetsvoorstellen aanhangig bij den Senaat (zie hierboven § 17). Doch, al trad hij nog niet als wetgever op, al spoedig werkte de Keizer zelfstandig in op de rechtsontwikkeling.

Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote eum lege regia, quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. — Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus. Ulp. l. 1 pr., § 1 D. de const. princ. (I, 4).

Zijne *constitutiones* worden verdeeld in vier soorten:

1^o. *Edicta*, algemeene verordeningen, die de Keizer als magistraat, krachtens zijn *jus edicendi*, uitvaardigt omtrent de wijze waarop hij het recht zal handhaven. Hij kan daardoor nieuw recht in het leven roepen, met verbindende kracht voor het geheele Rijk.

Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. Ulp. l. 2 pr. D. ad SC. Vellej. (XVI, 1).

2^o. *Decreta*, vonnissen door den Keizer als rechter, hetzij in eersten aanleg, hetzij in hooger beroep, geweest. Alleen voor zoover bij die uitspraken twijfelachtige rechtsvragen werden beslist, of nieuwe rechtsregels werden aangenomen, komen zij hier in aanmerking. Bekend is o. a. het *decretum divi Marci*, zie hieronder § 98.

3^o. *Rescripta*, antwoorden gericht aan ambtenaren of particulieren, die zich met vragen omtrent rechtspunten tot den Keizer hebben gewend. Op de *relationes* of *consultationes* van den ambtenaar antwoordt de Keizer in den regel bij afzonderlijken brief (*epistula*); op de *preces*, *libelli* van den particulier wordt het bescheid aan den voet van het stuk zelf gesteld (*subscriptio*, *advotatio*). Vooral sedert Hadrianus komt deze instelling in zwang. Meestal strekken de rescripten slechts om den aanvrager in te lichten over het geldende recht. Doch het komt ook voor, dat de Keizer op de aan hem voorgelegde feiten nieuw recht toepast.

Imp. Severus et Antoninus AA. Modestino. — Neque aequam neque usitatam rem desideras, ut aes alienum patris tui non pro portionibus hereditariis exsolvas tu et

frater coheres tuus, sed pro aestimatione rerum praelegatarum, cum sit explorati juris hereditaria onera ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinere. Quod nec ipse ignorare videris, cum creditoribus secundum formam juris pro portione tua caveris. D. k. Jul. Cilone et Libone Cons. l. 1 C. si cert. pet. (IV, 2).

Item inpuberem apud populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permissum est; nunc ex epistula optimi imperatoris Antonini quam scripsit pontificibus, si justa causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam condicionibus permissum est. Apud praetorem vero, et in provinciis apud proconsulem legatumve, eujuscumque aetatis personas adoptare possumus. Gajus, Inst. I § 102.

4^o. *Mandata*, instructies door den Keizer gegeven aan zijne ambtenaren, vooral aan de stadhouders in de provinciën. Ze ontbreken in de opsomming bij Gajus, Inst. I § 5, en in de Instituten, wellicht omdat ze doorgaans slechts administratieve voorschriften bevatten. Toch behelzen ze soms ook verordeningen op het gebied van het privaatrecht.

.... Caput ex mandatis: „Cum in notitiam meam prolatum sit subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam: secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris.” Ulp. l. 1 pr. D. de test. mil. (XXIX, 1).

Vooral ten aanzien van de decreten en rescripten kan de vraag rijzen, of daaraan algemeene rechtskracht toekomt voor alle dergelijke gevallen, dan wel of zij slechts gelden voor het bepaalde geval, waarvoor zij zijn gegeven. De aard en bedoeling der beslissing moeten op deze vraag het antwoord verstrekken. Men zie bijv. l. 9 §§ 5 en 6 D. de jur. et fact. ign. (XXII, 6).

Plane ex his quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulset vel si quam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. Ulp. l. 1 § 2 D. de const. princ. (I, 4).

Aan de samenstelling der constituties werd door de Keizers groote zorg besteed. Zij lieten zich bijstaan door een Raad (*consilium*), waarin de aanzienlijkste juristen zitting hadden.

In de eerste periode maakt de Keizer van zijne bevoegdheid tot ediceeren slechts een matig gebruik; de eigenlijke wetgeving wordt aan andere factoren overgelaten. Zeer talrijk worden langzamerhand de rescripten: in den Justiniaanschen Codex komen er alleen van Diocletianus omstreeks 1200 voor.

Geheel anders wordt de toestand, nadat door Diocletianus en Constantinus de macht des Keizers op volkomen monarchischen grondslag is gevestigd. Het edict des Keizers, de *lex edictalis*, wordt de gewone, ja de eenige vorm van wetgeving. De rechtskracht der rescripten wordt door Justinianus voor goed geregeld. Ten aanzien van den vorm der Constituties valt sterke achteruitgang te bespeuren. Terwijl nog de verordeningen van Diocletianus uitmunten door bondigheid en kernachtigheid, kenmerken zich de latere Edicten door een gezwollen

Consistorium
Quintilianus
(Praetorius)

stijl, een noodeloozen omhaal van woorden, eene overdreven verheerlijking van de wijsheid des Keizers.

Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere. Constant. l. 1 C. de legibus (1, 14).

Leges sacratissimae, quae constringunt omnium vitas, intellegi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito vel inhibita declinent vel permissa sectentur. Si quid vero in isdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id imperatoria interpretatione patefieri duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari. Valent. et Marcian. l. 9 C. eod.

Si imperialis majestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino judices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hoc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed omnibus similibus. — Quid enim majus, quid sanctius imperiali est majestate? Vel quis tantae superbiae fastidio tumidus est, ut regalem sensum contemnat, cum et veteris juris conditores constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vicem obtinere aperte dilucideque definiunt? — Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi regiam interpretationem obtinere, eorum quidem vanam scrupulositatem tam risimus quam corrigendam esse censuimus. — Definimus autem omnem imperatoris legem interpretationem sive in precibus sive in judiciis sive alio quocumque modo factam ratam et indubitatum haberi. Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet. Justinian. l. 12 pr. — § 3 C. eod.

Over de verzamelingen der constituties, zie hierboven § 4 II B *aa*, *bb*, *cc*, *dd*, en hieronder § 27.

§ 19. DE EDICTEN DER MAGISTRATEN, VOORAL VAN DEN PRAETOR.

Alle hoogere Romeinsche overheidspersonen hadden de bevoegdheid, binnen de grenzen van hun ambtskring, verordeningen, edicten, uit te vaardigen. Voor ons komen hier alleen in aanmerking de edicten van de magistraten, die met de burgerlijke rechtspraak belast waren: vooreerst de praetoren — de *praetor urbanus* (sedert 367 v. C.) en de *praetor peregrinus* (sedert omstreeks 247 v. C.) — verder de curulische aedilen.

De edicten zijn of *repentina*, voor bijzondere voorbijgaande omstandigheden (prout *res incidit*) gegeven, of *perpetua*. Bij de laatste maakt de magistraat, zijn ambt aanvaardend, de regels bekend, die hij voornemens is in zijn ressort en gedurende zijn ambtsjaar bij de rechtspraak te volgen. Daar de praetor zich niet altijd hield aan zijn *edictum perpetuum* — Cicero beschuldigt Verres er van, dat hij aliter atque ut edixerat decrevisset (in *Verr.*, II, 1, 46) — werd hem door de Lex Cornelia (67 v. C.) de verplichting daartoe opgelegd.

Jus autem edicendi habent magistratus populi Romani; sed amplissimum jus est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis jurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum jurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent; nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur. Gajus, *Inst.* I § 6.

Eodem tempore et magistratus jura reddebant et ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque praeminerent, edicta proponebant. Quae edicta praetorum jus honorarium constituerunt: honorarium dicitur, quod ab honore praetoris venerat. Pomp. l. 2 § 10 D. de O. J. (I, 2).

Aliam deinde legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitit: ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent; quae res cunctam gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie jus dicere assueverant, sustulit. Asconius, in Cornel. (Brunns, *Fontes juris*, bl. 394).

Het *edictum perpetuum* werd door den praetor met groote zorg, na raadpleging met deskundigen, samengesteld; met zwarte letters en roode titelopschriften (*rubricae*) werd het op witte houten tafels (*album*) geschreven en openlijk bekend gemaakt.

Ofschoon de nieuw optredende praetor rechtens niet gebonden was aan het Edict van zijn ambtsvoorganger, zoo placht hij het toch ten grondslag te leggen aan het zijne; daarom maakt Cicero (in Verr., II, 1, 40 vlg.) Verres een verwijt er van, dat hij „in re vetere edictum novum” had uitgevaardigd. Bepalingen, die de proef der practijk hadden doorstaan, werden regelmatig door den volgenden praetor overgenomen: zij werden *tralatitia*. De nieuwe praetor beperkte zich in den regel tot toevoegingen. Zoo kreeg het Edict allengs voor een groot deel een vasten inhoud. Reeds ten tijde der Republiek schreven Servius Sulpicius en andere juristen commentaren op het Edict, en werd het bij het onderwijs gebruikt. (Pais)

Het Edict van den Romeinschen praetor behoort tot de merkwaardigste verschijnselen in de rechtsgeschiedenis. Ofschoon het geen kracht van wet heeft, oefent het op de ontwikkeling van het recht een machtigen invloed uit: „non modicam juris optinet auctoritatem” heet het in § 7 Inst. de jure nat. (I, 2). Onwrikbaar vast staat het beginsel, dat de praetor niet bevoegd is, rechtsregels te scheppen of bestaande rechtsregels te wijzigen. Maar door de manier, waarop hij rechtsmiddelen toekent of weigert, acties geeft of ontzegt, excepties verleent of in het algemeen het proces leidt, brengt hij feitelijk ingrijpende veranderingen in den rechtstoestand. Aan rechten, die op de wet steunen, onthoudt hij zijne bescherming, indien hij oordeelt, dat de billijkheid dit verlangt, betrekkingen, waaraan de wet geen rechtsgevolg verbindt, behandelt hij feitelijk, alsof de wet ze erkende. Zijn invloed dagteekent vooral van de invoering der procedure *per formulas* (zie hieronder § 103), die hem eene uitgebreide macht over den loop van het proces, en daarmede middellijk over het recht zelf, verzekerde. Aldus ontwikkelde zich het Edict „tot eene blijvende, maar van jaar tot jaar voor herziening vatbare codificatie van het privaatrecht.” Op zeldzaam gelukkige wijze vereenigde het twee voordeelen: het recht kon voortdurend gelijken tred houden met de ontwikkeling der maatschappij, en te gelijker tijd werd zekerheid, stabiliteit van het recht verkregen.

Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum. Papin. l. 7 § 1 D. de just. et jure (I, 1).

Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis. Marcian. l. 8 D. eod.

Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt (nam praetor heredem facere non potest: per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatus consultum et constitutiones principales): sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituntur et vocantur bonorum possessores. Adhuc autem et alios complures gradus praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur: nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum praetor ex bono et aequo dilatavit. § 2 I. de bon. poss. (III, 9).

Ait praetor: „Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.” Ulp. l. 7 § 7 D. de pact. (II, 14).

Verba autem edicti talia sunt: „Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur, iudicium dabo.” Ulp. l. 1 § 1 D. de dolo malo (IV, 3).

Praetor edicit: „Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicitur, uti quaeque res erit, animadvertam.” Ulp. l. 1 § 1 D. de minor. (IV, 4).

Ait praetor: „Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde, quasi id factum non sit, iudicium dabo.” Ulp. l. 2 § 1 D. de cap. min. (IV, 5).

Waarborgen tegen misbruik van macht door den praetor lagen in de bevoegdheid van zijn ambtgenoot tot intercessie, in den korten duur van den ambtstijd, in zijne verantwoordelijkheid na afloop daarvan, in het beginsel: quod quisque juris in alterum statuerit ut ipse eodem jure utatur (D. II, 2), doch vooral in de controle, door de openbare meening en door de rechtsgeleerden uitgeoefend.

Nadat in den Keizertijd de loop der gebeurtenissen de ontwikkeling van het Praetorische recht had gestremd, onderging het in den vorm eene groote verandering onder Hadrianus. Op last van dezen Keizer werd, omstreeks 131 n. C., door den jurist Salvius Julianus het edict herzien, geordend en tot een geheel samengesteld. Na eene Oratie van Hadrianus werd het, door een Senaatsbesluit, bevestigd. Wat later nog door de praetoren aan het Edict mocht zijn toegevoegd, is in elk geval van zeer geringe beteekenis (zie Const. *Tanta* § 18; Const. *Dedit* § 18).

Vele juristen, met name Pomponius, Gajus, Ulpianus en Paulus, schreven commentaren op het edict van Hadrianus (*Edictum perpetuum*). Talrijke plaatsen uit die geschriften zijn in de Pandekten opgenomen. Het Edict zelf is niet meer over; doch in deze uittreksels uit de commentaren der rechtsgeleerden bezitten wij belangrijke bouwstoffen tot reconstructie van het Edict. Deze is meermalen beproefd, laatstelijk op voortreffelijke wijze door Lenel, *das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung* (Leipzig, 1883).

§ 20. DE ADVIEZEN DER RECHTSGELEERDEN.

In den oudsten tijd was de rechtskennis het uitsluitende eigendom van de patriciërs, en wel meer in het bijzonder van de priesters; zij

alleen waren bekend met den kalender, de formaliteiten en de rechtsmiddelen.

Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas sollemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars juris legis actiones, id est legitimae actiones. Et ita eodem paene tempore tria haec jura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit jus civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeeset privatis. Et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est. Pomp. l. 2 § 6 D. de O. J. (1, 2).

De sluijer der geheimzinnigheid werd het eerst opgeheven, toen (omstreeks 304 v. C.) Gnaeus Flavius, klerk van Appius Claudius Caecus, de door dezen samengestelde formulierenverzameling, benevens den kalender, openbaar maakte: *jus Flavianum*. Ongeveer eene eeuw later voegde Sextus Aelius Paetus eene nieuwe verzameling daaraan toe: *jus Aelianum*.

Langzamerhand wordt het recht een zelfstandige tak van werkzaamheid; de patriciërs stellen er eene eer in, zich daarop toe te leggen. Van zuiver wetenschappelijke rechtsbeoefening is nog geen sprake. De eerste juristen — door de lateren *veteres* genoemd — werden geheel in en door de praktijk gevormd. Eenige van de voornaamsten hunner worden in § 21 vermeld. Hun arbeid brengen de Romeinen onder drie rubrieken: *cavere*, het opstellen van acten voor rechtshandelingen; *agere*, het verschaffen van leiding bij het voeren van een proces; *respondere*, het geven van adviezen omtrent rechtsvragen. In de wijze, waarop dit laatste geschiedde, kwam verandering sedert Tiberius Coruncanius, de eerste plebejische pontifex maximus (omstreeks 254 v. C.), van wien Pomponius verhaalt (t. a. p., §§ 35 en 38): „primus publice profiteri coepit.” Zijn voorbeeld werd door de latere aanzienlijke juristen gevolgd. Deze adviezen genoten groot gezag, maar vóór Augustus vormen zij nog geene rechtsbron.

Sin autem quaereretur, quisnam jurisconsultus vere nominaretur, cum dicerem, qui legum et consuetudinis ejus, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum, et ad agendum, et ad cavendum peritus esset. Cic., de Orat., I, 48 § 212.

Ad quos olim et ita ambulantes et in solio sedentes domi sic adibatur, non solum ut de jure civili ad eos, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio, aut negotio referretur. Cic., de Orat., III, 33 § 133.

Est enim sine dubio domus jurisconsulti totius oraculum civitatis. Testis est hujusce Q. Mucii janua et vestibulum, quod in ejus infirmissima valetudine, affectaque jam aetate, maxima quotidie frequentia civium ac summorum hominum splendore celebratur. Cic., de Orat., I, 45 § 200.

Door Augustus wordt eene instelling gevestigd, die de beteekenis der adviezen belangrijk verhoogt, ze tot rechtsbron verheft. Aan sommige juristen zou van wege den Keizer het voorrecht worden toegekend, op zijn gezag adviezen te geven, zoodanig dat deze den rechter zouden binden (*jus respondendi*). De adviezen moesten verzegeld aan den rechter

worden overgegeven, maar behoeften geene gronden te bevatten. Deze verbindende kracht, naar den aard der instelling alleen toekomende aan het advies, voor een bepaald geval gegeven, werd allengs uitgestrekt tot de verzamelde adviezen van den gediplomeerden jurist, in den lateren Keizertijd zelfs tot alle zijne geschriften.

Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi jus non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate ejus responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. Et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet. — Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet. . . . Pomp. l. 2 § 49, § 50 D. de O. J. (1, 2).

Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur. Gajus, Inst. 1 § 7.

Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat jura condere. Nam antiquitus institutum erat, ut essent qui jura publice interpretarentur, quibus a Caesare jus respondendi datum est, qui juris consulti appellabantur. Quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenent, ut iudici recedere a responso eorum non liceat, ut est constitutum. § 8 I. de jure nat. (1, 2).

Het is niet zeker, tot welken tijd het *jus respondendi* is verleend. Omstreeks 300 n. C. werd het nog gegeven aan een overigens onbekenden Innocentius. De periode der classieke juristen ligt tusschen Q. Mucius Scaevola en Modestinus (zie hieronder § 21); men kan daarin twee tijdperken onderscheiden: in het eerste is de werkzaamheid der rechtsgeleerden meer scheppend, voortbrengend, in het tweede meer ordenend, verwerkend. Na het midden der derde eeuw geraakt de rechtswetenschap in verval. Een tijd lang openbaart zij zich nog in de uitnemend bewerkte rescripten der Keizers (zie hierboven § 18). Daarna vindt men geen blijken meer van zelfstandige rechtsstudie.

Naarmate de wetenschappelijke geest verdoofde, ging men meer en meer steunen op het gezag der voorgangers. Doch de geschriften der classieke juristen waren zoo uitgebreid van omvang, en zoo rijk van inhoud, zij bevatten bovendien zoo vele controversen, dat men de stof niet meer vermocht te beheerschen. Langzamerhand bepaalde men zich tot de lezing van enkele weinige boeken. Zijnerzijds trachtte de Keizer, door verschillende wettelijke maatregelen, der rechtspraktijk te hulp te komen. De eerste, eene verordening van Konstantijn (321 n. C.), strekte om aan de aantekeningen van Paulus en Ulpianus op de werken van Papinianus verbindende kracht te ontnemen. Justinianus heeft die *Notae* weder in eere hersteld. Eene andere constitutie, tegenwoordig als de *Citeerwet* bekend, werd in 426 n. C. door Theodosius II en Valentinianus III uitgevaardigd: verbindende kracht zou alleen toekomen aan de werken van vijf daarbij aangeduide juristen, en onder

zekere voorwaarde — waarvan de beteekenis zeer betwist is — ook aan de geschriften van de door dezen aangehaalde rechtsgeleerden.

Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes, Ulpiani ac Pauli (ac Marciani, C. Deo auct. § 6) in Papinianum notas, qui, dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum, quam depravare maluerunt, aboleri praecipimus. l. 1 C. Theod. de resp. prud. (I, 4).

Universa, quae scriptura Pauli continentur, recepta auctoritate firmanda sunt et omni veneratione celebranda. Ideoque sententiarum libros, plenissima luce et perfectissima elocutione et justissima juris ratione succinctos, in judiciis prolatos valere, minime dubitatur. l. 2 C. Theod. eod.

Papiniani, Pauli, Gaji, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gajum quae Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni ejus opere recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Juliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae preferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, ejus partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui, ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli, atque Ulpiani in Papiniani corpus factas (sicut dudum statutum est) praecipimus infirmari. Ubi autem pares eorum sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat, eligat moderatio judicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus. l. 3 C. Theod. eod.

Zoo bleef de toestand, totdat Justinianus, in de Pandekten, eene verzameling van de geschriften der juristen tot stand bracht; zie hierover nader in § 27.

Jubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad jus Romanum pertinentes et legere et eliminare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi quod unum pro omnibus sufficiat. Quia autem et alii libros ad jus pertinentes scripserunt, quorum scripturae a nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt, neque nos eorum volumina nostram inquietare dignamur sanctionem. § 4 Const. Deo auctore (l. 1 C. de vet. jur. enuel. I, 17).

§ 21. DE VOORNAAMSTE ROMEINSCHE JURISTEN.

Van de juristen uit den tijd der Republiek — door Pomponius vermeld in l. 2 §§ 35 vlg. D. de O. J. (I, 2) — vinden de volgende hier eene plaats.

Appius Claudius Caecus Centemmanus, achterneef van den Appius Claudius, die een voornaam aandeel had in het tot stand komen der 12 Tafelen. Hij was de eigenlijke samensteller van het *Jus Flavianum* (zie hierboven § 20).

P. Sempronius, bijgenaamd Sophus.

Tiberius Coruncanius, zie hierboven § 20.

Sextus Aelius Paetus Catus, de auteur van het *Jus Aelianum* (zie hierboven § 20) en (of?) de *Tripertita* (zie hierboven § 16) „qui liber veluti cunabula juris continet: tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita jungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio.”

M. Porcius Cato Censorius, † 149 v. C.

M. Porcius Cato Licinianus, zoon van den vorigen, bekend door de *Regula Catoniana* (waarover in het Erfrecht).

P. Cornelius Scipio Nasica, „qui optimus a senatu appellatus est: cui etiam publice domus in sacra via data est, quo facilius consuli posset.”

M. Manilius, bekend door zijne formulieren voor koopcontracten: *Manilii actiones* of *Manilianae venalium vendendorum leges*.

M. Junius Brutus.

P. Mucius Scaevola.

De drie laatstgenoemden „fundaverunt jus civile.”

P. Rutilius Rufus, van wien waarschijnlijk de *constitutio Rutiliana* (Fragm. Vat. § 1), de *actio Rutiliana* (Gajus, Inst. IV § 35) en een edict over de rechten van den patroon (zie hieronder § 42) afkomstig zijn.

Q. Mucius Scaevola Publii filius, † 83 v. C., zoon van den bovengenoemde, de beroemdste van de familie der Mucii, volgens Cicero (de orat., I, 39 § 180) „juris peritorum eloquentissimus, eloquentium juris peritissimus.” Hij gaf de eerste systematische behandeling van het privaatrecht, in tegenstelling van de vroegere exegetische en casuïstische werken: „jus civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo.” Dit werk maakte grooten opgang en werd door latere juristen met aantekeningen voorzien, zelfs nog door Gajus en Pomponius, wiens 39 boeken *ad Q. Mucium* in de Pandekten geëxcerpeerd zijn. Een ander werk, *liber singularis ἑρων*, is het oudste, waaruit in de Pandekten fragmenten zijn opgenomen. Q. Mucius wordt zeer dikwijls door anderen geciteerd. Ook zijn naar hem genoemd de *praesumptio Muciana* (zie hieronder § 125) en de *cautio Muciana* (zie hieronder § 83). Vele jongere juristen werden onder zijne leiding gevormd, o. a. Sextus Papirius, C. Juventius, L. Lucilius Balbus, C. Aquilius Gallus; Cicero zegt (Brutus, c. 89 § 306): „quamquam nemini se ad docendum dabat, tamen, consulentibus respondendo, studiosos audiendi docebat.”

C. Aquilius Gallus, vriend en ambtgenoot van Cicero. Van hem zijn afkomstig de *formula de dolo* (zie hieronder § 201), de *stipulatio Aquiliana* (zie hieronder § 212) en de instelling van sommige nageboren kinderen tot erfgenamen (zie daarover in het Erfrecht).

Servius Sulpicius Rufus, eveneens tijdgenoot en vriend van Cicero, leerling van Lucilius Balbus en Aquilius Gallus. Hij was aanvankelijk redenaar, maar toen hij een rechtsgeleerd advies van Q. Mucius niet begreep, ofschoon het hem tweemaal werd verklaard, en deze hem de woorden toevoegde: „turpe esse patricio et nobili et causas oranti jus, in quo versaretur, ignorare” — ging hij zich met ijver op de rechtsstudie toeleggen. Cicero (Brutus, c. 41, 42 §§ 151 vlg.) noemt hem „princeps in jure civili” en roemt hem vooral om zijne methode en veelzijdige kennis. Servius liet ongeveer 180 boeken na, die ten tijde van Pomponius nog werden gebruikt. Door de lateren wordt hij veelvuldig geciteerd. Tot zijne leerlingen behooren Alfenus Varus, Aufidius Namusa, Aulus Ofilius, e. a.

Aulus Ofilius, een zeer vruchtbaar schrijver, vriend van Caesar, leverde het eerst eene bewerking van het Praetorische Edict: „de jurisdictione edictum praetoris primus diligenter composuit, nam ante eum Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit.”

Alfenus Varus, aan wiens *Digesta*, in 40 boeken, een aantal plaatsen in de Pandekten ontleend zijn.

C. Trebatius Testa, aan wien Cicero eenige brieven richtte en zijne *Topica* opdroeg. „Complures libri exstant, sed minus frequentantur”, zegt Pomponius. Trebatius wordt vermeld in pr. I. de codicill. (II, 25).

Aulus Cascellius, meer bekend als redenaar, waarschijnlijk de auteur van het *judicium Cascellianum* (Gajus, Inst. IV § 166, § 169).

Q. Aelius Tubero „doctissimus quidem habitus est juris publici et privati et complures utriusque operis libros reliquit: sermone etiam antiquo usus affectavit scribere et ideo parum libri ejus grati habentur.”

C. Aelius Gallus schreef een werk *de significatione verborum quae ad jus civile pertinent*, waaruit één fragment in de Pandekten voorkomt.

In dezen tijd, omstreeks het einde der Republiek, begint de literatuur een grooteren rijkdom van vormen te vertoonen. Vroeger bestond ze hoofdzakelijk uit verzamelingen van formulieren voor het proces en voor rechtshandelingen, uit verzamelingen van adviezen en uit *interpretatio* van de wetten, vooral van de wet der 12 Tafelen, onder welke echter niet uitsluitend is te verstaan verklaring van den tekst, maar ook ontwikkeling daarvan, aanpassing aan nieuwe behoeften, „bemiddeling tusschen de wet en het werkelijke leven.” Thans kan men drieërlei soorten van werken onderscheiden: exegetische, systematische en practische. Tot de eerste categorie behooren de commentaren op de oudere en nieuwere rechtsbronnen, volkswetten, senaatsbesluiten, keizerlijke verordeningen, edicten, alsmede op de geschriften van vroegere uitstekende rechtsgeleerden. Tot de tweede rekt men die werken, waarin het geheele recht of enkele onderwerpen stelselmatig worden ontwikkeld, soms als inleiding tot de studie der rechtsgeleerdheid: *Digesta*, *Institutiones*, *Regulae*, *Definitiones*, enz. De derde categorie omvat de talrijke casuïstische geschriften, verzamelingen van rechtsgevallen met de beslissing daarvan: *Responsa*, *Casus*, *Epistulae*, enz.

De stijl der classieke Romeinsche juristen is helder, kort en krachtig. Bovenal munten zij uit als casuïsten, als uitleggers van wetten en rechtshandelingen. Hun wetenschappelijke arbeid heeft altijd eene practische strekking. Eene scheiding tusschen theorie en practijk, met alle schadelijke gevolgen daarvan, is den Romeinen vreemd. Daarentegen zijn zij minder gelukkig in het systematiseeren en definiëeren. „Ein Römer weiss sehr gut aus dem Richtigen heraus etwas in alle Fäden der Einzelheit auszuspinnen, und es verlässt ihn sein trefflicher Tact dabei nicht, aber wenn er dies instinctartig und sicher leitende Gefühl in den Centralpunkt des Gedankens zusammen ziehen soll, so weicht die Kraft und falls er definiren will, so sagt er *qualis exempli gratia est*” (Gans).

Wat het onderwijs aangaat, zoo blijft dit ook nog in den eersten Keizer-tijd grootendeels practisch: de jongeren vormen zich door de oudere rechtsgeleerden hunne zaken te zien behandelen en adviezen te hooren geven, waaraan dan vaak eene bespreking der rechtsvraag met de toe-hoorders wordt vastgeknoopt. Intusschen laat men allengs eene meer theoretische inleiding in de rechtswetenschap, met studie van leerboeken, daaraan voorafgaan. Over de inrichting der *stationes jus publice docentium aut respondentium*, waarvan Gellius spreekt, heerscht groot verschil van meening.

..... Servius plurimum eos, de quibus locuti sumus, audit, institutus a Balbo Lucilio, instructus autem maxime a Gallo Aquilio Pomp. l. 2 § 43 D. de O. J. (1, 2).

Cum ex angulis secretisque librorum ac magistrorum in medium jam hominum et in lucem fori prodisssem, quaesitum esse memini in plerisque Romae stationibus jus publice docentium aut respondentium, an quaestor populi Romani a praetore in jus vocari posset. Gellius, N. A. XIII, 13 § 1.

Een merkwaardig verschijnsel in de geschiedenis der rechtswetenschap vertoont zich ten tijde van Augustus en duurt voort tot de Antonijnen. Gedurende dat tijdvak vindt men namelijk twee tegenover elkaar staande scholen van rechtsgeleerden, waarvan de oorsprong opklimt tot twee beroemde juristen uit den tijd van Augustus: C. Atejus Capito en M. Antistius Labeo.

Capito en Labeo vormden, wat karakter, politieke richting en ontwikkeling betreft, eene scherpe tegenstelling. De eerste behoorde tot eene eerst onlangs opgekomen familie en hechte zich slaafs aan de monarchie: Capitonis obsequium dominantibus magis probabatur (Tacitus, *Ann.*, III, 75). Op wetenschappelijk gebied hield hij vast aan de traditie. Door zijne tijdgenooten als rechtsgeleerde zeer geroemd, heeft hij op de lateren weinig invloed geoefend; in de Pandekten komen geene uittreksels uit zijne werken voor.

Labeo stamde uit een oud Plebejisch geslacht; zijn vader had zich na den slag bij Philippi, uit verdriet over de nederlaag der republikeinen, den dood gegeven. Hij zelf was volbloed republikein: incorrupta libertate (Tacitus, t. a. p.) en verloochende zelfs onder Augustus de tradities van zijn voorgelacht niet. Wetenschappelijk was Labeo een boven zijn tijd veelzijdig ontwikkeld man, uitmuntende door eene vrije en zelfstandige opvatting. Hij beschouwde de zaken niet uitsluitend als jurist, maar zijne algemeene kennis opende hem vele nieuwe gezichtspunten. Labeo wordt ontzaglijk veel door anderen aangehaald. Een bewijs van het groot gezag, dat hij genoot, vindt men in pr. I. de codicill. (II, 25): „cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.” In de Pandekten komen 63 plaatsen uit zijne werken voor.

Post hunc maximae auctoritatis fuerunt Atejus Capito, qui Offium secutus est, et Antistius Labeo, qui omnes hos audivit, institutus est autem a Trebatio. Ex his Atejus consul fuit: Labeo noluit, cum offerretur ei ab Augusto consulatus, quo suf-

fectus fieret, honorem suscipere, sed plurimum studiis operam dedit: et totum annum ita diviserat, ut Romae sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet et conscribendis libris operam daret. Itaque reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur. Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt: nam Atejus Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat: Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit. Pomp. l. 2 § 47 D. de O. J. (I, 2).

In quadam epistula Atei Capitonis scriptum legimus, Labeonem Antistium legum atque morum populi Romani jurisque civilis doctum adprime fuisse. — Sed agitabat, inquit, hominem libertas quaedam nimia atque vecors, tamquam eorum, divo Augusto jam principe et rempublicam obtinente, ratum tamen pensumque nihil haberet, nisi quod justum sanctumque esse in Romanis antiquitatibus legisset. Gellius, N. A. XIII, 12 § 1, § 2.

Labeo Antistius juris quidem civilis disciplinam principali studio exercuit et consulentibus de jure publice responsitavit, set ceterarum quoque bonarum artium non expers fuit et in grammaticam sese atque dialecticam litterasque antiquiores altioresque penetraverat Latinarumque vocum origines rationesque percalluerat, eaque praecipue scientia ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur. Gellius, N. A. XIII, 10 § 1.

Deze oorspronkelijk geheel individueele, op aanleg, karakter en maatschappelijke positie gegronde tegenstelling heeft geleid tot twee scholen (*scholae, sectae*), de Sabinianen en de Proculianen. Of hierbij gedacht moet worden aan twee richtingen op wetenschappelijk gebied, of aan twee afgescheiden inrichtingen van onderwijs, waarin door de leeraren de beschouwingen der scholen werden voortgeplant, is onzeker. In elk geval is het onjuist, de persoonlijke eigenschappen van Capito en Labeo over te brengen op hunne leerlingen en volgelingen, en dat wat van die beide mannen gezegd wordt te stempelen tot het kenmerkende onderscheid der beide scholen. Vooral bij Gajus (zie bijv. Inst. I § 196; II §§ 15, 37, 79, 195, 200, 231, 244; III §§ 87, 98, 103, 141, 161, 167a, 168, 178; IV §§ 78, 79, 114), maar ook nog in de Justiniaansche rechtsbronnen komen eene menigte controversen voor, waarover de scholen verschillend oordeelden. Talrijke pogingen zijn aangewend om in die verschillende beslissingen een principiëel verschil te ontdekken. Doch geene daarvan kan als geslaagd beschouwd worden.

Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. Puberem autem Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest; sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cujus aetatis puberes fiunt; sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant qui XIII annos explevit. Gajus, Inst. I § 196.

Item si quis sub ea condicione stipuletur quae existere non potest, veluti si digito caelum tetigerit, inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde deberi putant, ac si sine condicione relictum esset; diversae scholae auctores nihilo minus legatum inutile existimant quam stipulationem. Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest. Gajus, Inst. III § 98.

Welke juristen tot de eene of tot de andere school behoorden, kan alleen gedurende den eersten Keizertijd worden aangewezen. Op Capito volgen in de rijen der *Sabiniani* of *Cassiani*: Massurius Sabinus, C. Cassius Longinus, Caelius Sabinus, Priscus Javolenus,

Aburnius Valens, Tuscianus, Salvius Julianus, Sextus Pomponius, Gajus, wellicht ook nog enkele lateren. Als *Proculiani* worden na Labeo vermeld: M. Coccejus Nerva, vader en zoon, Proculus, Pegasus, Juventius Celsus, P. Juventius Celsus en Priscus Neratius. Ten tijde der Antonijnen treedt de scholenstrijd op den achtergrond.

Thans volge nog eene opsomming van de voornaamste juristen. Van Augustus tot Trajanus leefden:

Massurius Sabinus, naar wien de Sabiniaansche school genoemd is. Hij was een man zonder vermogen; eerst op gevorderden leeftijd werd hij in den ridderstand opgenomen. Tiberius gaf hem het *jus respondendi*. Zijn beroemdste werk heet *libri tres juris civilis*; het strekt tot grondslag van de commentaren van Pomponius, Ulpianus en Paulus *ad Sabinum*, die in de Pandekten de kern uitmaken van de zoogenaamde Sabinusklasse.

M. Coccejus Nerva, grootvader van Keizer Nerva, hoofd der Proculiaansche school. Pomponius zegt van hem en Sabinus: „qui adhuc eas dissensiones auxerunt.” Uit verdriet over de toenemende wreedheid van Keizer Tiberius, zijn vriend, onderging hij vrijwillig den hongerdood. Titels van zijne werken worden niet vermeld.

C. Cassius Longinus, achterneef van den beroemden Servius Sulpicius, hoofd der Sabinianen, naar hem ook wel Cassianen genoemd. Onder Nero werd hij verbannen, door Vespasianus teruggeroepen. Hij stierf onder diens regeering.

Proculus, naar wien de school van Labeo haren naam draagt. Zijne *Epistulae* zijn in de Pandekten geëxcerpeerd.

M. Coccejus Nerva, ter onderscheiding van zijn vader, Nerva filius genoemd, stond onder Nero in hoog aanzien.

Caelius Sabinus, schrijver van een werk over het edict der Aedilen.

Pegasus, bekend door het *Senatusconsultum Pegasianum* (waarover in het Erfrecht).

Juventius Celsus, de vader, na Proculus hoofd der Proculianen.

Plautius, wiens geschriften door Neratius, Javolenus, Pomponius en Paulus bewerkt zijn. Uit deze bewerkingen zijn plaatsen in de Pandekten opgenomen.

Onder Trajanus, Hadrianus en Antoninus Pius (100—160 n. C.) zijn vooral van belang de volgende juristen:

Priscus Javolenus, hoofd der Sabinianen. Volgens Plinius leed hij aan verstrooidheid. Hij schreef vele boeken, die in de Pandekten door 206 fragmenten zijn vertegenwoordigd.

Publius Juventius Celsus, beroemder dan zijn vader. Tweemaal was hij Consul, het laatst in 129 n. C. (over het *Senatusconsultum Juventianum* zie hieronder in het Erfrecht). Hij behoort tot de uitnemendsten onder de juristen. Naar aanleiding van zijne beantwoording der *quaestio Domitiana* in l. 27 D. qui test. (XXVIII, 1) heeft men hem scherpte van uitdrukking toegeschreven. Uit zijne *Digesta* zijn 142 plaatsen in de verzameling van Justinianus overgegaan.

Priscus Neratius, de laatste Proculiaan. Keizer Trajanus had hem tot zijn opvolger bestemd. De Pandekten bevatten 64 fragmenten uit verschillende zijner werken.

Salvius Julianus, een man van het hoogste gezag bij tijdgenoot en nazaat. Hadrianus droeg hem op, het Edict te herzien (zie hierboven § 19). Justinianus noemt hem *summum auctorem juris scientiae, sublimissimum testem, hominem summae auctoritatis*. Zijne geschriften — waarvan de *Digesta* in 90 boeken het voornaamste is — worden door de lateren buitengewoon dikwijls geciteerd. Voor de Pandekten leverden zij 457 plaatsen.

An apud se manumittere possit is qui consilium praebet, saepe quaesitum est. Ego, qui meminissim Javolenum praeceptorem meum et in Africa et in Syria servos suos manumississe, cum consilium praebere, exemplum ejus secutus et in praetura et consulatu meo quosdam ex servis meis vindicta liberavi et quibusdam praetoribus consulentibus me idem suasi. Julian. l. 5 D. de manum. vind. (XXXX, 2).

Sextus Pomponius, tijdgenoot van Julianus. Omtrent zijne levensomstandigheden ontbreekt het aan gegevens. Hij is een der vruchtbaarste schrijvers, bij Justinianus door 585 fragmenten vertegenwoordigd. De verminkte bewerking van zijn *liber singularis Enchiridii*, in l. 2 D. de O. J. (I, 2) bewaard, is voor ons eene hoofdbron van de rechtsgeschiedenis tot Hadrianus.

Gajus wordt gewoonlijk de laatste Sabiniaan genoemd. Zijne andere namen en zijne maatschappelijke positie zijn onbekend. Volgens sommigen was hij een Aziatisch provinciaal jurist, volgens anderen werkte hij als leeraar te Rome. *Jus respondendi* schijnt hij niet te hebben gehad. Eerst in de Citeerwet wordt hij door den Keizer als autoriteit erkend. Behalve zijne *Instituten* (zie hierboven § 4 en § 6) schreef hij *Res cottidianae* (*Aurea*) in 7 boeken, Commentaren op de 12 Tafelenwet, op het Praetorisch Edict, op de leges Julia et Papia, en vele andere werken, waaruit 535 plaatsen in de Pandekten zijn opgenomen.

Als in meerdere of mindere mate aanhangers of leerlingen van Julianus worden nog genoemd:

Sextus Caecilius Africanus, uit wiens *Quaestiones* 131 fragmenten in de Pandekten voorkomen, waaronder sommige wegens hunne moeilijkheid bekend zijn.

Terentius Clemens, met 35 plaatsen.

L. Volusius Maecianus, met 44 plaatsen.

Venulejus Saturninus, met ruim 70 plaatsen.

In tijdsorde volgen nu (omstreeks 160 tot 235 n. C.):

Papirius Justus, van wien de eerste ons bekende verzameling van keizerlijke verordeningen afkomstig is: 20 boeken *de constitutionibus*, in de Pandekten geëxcerpeerd.

Tarruntenus Paternus, met 2 fragmenten.

L. Ulpius Marcellus, veldheer en lid van den Raad van Antoninus Pius en Marcus Aurelius. Behalve de 159 excerpten uit zijne werken, wordt hij in de Pandekten ook door andere juristen vaak geciteerd.

Q. Cervidius Scaevola behoort tot de „corypheeën der rechtswetenschap.” Tot leerlingen had hij o. a. Papinianus en Paulus, en ook den lateren Keizer Severus. Uit zijne werken, vooral uit de *Digesta*, zijn talrijke fragmenten (307) in de Pandekten opgenomen.

Aemilius Papinianus, door het nageslacht als de grootste der Romeinsche juristen beschouwd („homo excelsi ingenii, acutissimi ingenii et merito ante alios excellens”, zegt Justinianus). Als ambtenaar — hij was onder Marcus Aurelius *advocatus fisci*, onder Septimius Severus eerst *magister libellorum*, later *praefectus praetorio* —, als practisch jurist en als schrijver, verdiende hij volkomen de onbegrensde vereering van tijdgenoot en nazaat, niet alleen om zijne groote talenten en zijn krachtigen geest, maar ook vooral om zijne onkreukbare eerlijkheid, om de integriteit van zijn karakter. Met den dood heeft hij zijne woorden bezegeld (l. 15 D. de cond. inst., XXVIII, 7): „quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.” Caracalla namelijk had zijn broeder Geta vermoord en verlangde, dat Papinianus deze handeling voor Senaat en volk zou verdedigen. Toen deze weigerde, zeggende: „non tam facile parricidium excusari posse quam fieri”, liet Caracalla hem (212 n. C.) op smadelijke wijze ter dood brengen. Uit de geschriften van Papinianus, vooral *Quaestiones* en *Responsa*, zijn 595 plaatsen in de Pandekten overgenomen; zij munten uit door fijnheid van vorm en kernachtigen betoogtrant. Dat hij, niettegenstaande het groot aanzien, waarin hij bij zijne tijdgenooten stond, niet geloofde aan eigen, onfeilbaarheid, wordt bewezen door l. 6 § 1 D. de serv. exp. (XVIII, 7).

Claudius Tryphoninus, met 79 plaatsen.

Tertullianus, wellicht dezelfde persoon als de Kerkvader Q. Septimius Florens Tertullianus; 5 plaatsen uit zijne werken staan in de Pandekten.

Arrius Menander, met 6 plaatsen.

De productieve kracht der rechtswetenschap heeft met Papinianus haar toppunt bereikt. Het streven is er nu vooral op gericht, de allengs aangegroeide stof te verwerken en voor de practijk bruikbaar te maken. Daartoe hebben in de allereerste plaats bijgedragen Ulpianus en Paulus.

Domitius Ulpianus was afkomstig uit Tyrus in Phenicië. Hij bekleedde verschillende openbare betrekkingen, werd verbannen en teruggeroepen, had als *praefectus praetorio* grooten invloed, doch werd in 228 n. C. bij een opstand der pretorianen vermoord. Uit zijne buitengewoon talrijke en omvangrijke, meest compileerende werken — o. a. 81 boeken *ad Edictum* en 51 boeken *ad Sabinum* — zijn 2462 fragmenten, waaronder zeer lange, in de Pandekten opgenomen; ze zamen vormen zij meer dan een derde gedeelte van den inhoud van dat rechtsboek. Ulpianus munt vooral uit door gemakkelijheid en helderheid van voorstelling, waaronder echter de beknoptheid wel eens lijdt. Zie over andere werken van Ulpianus, die tot ons zijn gekomen, hierboven § 4.

Julius Paulus, tijdgenoot van Ulpianus, onder Septimius Severus lid van den Keizerlijken Raad, later *magister scrinii memoriae*, eindelijk onder Alexander Severus *praefectus praetorio*. Zijne werken, nog talrijker dan die van Ulpianus, zijn echter minder sterk in de Pandekten geëxcerpeerd: 2080 fragmenten, met die van Ulpianus ongeveer de helft van het geheel uitmakende. De stijl van Paulus is gedrongen, minder eenvoudig en daardoor minder duidelijk dan die van Ulpianus. Over zijne *Sententiae* zie hierboven § 4 en § 20.

Ongeveer gelijktijdig leefden:

Callistratus, in de Pandekten door 99 plaatsen vertegenwoordigd.

Rutilius Maximus, met 1 plaats.

Aelius Marcianus, met 275 plaatsen. Zijne Instituten in 16 boeken zijn ook gebruikt bij de samenstelling der Instituten van Justinianus.

Licinius Rufinus, met 17 plaatsen.

Aemilius Macer, met 62 plaatsen.

Florentinus, met 42 plaatsen.

Julius Aquila, met 2 plaatsen.

Furius Anthianus, met 3 plaatsen.

De laatste juristen, die in de Pandekten voorkomen, zijn:

Herennius Modestinus, die omstreeks den tijd van Alexander Severus leefde en werkte. Hij was een leerling van Ulpianus. De Citeerwet bracht hem, naast Papinianus, Ulpianus, Paulus en Gajus, tot de gezaghebbende juristen. De Pandekten bevatten 345 fragmenten uit zijne werken.

Hermogenianus, onder Konstantijn, met 107 plaatsen.

Aurelius Arcadius Charisius, met 6 plaatsen.

Wat er van de juridische literatuur, behalve in de Pandekten, nog voor ons is bewaard gebleven, is hierboven in § 4 opgeteekend. Eene reconstructie van de geschriften der Romeinsche juristen werd laatstelijk ondernomen door Lenel, *Palinogenesia juris civilis*, 2 deelen, Leipzig 1889; daarbij zijn echter buiten aanmerking gelaten de geschriften hierboven in § 4 vermeld, onder II B 1^o. a, b, c, e en f.

§ 22. GEWOONTERECHT.

Over het gewoonterecht in het algemeen werd reeds hierboven in § 15 gesproken. Zal men tot het bestaan van een gewoonterecht kunnen besluiten, dan is noodig:

1^o. dat kan worden aangewezen eene reeks van handelingen, gedurende een langen tijd voortgezet (*longa, inveterata, diuturna, per annos plurimos observata, antiquitus probata et tenaciter servata consuetudo, usus longaevis*). Hoeveel handelingen moeten verricht en hoeveel tijd moet verlopen zijn, is aan het oordeel des rechters overgelaten;

2^o. dat die handelingen met elkander in overeenstemming, niet door tegenstrijdige onderbroken zijn;

3°. dat ze niet toevallig, noch gedwongen verricht, maar gegrond zijn in de „overtuiging eener rechtsnoodzakelijkheid.” Hier ligt het kenmerk, waardoor het gewoonterecht zich onderscheidt van eene bloot feitelijke gewoonte;

4°. dat die overtuiging niet het uitvloeisel zij van eene dwaling.

Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet. Cels. l. 39 D. de legibus (I, 3).

Bij de Romeinen heeft het gewoonterecht dezelfde kracht als de wet: „diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur” (§ 9 I. de jure nat., I, 2). Het kan het geldende recht aanvullen, wijzigen of opheffen.

Niet slechts enkele rechtsregels, maar geheele instellingen steunen op het gewoonterecht. Van de vaderlijke macht (zie hieronder § 131) wordt gezegd: „moribus receptum est” (l. 8 D. de his qui sui, I, 6); het huwelijksverbod wegens te nauwe bloedverwantschap „moribus introductum est” (l. 8, l. 39 § 1 D. de R. N., XXIII, 2; zie hieronder § 124); het verbod van schenking tusschen echtgenooten (zie hieronder § 125) „moribus apud nos receptum est” (l. 1 D. de don. i. v. et u., XXIV, 1). Verg. verder o. a. pr. I. de pup. subst. (II, 16); pr. I. de inoff. test. (II, 18).

Eene bestaande wet kan ook door gewoonterecht hare kracht verliezen, in onbruik geraken. Voorbeelden daarvan vindt men in § 3 I. de libert. (I, 5); § 12 I. de lege Aquil. (IV, 3); § 7 I. de injur. (IV, 4).

Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declarat an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. Julian. l. 32 § 1 D. de legibus (I, 3).

Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt jura servantur. Hermogen. l. 35 D. eod.

Consuetudinis usque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem. Constant. l. 2 C. quae sit longa cons. (VIII, 52).

- Hujus legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit. Ulp. l. 27 § 4 D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

De rechter moet het gewoonterecht, evenals de wet, ambtshalve toepassen (euria novit jus), zie hieronder § 113. Het zal hem kunnen blijken uit eigen waarneming, uit schriftelijke opteekeningen, uit verklaringen van getuigen, soms ook uit algemeen gebruikelijke rechtsspreuken.

Superest, ut de officio iudicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est. pr. I. de off. iud. (IV, 17).

Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit. Ulp. l. 34 D. de legibus (I, 3).

§ 23. WERKING DER WET TEN AANZIEN VAN DE PLAATS
EN DE PERSONEN.

Ten aanzien van elke rechtsorde doet zich de vraag voor, hoever zich hare verbindende kracht uitstrekt, en wel:

1^o. met betrekking tot de plaats harer werking, tot de personen aan haar gezag onderworpen;

2^o. met betrekking tot den tijd, den duur harer werking.

Over het tweede punt wordt in de volgende §§ gehandeld. Wat het eerste betreft, kan men twee hoofdstelsels onderscheiden:

1^o. het personaliteits- of nationaliteitsbeginsel: het recht is toepasselijk op alle personen, die behooren tot het volk, burgers zijn van den Staat, waar dat recht geldt, onverschillig waar zij zich bevinden. Beslissend is dus de afstamming, het burgerschap;

2^o. het territorialiteitsbeginsel: het recht is toepasselijk op allen, die zich bevinden op het grondgebied van den Staat, van welks recht sprake is, onverschillig tot welk volk zij behooren. Hier komt het dus aan op de woonplaats.

In de oudheid is het eerste stelsel heerschende. Doch de toenemende omvang van het Romeinsche Rijk, de ontwikkeling van het Romeinsche *jus gentium*, later de gelijkstelling van burgers en vreemdelingen (zie hierboven § 10 en hieronder § 44) hebben in Rome het verschil der nationale rechten op den achtergrond gedrongen. Het Romeinsche recht levert geene bouwstoffen voor de oplossing der vele conflicten, waartoe het gelijktijdig bestaan van verschillende wetgevingen in het internationaal verkeer aanleiding geeft (*internationaal privaatrecht*).

Eene bijzondere vraag is het nog, of het hoofd van den Staat aan de wetten onderworpen is. In den Romeinschen Keizertijd werd de regel: „*princeps legibus solutus est*”, door Ulpianus (l. 31 D. de legibus, I, 3) alleen met het oog op de leges Julia et Papia Poppaea gesteld, in steeds ruimeren omvang toegepast, ofschoon de Keizers meermalen het denkbeeld eener vrijwillige onderwerping aan het privaatrecht uitspraken: „*licet enim, inquit, legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus*” (§ 8 I. quib. mod. test. inf., II, 17).

Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa imperatorem vindicare inverecundum est: decet enim tantae majestati eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur. Paul. l. 23 D. de legat. III. (XXXII).

§ 24 (1^o druk: § 26). WERKING DER WET MET BETREKKING
TOT DEN TIJD.

Eene wet behoudt hare verbindende kracht, totdat eene gebeurtenis plaats grijpt, waardoor zij deze verliest. Dit is het geval:

1^o. wanneer de betrekkingen of toestanden, die de wet bestemd was te regelen, hebben opgehouden te bestaan;

- 2^o. wanneer de tijd, waarvoor ze is ingevoerd, verloopen is;
 3^o. wanneer zich een gewoonterecht heeft gevormd in strijd met de wet, de wet in onbruik is geraakt (zie hierboven § 22);
 4^o. wanneer zij door eene latere wet geheel of gedeeltelijk, uitdrukkelijk of stilzwijgend, wordt afgeschaft of gewijzigd.

Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his quae ipsas praecesserunt. Modest. l. 4 D. de const. princ. (1, 4).

Lex aut rogatur, id est fertur, aut abrogatur, id est prior lex tollitur, aut derogatur, id est pars primae legis tollitur, aut subrogatur, id est adicitur aliquid primae legi, aut obrogatur, id est mutatur aliquid ex prima lege . . . Ulp. Fragm., Prooem. § 3.

Wordt eene nieuwe algemeene wet ingevoerd, dan vervallen daardoor nog niet van zelf de bijzondere bepalingen, die als uitzonderingen naast de vroegere wet bestonden: *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*.

Dat de reden is verdwenen, die indertijd de wet deed vaststellen, heeft geenszins ten gevolge, dat zij hare verbindende kracht verliest. Evenmin mag men de toepassing der wet in een concreet geval weigeren, op grond dat in dat geval die reden zou ontbreken. De zoogenaamde rechtsregel: *cessante ratione legis, cessat lex ipsa* is in beide beteekenissen geheel valsch.

Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest, Julian. l. 20 D. de legibus (1, 3).

et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur. Nerat. l. 21 D. eod.

§ 25 (1^o druk: § 24). VERVOLG. NIET-TERUGWERKENDE KRACHT
DER WET.

Het feit, dat eene wet op zeker tijdstip geldt, bewijst nog niet, dat zij op dat oogenblik uitsluitend richtsnoer is ter beoordeeling, dat alleen zij door den rechter wordt toegepast. Integendeel, bij verandering der wet moet nog afzonderlijk de vraag worden beantwoord, welke rechtsbetrekkingen onder het bereik der oude, welke onder het bereik der nieuwe wet vallen.

Als algemeen beginsel geldt, dat elke rechtsbetrekking wordt beoordeeld naar de wetgeving van het tijdstip, waarop zij is tot stand gekomen. Men drukt dit ook aldus uit, dat verkregen rechten worden geëerbiedigd, dat de wet geene terugwerkende kracht heeft. Met verkregen rechten mogen echter niet worden gelijkgesteld bloote verwachtingen, die onder de vroegere wet zijn ontstaan, noch ook persoonlijke bevoegdheden, die de oude wet verleende, en die met haar verdwijnen. De toepassing van deze regels op de verschillende rechtshandelingen en rechtsinstellingen geeft aanleiding tot talrijke en moeilijke vragen (*transitoir recht*). Veelal worden de belangrijkste daarvan door bijzondere overgangsbepalingen opgelost.

De wetgever kan, in afwijking van den regel, aan zijne wet terug-

werkende kracht toekennen, waar hem dit wenschelijk voorkomt. Of zoogenaamde interpretatieve wetten, d. z. wetten die heeten te verklaren in welchen zin eene vroegere wet moet worden opgevat, ook zonder uitdrukkelijk voorschrift des wetgevers, terugwerkende kracht hebben, is eene betwiste vraag.

Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit. Theod. et Valent. l. 7 C. de legibus (I, 14).

..... his scilicet omnibus, quae in praesenti per hanc consultissimam legem statuimus, ad praeteritos nihilo minus contractus pro negotiis et controversiis necdum transactionibus vel definitivis sententiis seu alio legitimo modo sopitis locum habituris. Anastas. l. 21 C. ad SC. Vellej. (IV, 29).

De usuris, quarum modum jam statuimus, pravam quorundam interpretationem penitus removens jubemus etiam eos, qui ante eandem sanctionem ampliores quam statutae sunt usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis ejus suas moderari actiones, illius scilicet temporis, quod ante eandem fluxit legem, pro tenore stipulationis usuras exacturos. Justinian. l. 27 pr. C. de usur. (IV, 32).

Leges autem nostras . . . optinere sancimus . . . in omnibus causis, sive quae postea emergerint, sive quae in judiciis adhuc pendent nec eas judicialis vel amicalis forma compeccuit. Quae enim jam vel judiciali sententia finita sunt vel amicali pacto sopita, haec resuscitari nullo volumus modo . . . § 23 Const. *Tanta* (l. 2 C. de vet. jur. enuel., I, 17).

§ 26 (1^e druk: § 25). UITLEGGING DER WET.

Uitlegging heeft ten doel de vaststelling van den zin, den omvang, de beteekenis van een wettelijk voorschrift. Zij wordt onderscheiden in *authentieke*, die van den wetgever afkomstig en daarom verbindend is, en *wetenschappelijke*, die op geen uitwendig gezag berust, maar alleen steunt op de kracht harer gronden. Wij spreken nu over de laatste in het algemeen, terwijl wij hieronder in § 27 eenige bijzondere regels van uitlegging behandelen, die ten aanzien der Justiniaansche rechtsbronnen te pas komen.

Grondslag voor alle uitlegging is een uit te leggen tekst. Waar de uitlegger, gelijk bij de Romeinsche rechtsbronnen, geen authentieke tekst te zijner beschikking heeft, moet de uit te leggen tekst eerst door critiek worden vastgesteld. Men onderscheidt deze wel in *lagere (diplomatieke)* en *hoogere (conjecturale)*; de eerste bestaat in het vergelijken, schiften en waardeeren van handschriften en uitgaven; de tweede in het vaststellen van den waren tekst, ook op gronden ontleend aan innerlijke noodzakelijkheid of waarschijnlijkheid.

Bij de critiek moet gelet worden op de verschillende eigenaardigheden en fouten van den overgeleverden tekst. Daarbij komen o. a. de volgende punten in aanmerking:

1^o. De handschriften hebben geene of slechts zeer weinige leestekens; vaak kan dus verbetering worden aangebracht door verandering van de soms willekeurig door de uitgevers geplaatste of verplaatste leestekens.

2°. Meermalen zijn gelijkluidende lettergroepen weggelaten en kan de fout door herhaling daarvan hersteld worden; zoo vindt men *similis videbitur* in plaats van *similis is videbitur*.

3°. Soms zijn enkele letters, lettergroepen of woorden verplaatst; zoo veranderde het oorspronkelijke *rhapsodiae* in *pars hodie*.

4°. Niet zelden zijn plaatsen bedorven, doordien men ten onrechte woorden vereenigd of gescheiden heeft; uit *quae triennio* ontstond het foutieve *quadriennio*.

5°. Talrijke fouten zijn ontstaan, doordien de afschrijver de in het handschrift voorkomende verkortingen over het hoofd zag of verkeerd oploste; van *P. R. Jus* maakte men *prius* in plaats van *populi romani jus*; *R. V.* zag men aan voor *revera*, in plaats van *rei uxoriae*.

6°. Woorden of zinsneden, die door den afschrijver vergeten en door een corrector aan den kant bijgevoegd waren, zijn soms later op eene verkeerde plaats ingelascht, enz.

Is de tekst vastgesteld, dan begint de taak des uitleggers. Voorop staat daarbij de gulden spreuk van Ulpianus: „*quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est neglegenda interpretatio ejus*” (l. 1 § 11 D. de insp. ventre, XXV, 4).

Doel van alle wetsuitlegging is het opsporen en vaststellen van de beteekenis der wet. In de wet drukt de wetgever zijn wil, zijne bedoeling uit en bezigt daarvoor het geschreven woord. Het woord is de uitdrukking der gedachte. Doch vaak is het slechts eene gebrekkige uitdrukking. Zoo ontstaat de vraag, welk gewicht toekomt aan het geschreven woord, welk gewicht aan de van elders — uit den samenhang met andere voorschriften, uit de wordingsgeschiedenis — blijkende bedoeling der wet. Deze vraag wordt niet overal en altijd gelijk beantwoord. De oude Romeinen klampen zich vast aan de woorden, de latere houden ook rekening met de bedoeling. Eene verstandige wetsuitlegging mag de bedoeling der wet niet uit het oog verliezen, maar zij mag nimmer leiden tot een resultaat, dat met de woorden onvereinigbaar is. Ook wachte men zich ervoor, de bedoeling van enkelen, die aan den wetgevenden arbeid deelnamen, voor de bedoeling der wet aan te zien.

Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Cels. l. 17 D. de legibus (1, 3).

..... Respondit non oportere jus civile calumniari neque verba captari, sed quae mente quid diceretur, animadvertere convenire Paul. l. 19 D. ad exhib. (X, 4).

..... Etsi maxime verba legis hanc significationem habent, tamen sententia legislatoris aliud flagitat Modest. l. 13 § 2 D. de excus. (XXVII, 1).

..... Etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur Cels. l. 7 § 2 D. de suppl. leg. (XXXIII, 10).

De uitlegger onderzoekt de beteekenis der woorden naar het gewone, technische of wettelijke spraakgebruik; hij beschouwt het wettelijk voorschrift in zijn verband en samenhang met andere wetsbepalingen; hij vestigt zijne aandacht op de aanleiding en vooral op den grond, de strekking der wet; hij raadpleegt de geschiedenis van de rechtsinstelling en

let speciaal op den rechtstoestand, die vóór de invoering der wet bestond. Zoo kan men verschillende zijden der uitlegging onderscheiden, eene grammaticale, logische, systematische, historische, enz. Onjuist ware de voorstelling, als gold het hier verschillende, tegenover elkander staande en elkander uitsluitende wijzen van uitlegging. Ook de plaats, waar eene wetsbepaling voorkomt, kan licht verspreiden over haren zin (*Rubrica non est lex?*). Worden al deze middelen van uitlegging aangewend, dan blijkt vaak, dat de beteekenis der wet eene ruimere of engere is, dan hare woorden op het eerste gezicht deden vermoeden (zoogenaamde extensieve of restrictieve interpretatie). Eene uitlegging, die met de woorden niet is overeen te brengen, is echter in geen geval geoorloofd.

Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere. Cels. l. 24 D. de legibus (I, 3).

Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. Paul. l. 26 D. eod.

Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint, idque multis argumentis probatur. Paul. l. 28 D. eod.

In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit. Cels. l. 19 D. eod.

Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipitur, quae rei gerendae aptior est. Julian. l. 67 D. de R. J. (L, 17).

Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. Modest. l. 25 D. de legibus (I, 3).

Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur. Cels. l. 18 D. eod.

Uiterst voorzichtig zij men bij de uitlegging met algemeene spreuken, waarop veeltijds een beroep wordt gedaan. Zoo wordt o. a. vaak gebruik of misbruik gemaakt van de regels: *qui dicit de uno negat de altero*, *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis* (zoogenaamd *argumentum a contrario*). Is deze redeneering reeds in het algemeen hoogst gevaarlijk, zij is het vooral ten aanzien van de casuïstische beslissingen, waaruit de Romeinsche rechtsbronnen voor een groot deel bestaan.

Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae conjectio est, quae simul cum in aliquo vitiosa est, perdit officium suum. Paul. l. 1 D. de R. J. (L, 17).

Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat. Ulp. l. 22 D. de legibus (I, 3).

Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere. Paul. l. 18 D. de test. (XXII, 5).

„Patroni” appellatione et patrona continentur. Ulp. l. 52 D. de V. S. (L, 16).

Ten slotte een woord over de analogie. Geene wetgeving is zonder leemten. Ook de beste wet kan niet alle gevallen voorzien; bovendien doen er zich dagelijks in het verkeer nieuwe voor. Het is dan de taak der rechtswetenschap, met behulp van de bestaande regels, den regel voor het niet besliste geval te vinden. Zij doet dit door van de geldende regels op te klimmen tot meer algemeene regels en beginselen, waarvan

deze als de uiting kunnen worden beschouwd, en daarna uit die beginselen consequentiën af te leiden, die de wet zelve niet heeft getrokken. Deze werkzaamheid noemt men analogische toepassing der wet; de Romeinen spreken hier van *interpretatio* (zie bijv. hieronder § 107, no. 6 en § 199).

Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita jus dicere debet. Julian. l. 12 D. de legibus (1, 3).

Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri. Ulp. l. 13 D. eod.

Ex eadem lege duodecim tabularum libertarum et inpuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet. Quae et ipsa tutela legitima vocatur, non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelae ad eos pertinere, quia et agnatos quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse jusserat. Gajus, Inst. 1 § 165.

§ 27. DE WETGEVING VAN JUSTINIANUS.

Flavius Justinianus, in 482 n. C. te Tauresium in West-Illyrië geboren, werd in 527 door zijn oom, Keizer Justinus, als medekeizer aangenomen. Toen deze nog in hetzelfde jaar stierf, werd hij alleenheerscher en bleef dit tot zijn dood in 565. Gedurende zijne regeering kwam, onder leiding van den verdienstelijken Tribonianus, de herziening en codificatie van het recht in betrekkelijk korten tijd tot stand.

De Keizer werd tot het ondernemen van dezen arbeid genoopt door het besef, dat de rechtstoepassing ontzaglijk veel te wenschen overliet. Men onderscheidde de rechtsstof in twee groote deelen: *jus* en *leges*. Onder *jus* verstond men het oudere recht, gelijk het uit volkswetten, senaatsbesluiten, enz. was opgebouwd en in de geschriften der juristen was verwerkt. *Leges* waren de latere keizerlijke verordeningen. Wat deze laatste betreft, zoo was de raadpleging vergemakkelijkt door de verzameling in den Codex Theodosianus (zie hierboven § 4 II B *cc*); daarnaast had men dan nog de constituties, na Theodosius uitgevaardigd. Ten aanzien van het *jus* was de toestand veel ongunstiger. Door enkele wetgevende maatregelen hadden de Keizers getracht, raad te schaffen (zie hierboven § 20). Particulieren hadden verzamelingen van *jus* tot stand gebracht (zie hierboven o. a. § 4 II B *cc*). Doch de verwarring bleef groot. De kwijnende toestand der rechtswetenschap, het gebrek aan boeken, de groote menigte twistvragen gaven Justinianus recht tot de uitspraak: „repperimus autem omnem legum tramitem, qui ab urbe Roma condita et Romuleis descendit temporibus, ita esse confusum, ut in infinitum extendatur et nullius humanae naturae capacitate concludatur” (§ 1 Const. *Deo auctore*).

Den eersten stap deed Justinianus door bij eene constitutie de novo Codice componendo van 13 Febr. 528 — gewoonlijk Constitutie *Haec quae necessario* genoemd — de samenstelling van een nieuwen Codex op te dragen aan eene commissie, bestaande uit tien personen, namelijk zeven hooge staatsambtenaren, één hoogleeraar en twee advocaten; Tribonianus komt reeds onder hen voor. De commissie kreeg in last, de constituties der drie bestaande Codices en die, welke later verschenen waren, onder titels in chronologische orde te vereenigen, met volledige vrijheid om onnoodige inleidingen, herhalingen, gelijkloovende, verouderde of tegenstrijdige bepalingen weg te laten. Bij eene constitutie de Justiniano Codice confirmando van 7 April 529 (Const. *Summa reipublicae*) werd de Codex afgekondigd en verkreeg kracht van wet, met ingang van 16 April 529, in plaats van de vroegere verzamelingen.

Alsnu ging Justinianus over tot de hervorming van het *jus*. Ter voorbereiding werden in 529 en volgende jaren een aantal constituties uitgevaardigd, waarbij sommige instellingen als verouderd afgeschaft, andere vereenvoudigd of met de toenmalige behoeften in overeenstemming gebracht werden. Afzonderlijk vindt men vermeld eene verzameling van vijftig constituties ter beslissing van twistvragen: „decisiones per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso quaestore antiqui juris altercationes placavimus” (§ 3 I. de libert., I, 5).

Bij eene constitutie de conceptione Digestorum van 15 Dec. 530 (Const. *Deo auctore*, als inleiding vóór de Digesten geplaatst en ook te vinden als l. 1 C. de vet. jur. enucl., I, 17) droeg de Keizer aan Tribonianus op, met eene door hem te vormen commissie van rechtsleeraars en advocaten, de samenstelling van de geschriften der juristen tot stand te brengen. Hoewel voor de voltooiing van het reuzenwerk op 10 jaren was gerekend, kwam de commissie reeds in 3 jaren gereed. De Digesten werden op 16 Dec. 533 afgekondigd, om op 30 Dec. daaraanvolgende in werking te treden, bij de Constituties de confirmatione Digestorum ad Senatam et omnes populos: de Constitutie *Tanta* (l. 2 C. de vet. jur. enucl., I, 17) voor de Romeinen, de Constitutie *Δέδωκεν* voor de Grieken; beide zijn eveneens als Inleiding bij de Digesten gevoegd.

De aangehaalde Constituties geven ons een inzicht in het plan en de wijze van uitvoering. De commissie bestond uit 16 leden, tegenwoordig naar den aard van hun arbeid vaak „de compileurs” genoemd. Zij had te verzamelen en te excerpeeren de geschriften van alle juristen, die het *jus respondendi* (zie hierboven § 20) hadden verkregen, de vroeger veroordeelde aantekeningen op Papinianus daaronder begrepen. Daaruit zou één geheel worden gemaakt, onder den naam van *Pandektae* of *Digesta*; herhalingen en tegenstrijdigheden moesten worden vermeden, het verouderde moest worden weggelaten. Waar verschillende meeningen werden aangetroffen, zou der commissie de vrije keuze toekomen. Zoo noodig, mocht zij veranderingen aanbrengen in den tekst der geschriften. Alle opgenomen fragmenten zouden, zonder onderscheid van den auteur, als Keizerlijke wet gelden (*lex*). Intusschen zou de naam van den schrijver

er bij worden vermeld, eene vermelding die voor ons van groote beteekenis is gebleken.

In het geheel zijn 9123 fragmenten ontleend aan 2000 boeken van 39 juristen, van welke de oudste is Quintus Mucius Scaevola († 83 v. C.), terwijl de jongsten zijn Hermogenianus en Arcadius Charisius (onder Konstantijn). Het sterkst geëxcerpeerd zijn Ulpianus (2462), Paulus (2080), Papinianus (595), Pomponius (585), Gajus (535), Julianus (457), Modestinus (345), Scaevola (307), Marcianus (275), Javolenus (206), Marcellus (159), Celsus (142), Africanus (131), Hermogenianus (107). Op last van Justinianus werd eene lijst gemaakt van alle geëxcerpeerde werken en hunne schrijvers, „ut manifestissimum sit, ex quibus legislatoribus, quibusque libris eorum et quot milibus hoc justitiae Romanae templum aedificatum est” (C. *Tanta*, § 20). Die lijst, die echter niet geheel met den inhoud overeenkomt, is bewaard gebleven in het Florentijnsche handschrift (*Index Florentinus*).

De stof werd in systematische orde gerangschikt in 50 boeken, welke — met uitzondering van de boeken 30, 31 en 32, die te zamen slechts één titel vormen — zijn verdeeld in titels, te zamen 432 in getal. De volgorde der titels is die van den Codex of het Edictum perpetuum. De plaatsing der fragmenten in elken titel wordt eenigermate verklaard door de ontdekking van Bluhme (1818). Volgens dezen geleerde splitste de commissie zich in drie afdeelingen, die ieder eene zekere categorie van werken ter hand namen: de Sabinus-, Edicts- en Papinianusklasse (in sommige uitgaven der Digesten wordt elk fragment, naar gelang van de klasse waartoe het behoort, met S. E. of P. aangeduid). In den titel staan meestal de fragmenten uit die klasse voorop, welke in den titel het sterkst is vertegenwoordigd. De verdeeling der fragmenten in een *principium* en paragraphen is van lateren tijd.

Eene andere indeeling der Digesten, die vooral in verband staat met de inrichting van het onderwijs, is die in zeven groote deelen (*partes*), waarover nader te vergelijken Const. *Tanta*, §§ 1—8.

De compilateurs hebben een ruim gebruik gemaakt van de machtiging, hun verstrekt, om de fragmenten der oude juristen te veranderen, ten einde ze in overeenstemming te brengen met den gewijzigden rechtstoestand. Zoodanige veranderingen noemt men *interpolaties* of *emblemata Triboniani*. Sommige plaatsen hebben, hoewel ze ongewijzigd zijn opgenomen, toch eene veranderde beteekenis gekregen (zoogenaamde *duplex interpretatio*).

Wij citeeren plaatsen uit de Pandekten of Digesten aldus:

l. 1 § 11 D. de insp. ventre (XXV, 4). Wat in een fragment vóór § 1 staat, heet *principium*; bijv. l. 1 pr. D. de insp. ventre (XXV, 4). Haalt men opnieuw eene plaats uit denzelfden titel aan, dan schrijft men: l. 2 D. eod. (= eodem titulo); is de titel reeds bij den aanvang van het betoog genoemd, dan zegt men: l. 2 D. h. t. (= hoc titulo). Andere wijzen van citeeren zijn de volgende:

fr. 1 § 11 de insp. ventre (XXV, 4);

l. 1 § 11 D. de insp. ventre;

l. 1 § 11 D. 25, 4;

D. 25, 4, 1, 11 enz. De titelopschriften worden in den regel zeer verkort, somtijds zelfs alleen door de eerste letters aangegeven ¹⁾.

Van de Pandekten is één voortreffelijk handschrift, uit het einde der zesde of het begin der zevende eeuw, tot ons gekomen: de Florentijnsche Codex. Vroeger aan de Pisanen behoorende (vandaar de naam: *litera Pisana*), kwam het in 1406 te Florence, waar het in de Laurentiaansche bibliotheek met bijzonderen eerbied bewaard wordt. De *Florentina* munt uit door uitwendige volledigheid — er zijn slechts enkele leemten — zoowel als door inwendige zuiverheid. De inscripties der fragmenten zijn nauwkeurig opgenomen, de Grieksche woorden en plaatsen onvertaald gelaten. Verder wordt er in aangetroffen eene overigens onbekende lijst der geëxcerpeerde boeken.

Daarnaast kent men eenige honderden vulgaat-handschriften, sedert het einde der elfde eeuw geschreven. Zij zijn verdeeld in drie deelen: *Digestum vetus* (Bk. I tot XXIV, 2); *Infortiatum* (XXIV, 3 tot XXXVIII), daaronder het stuk *tres partes*, dat midden in l. 82 D. ad leg. Falc. XXXV, 2 begint en tot het einde van het 38^e Boek loopt; *Digestum novum* (XXXIX—L). De oude vraag naar de verhouding tusschen deze *litera Bononiensis* en de *Florentina* wordt door Mommsen thans in dien zin beantwoord, dat de vulgaat-handschriften alle afstammen van één moederhandschrift uit de 10^e of 11^e eeuw, hetwelk op de Florentina steunt, doch met behulp van een ander, van de Florentina onafhankelijk, handschrift is verbeterd.

Voor de critiek van den tekst zijn verder van groot belang de Grieksch-Romeinsche bronnen, met name de Basilika (zie hieronder § 28).

Tot de voornaamste uitgaven der Pandekten behooren die van Gregorius Haloander, Neurenberg 1529 met vele conjecturen (*lectio Norica*); de prachttuitgaaf van Lelio en Francesco Torelli, Florence 1553, en de nieuwste editie van Th. Mommsen, Berlijn 1866, 1870.

Terwijl aan de Digesten gewerkt werd, droeg Justinianus aan Tri-

¹⁾ De gebruikelijkste afkortingen bij citaten uit de Pandekten zijn de volgende: de A. E. V. = actionibus empti venditi (XIX, 1); de A. v. A. P. (of de A. P.) = adquirenda vel amittenda possessione (XXXXI, 2); de A. v. O. H. = adquirenda vel omittenda hereditate (XXIX, 2); de A. R. D. = adquirendo rerum dominio (XXXXI, 1); de B. P. = bonorum possessionibus (XXXVII, 1); de C. E. = contrahenda emptione (XVIII, 1); de C. et D. = condicionibus et demonstrationibus (XXXV, 1); de D. R. (of de R. D.) = divisione rerum (I, 8); de H. P. = hereditatis petitione (V, 3); de J. D. = jure dotium (XXIII, 3); de J. et J. = justitia et jure (I, 1); de J. F. = jure fisci (XXXXIX, 14); de I. I. R. = in integrum restitutionibus (IV, 1); de N. G. = negotiis gestis (III, 5); de O. J. = origine juris (I, 2); de O. et A. = obligationibus et actionibus (XXXIV, 7); de R. C. = rebus creditis (XII, 1); de R. J. = regulis juris (L, 17); de R. N. = ritu nuptiarum (XXIII, 2); de R. V. = rei vindicatione (VI, 1); de S. P. R. = servitutibus praediorum rusticorum (VIII, 3); de S. P. U. = servitutibus praediorum urbanorum (VIII, 2); de V. O. = verborum obligationibus (XXXXV, 1); de V. S. = verborum significatione (L, 16).

bonianus en de beide professoren Theophilus van Konstantinopel en Dorotheus van Beryte de taak op, een nieuw leerboek voor het eerste rechtsgeleerde onderwijs te vervaardigen, in plaats van de tot dusver gebruikte Instituten van Gajus, die door de nieuwe codificatie verouderd waren. Dit leerboek zou tevens gelden als wet. Spoedig gereed gekomen, werden de nieuwe Instituten bij de constitutie *Imperatoriam*, 21 November 533, afgekondigd, om op 30 December, te gelijk met de Pandekten, in werking te treden. De Instituten vormen een doorlopenden tekst, verdeeld in vier boeken en 98 titels, die later weder in *principium* en paragrafen zijn gesplitst. Zij bevatten „totius legitimae scientiae prima elementa.” De inhoud is ontleend in de eerste plaats aan de *Instituten* en *Res cottidianae* van Gajus, verder aan de *Instituten* van Ulpianus, Marcianus, Florentinus en andere dergelijke geschriften, eindelijk aan de jongere keizerlijke constituties. Voor de bijzonderheden wordt meermalen naar Pandekten en Codex verwezen.

Wij citeeren plaatsen uit de Instituten aldus:

§ 12 I. de lege Aquil. (IV, 3), of

pr. I. de lege Aquil. (IV, 3). Ook hier komen afwijkende manieren van citeeren voor.

De Instituten-handschriften zijn zeer talrijk. Doch slechts een klein fragment, te Verona aanwezig, is ouder dan de negende eeuw. Bij het (onvolledige) handschrift te Turijn vindt men de Turijnsche Glosse (zie hieronder § 29). Onder de vele, ongeveer 900, editiën verdienen bijzondere vermelding die van Haloander 1529; Cujacius 1585; Biener 1812; Schrader 1832 met vele aantekeningen; Krüger 1867. De tekst der Instituten met de Latijnsche vertaling der paraphrase van Theophilus (zie hieronder § 28) is in handigen vorm uitgegeven te Amsterdam, 1860.

In verband met zijne nieuwe wetgeving stelde Justinianus — bij de Constitutie *Omnem* van 16 December 533 — eene veranderde regeling van het onderwijs vast, zooals dit in een vijfjarigen cursus aan de rechtscholen te Rome, Beryte en Konstantinopel zou worden gegeven.

Thans bleef nog over, den Codex van 529 aan te vullen met de sedert uitgevaardigde Constituties en in overeenstemming te brengen met de Pandekten. Deze taak werd door Justinianus opgedragen aan Tribonianus, Dorotheus en drie advocaten. Zij zouden deze gelegenheid gebruiken om de fouten van den eersten Codex te herstellen, tegenstrijdigheden op te heffen, onduidelijkheden weg te nemen, enz. Bij de Constitutie de emendatione Codicis Justiniani et secunda ejus editione (Constitutie *Cordi*) van 16 November 534 werd de aldus herziene Codex, *Codex repetitae praelectionis*, afgekondigd om op 29 December 534 in werking te treden. Daarmede verviel de vroegere Codex, die ons ook niet meer bekend is. De nieuwe Codex is verdeeld in 12 boeken en 765 titels, bevattende 4652 constituties, waarvan de grootste helft tot de rescripten behoort. Ze zijn in elken titel in chronologische orde gerangschikt en ieder van eene *inscriptio* en *subscriptio* voorzien. De oudste

constitutie is van Hadrianus, l. 1 C. de testam. (VI, 23), de jongste is van November 534, l. ult. C. de episc. aud. (I, 4). Het grootste aantal constituties is afkomstig van Diocletianus en Maximianus, namelijk ruim 1200; van Justinianus behelst de Codex ongeveer 400 constituties. Wij citeeren plaatsen uit den Codex aldus:

l. 1 (of l. unica) § 4 C. de caduc. toll. (VI, 51). Andere manieren van citeeren zijn de volgende:

c. 1 § 4 de caduc. toll. (VI, 51).

l. 1 § 4 C. de caduc. toll.

l. 1 § 4 C. 6, 51.

C. 6, 51, 1 § 4 enz.

Wat de handschriften betreft, zoo bestaan er te Verona fragmenten van een manuscript uit de 6^e of 7^e eeuw; verder drie onvolledige uit de 10^e en 11^e eeuw. De beste uitgaven zijn die van Haloander, Neurenberg 1530; Herrmann 1843; Krüger 1877.

Nadat aldus de codificatie was voltooid, vaardigde Justinianus van 1 Januari 535 tot 565 nog eene menigte constituties uit, Novellen (*novellae constitutiones*, *νεκραι διαταξεις*) genaamd; de meeste in het Grieksch, sommige in het Latijn of in beide talen te gelijk. Eene officiële verzameling daarvan is niet bekend, wel verschillende particuliere. Zoo bestaat er vooreerst eene nog onder Justinianus door Julianus, professor te Konstantinopel, vervaardigde, voor Italië bestemde en algemeen verbreide Latijnsche verkorting van 124, oorspronkelijk meestal Grieksche constituties (*liber Novellarum*, *Epitome Juliani*, laatstelijk uitgegeven door Hänel, Leipzig 1873). — Eene andere verzameling van 134 in het Latijn vertaalde Novellen (*Versio vulgata*), werd, nadat Irnerius zich van hare eerst betwijfelde echtheid had overtuigd, *Authenticum* of *liber Authenticorum* geheeten en gold bij de Glossatoren als de ware tekst. Slechts 97 werden als nog bruikbaar aangemerkt (*ordinariae*) en in 9 *collationes* verdeeld; de overige (*extraordinariae*, *extravagantes*, *inutiles*) in 3 *collationes*. Het *Authenticum* is uitgegeven door Heimbach, Leipzig 1846—1851. Uit het *Authenticum* zijn, hoofdzakelijk reeds door Irnerius, uittreksels gemaakt en in den Codex bij de betrekkelijke constituties geplaatst.

Het meest volledig is eene derde verzameling, waarschijnlijk vervaardigd onder Tiberius II (578—582). Zij bestaat uit 168 Novellen; daaronder bevinden zich echter slechts 153 constituties van Justinianus; de overige zijn afkomstig van zijne opvolgers, of het zijn verordeningen van den Praefectus praetorio, terwijl eenige constituties tweemaal zijn opgenomen. De nieuwste uitgaven zijn die van Osenbrüggen 1840; Zachariä von Lingenthal 1881; Schöll, sedert 1880, tot dusver 4 afleveringen, loopende tot Novella 118. Men citeert bijv. Nov. 118 pr. (praefatio) of c. (caput) 3 § 1.

De verschillende bestanddeelen der Justiniaansche wetgeving, welke het eerst door Dionysius Gothofredus, 1583, werden uitgegeven onder den gemeenschappelijken titel *Corpus juris civilis* — een naam die

intusschen reeds bij de Glossatoren voorkomt — zijn in de handschriften en uitgaven tot in de 16^e eeuw verdeeld in de vijf volgende volumina: I. Digestum vetus; II. Infortiatum; III. Digestum novum; IV. Codex, boek 1—9; V. Volumen parvum, bevattende de Instituten, Codex, boek 10—12, 9 collationes Authenticae, libri feudorum ¹⁾ (decima collatio).

De uitgaven van het Corpus Juris zijn deels geglosseerd — met de glosse van Accursius voorzien (zie hieronder § 30) —, deels niet geglosseerd. De eerste bekende uitgaaf zonder glosse is van 1518; een tijdlang vindt men uitgaven *met* en uitgaven *zonder* glosse; na 1627 verschijnen alleen niet-geglosseerde. Onder de oudere uitgaven verdienen vooral vermelding die van Haloander (1529—1531, 1541, 1570); Contius (1565, 1566, 1569, 1576) en bovenal de zeer talrijke en meest verspreide van Dionysius en Jacobus Gothofredus, 16 en 17^e eeuw, met en zonder glossen, eigene critische en exegetische aantekeningen en vermelding van overeenkomende plaatsen. Daartoe behooren ook die van Simon van Leeuwen (Amsterdam, 1663) en van Elzevir (Amsterdam, 1664): zoogenaamde *pars secundus*.

De nieuwste edities zijn: de Göttinger van Gebauer en Spangenberg, 1776—1797; Beck, 1825—1836; gebroeders Kriegel, 1833—1843 (de Instituten en Pandekten bewerkt door Kriegel, de Codex door Herrmann, de Novellen door Osenbrüggen). Tegenwoordig is verreweg de meest bruikbare de stereotyp-uitgave van Mommsen, Krüger en Schöll (sedert 1872; de Novellen nog onvoltooid).

Justinianus verbood op zijne wetten commentaren te schrijven „cum per contrarias interpretantium sententias totum jus pene conturbatum est.” De overtreders van dit verbod zouden ter zake van valsheid gestraft, hunne werken vernietigd worden. Toegestaan werd alleen de bewerking van letterlijke vertalingen (*κατὰ πρόδα*), korte paraphrasen en *παρατίπλα*, verwijzingen naar overeenkomstige plaatsen. De nieuwe rechtsboeken met de vroegere bronnen te vergelijken, zou niet geoorloofd zijn. Aanvulling en verklaring bleef uitsluitend voorbehouden aan den Keizer, „cui soli concessum est leges et condere et interpretari.” Aan de afschrijvers werd verboden, afkortingen (*sigla*) of cijfers te gebruiken; alles zou, op straffe van valsheid, voluit in letters worden geschreven.

Ons rest nog de vraag, hoe de uitlegger moet handelen, indien er strijd bestaat tusschen verschillende plaatsen in het Corpus Juris. De Novellen, die bestemd waren om het recht te veranderen, gaan boven de Instituten, Pandekten en Codex; om dezelfde reden gaat de latere Novelle boven de vroegere.

Niet hetzelfde kan worden aangenomen bij antinomieën tusschen Instituten, Pandekten of Codex. Ofschoon deze rechtsboeken niet geheel gelijktijdig zijn ingevoerd, wenscht Justinianus ze toch beschouwd te zien als één samenhangend geheel. Tegenstrijdigheden tusschen plaatsen

¹⁾ Deze werden, met nog andere bijvoegsels, door de Glossatoren in het Corpus juris opgenomen en komen ook nog in de meeste nieuwere uitgaven voor.

in verschillende dezer verzamelingen behooren dus evenzoo behandeld te worden als tegenstrijdigheden tusschen verschillende plaatsen in dezelfde verzameling.

Bij zoodanige antinomieën, die, niettegenstaande Justinianus' verzekering, veelvuldig voorkomen, behoort men nauwkeurig na te gaan of wellicht de eene plaats de stof opzettelijk behandelt en eene bepaalde, gemotiveerde beslissing geeft en de andere het tegendeel slechts in het voorbijgaan uitspreekt; of de eene ook is een onnauwkeurig uittreksel uit de andere; of de eene beslissing op verscheidene plaatsen voorkomt, terwijl de andere misschien alleen staat; of de eene ook inhoudt een regel en de andere eene uitzondering; of zij elkander wellicht wederkeerig aanvullen of beperken; of eindelijk ook aan de tegenstrijdige uitspraken eene verschillende schakeering van feiten ten grondslag ligt (systematische vereeniging): „*contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis suptili animo diversitatis rationes excutiet*” (Const. *Tanta*, § 15).

Indien langs dezen weg de strijd niet kan worden opgelost, moet men onderzoeken, of niet de eene plaats den waren wil des wetgevers uitdrukt, terwijl de andere slechts historische beteekenis heeft, opgenomen uit vergissing of om het tegenwoordige door het verledene op te helderen of om toegepast te worden op vroeger ontstane rechtsbetrekkingen (historische vereeniging).

Indien ook dit niet baat, blijft er niets anders over dan die beslissing aan te nemen, welke, indien geene der tegenstrijdige bepalingen bestond, consequent zou voortvloeien uit erkende rechtsbeginselen.

§ 28. HET ROMEINSCHE RECHT IN HET OOSTEN, NA DEN DOOD VAN JUSTINIANUS.

Met den dood van Justinianus eindigt de geschiedenis der ontwikkeling van het Romeinsche Recht. Toch zijn de overblijfsels van het Grieksch-Romeinsche Recht van groot belang voor de kennis van het *Corpus Juris*, meer in het bijzonder voor de teksteritiek.

In het Byzantijnsche Rijk behielden de Justiniaansche rechtsboeken kracht van wet; ook bleven ze in de rechtsscholen in gebruik. Eene eerste noodzakelijkheid, zoowel voor de practijk als voor het onderwijs, was het bewerken van vertalingen in het Grieksch. Daaraan en aan het vervaardigen van paraphrasen en uittreksels — het eenige wetenschappelijke werk, dat volgens de verordening van Justinianus geoorloofd was — wijdden de juristen der 6^e eeuw hunne krachten. In haar geheel bestaat nog eene Grieksche paraphrase van de Instituten, die aan Theophilus, een der samenstellers van de Instituten, wordt toegeschreven (de meest bekende uitgave is die van Reitz, Hagae Comitum 1751 en Amsterdam 1860; de nieuwste is die van Ferrini, 1884 enz.). Van de bewerkingen van Pandekten en Codex door Theophilus, Dorotheus, Stephanus, Thalelaeus en anderen zijn ons fragmenten bewaard in

de straks te noemen Basilika en de daarbij behorende Scholiën. De oorspronkelijke rechtsboeken werden door deze omwerkingen meer en meer verdrongen.

In de 8^e en 9^e eeuw ontwikkelden de Byzantijnsche Keizers nieuwen ijver op wetgevend gebied. Leo de Isauriër publiceerde omstreeks 740 eene *Ἐκλογὴ τῶν νόμων ἐν συντόμῳ γενουμένη*: een uittreksel uit het Justiniaansche recht met gewichtige veranderingen (uitgegeven door Zachariae in zijne *Collectio librorum juris Graeco-Romani ineditorum*, 1852). Basilius Macedo vaardigde omstreeks 878 nieuwe Instituten uit, onder den naam van *πρόχειρος νόμος*, waarvan eenige jaren later nog eene herziening verscheen, *Ἐπαναγωγή τοῦ νόμου*, die echter niet tot wet is verheven.

Van het meeste belang is een derde werk, door Basilius Macedo begonnen, en door zijn zoon en opvolger Leo Philosophus (886—910) voltooid. In 60 boeken werden Pandekten, Codex en Novellen tot één geheel versmolten, met eenige wijzigingen volgens het nieuwere recht. Dit wetboek is bekend onder den naam van *Basilika* (*τὰ βασιλικὰ νόμματα*). Reeds spoedig werden Scholiën er aan toegevoegd. De Basilika zijn grootendeels, de Scholiën gedeeltelijk bewaard gebleven. De nieuwste uitgave is die van Heimbach (6 deelen, Leipzig 1833—1870) met een supplement van Zachariae (Leipzig, 1846).

Van denzelfden Keizer Leo zijn afkomstig 113 Novellen, die in de meeste uitgaven van het Corpus Juris als aanhangsel zijn opgenomen.

Na de Basilika kwamen nog verschillende uittreksels en handboeken tot stand. Het laatste is het werk van Constantinus Harmenopulus, rechter te Thessalonica, omstreeks 1345 vervaardigd, onder den titel van *πρόχειρος νόμων τὸ λεγόμενον ἡ ἐξάβιβλος* (uitgegeven door Heimbach, Leipzig 1851).

§ 29. HET ROMEINSCHE RECHT IN HET WESTEN TOT AAN DE GLOSSATOREN-SCHOOL.

De rechtsboeken van Justinianus waren dadelijk na hunne publicatie ook in Italië afgekondigd. In 554, na de verdrijving der Oost-Gothen uit Italië, bevestigde Justinianus hun wettelijk gezag.

Jura insuper vel leges codicibus nostris insertas, quas jam sub edictali programme in Italiam dudum misimus, obtinere sancimus. Sed et eas, quas postea promulgavimus constitutiones, jubemus sub edictali propositione vulgari, et ex eo tempore, quo sub edictali programme evulgatae fuerint, etiam per partes Italiae obtinere, ut una Deo volente facta republica, legum etiam nostrarum ubique prolatetur auctoritas. Sanctio Pragm. a. 554, c. 11.

Vóór het beroemde werk van Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (2^e druk, 7 deelen, 1834—1851), werd wel aangenomen, dat de Justiniaansche rechtsboeken in de 6^e eeuw spoorloos verdwenen, om zes eeuwen later, ten gevolge van toevallige omstandigheden en een bevel van Keizer Lotharius II, als een feniks uit de

asch te verrijzen. Savigny heeft aangetoond, dat het Romeinsche Recht voortdurend, onder den naam van *Lex Romana*, niet alleen in Italië, maar ook in de Bourgondische, Oost- en West-Gothische, Frankische en Longobardische Rijken, zelfs in Engeland, alsmede in de Kerk (*ecclesia vivit lege Romana*) bekend bleef en toegepast werd. Er zijn uit dien tijd vele geschriften, die getuigen van beoefening van het Romeinsche Recht, ja tot op zekere hoogte van wetenschappelijke behandeling daarvan. Tot die geschriften behooren o. a.

1^o. de Turijnsche Institutenglosse, waarschijnlijk nog ten tijde van Justinianus te Rome ontstaan, en in de tiende en volgende eeuwen met nieuwe aantekeningen vermeerderd;

2^o. *Brachylogus juris civilis*, een leerboek van het Romeinsche Recht, omstreeks 1100, wellicht te Orleans vervaardigd;

3^o. *Petri exceptiones legum Romanorum*, eveneens een leerboek, uit de elfde eeuw.

Naast de rechtsschool te Rome, die door Justinianus was bevestigd, verrees er eene te Ravenna, terwijl men in de tiende en elfde eeuw eene derde aantreft te Pavia, waar Longobardisch, maar ook Romeinsch Recht wordt geleerd.

Volgens de voorstelling van Savigny moet intusschen de beoefening van het Romeinsche Recht in dit tijdvak zeer laag worden aangeslagen. De nieuwere onderzoekingen van Merkel, Stintzing, Ficker, Fitting en anderen hebben daarop een gunstiger licht doen vallen. Het optreden der Glossatoren-school is gebleken eene niet zoo plotselinge verheffing der studie van het Romeinsche Recht te zijn, als men ook na Savigny had gemeend. Doch met levendigheid wordt gestreden — o. a. tusschen Conrat en Fitting — over de vraag, hoe hoog de rechtskennis der vroegere middeleeuwen moet worden gesteld.

§ 30. DE GLOSSATOREN-SCHOOL EN DE COMMENTATOREN.

Omstreeks het jaar 1100 neemt de beoefening van het Romeinsche Recht eene nieuwe vlucht. Te Bologna treedt eene school van rechtsgeleerden op, die weldra eene groote vermaardheid krijgt. Volgens de overlevering werd de leeraar Irnerius tot de studie van het Romeinsche Recht gebracht, doordien de Justiniaansche rechtsboeken, aan Ravenna ontleend, hem toevallig bekend werden. Zeker is het, dat deze Irnerius in het begin der twaalfde eeuw te Bologna werkte, en dat van zijn optreden de bloei der rechtsschool aldaar dagteekent. De roem, die van Irnerius en zijne opvolgers uitging, breidde zich uit over geheel Middel- en Zuid-Europa. Jongelieden van alle natiën togen naar Italië, om de lessen aan de school van Bologna bij te wonen.

De Bologneesche school, naar hare methode glossatoren-school genoemd, nam tot punt van uitgang het zuivere Romeinsche Recht. Irnerius en zijne opvolgers maakten op den tekst der rechtsboeken korte aantekeningen van grammaticalen of juridieken aard. De glossatoren waren

doorkneet in de kennis van het Corpus Juris. Voor de zuivering van den tekst (*lectio vulgata*) hebben zij ontzaglijk veel gedaan; met grooten ijver hebben zij de overeenkomstige en met elkander in verband staande plaatsen in de rechtsboeken opgespoord en bijeengebracht. Maar zij hadden geen zin voor historische studie en koesterden een afgodischen eerbied voor de uitspraken van het Corpus Juris. „De inhoud van het Romeinsche Recht was voor hen niet het resultaat eener eeuwenlange ontwikkeling, maar eenvoudig de wetgeving van Justinianus.” De Glossatoren-school heeft het eerst de kennis van het Romeinsche Recht over Europa verspreid. Haar invloed en gezag kunnen niet te hoog worden aangeslagen. In de veertiende eeuw hadden op vele plaatsen de glossen kracht van wet; in lateren tijd werden die deelen van het Justiniaansche recht, die niet geglosseerd waren, niet gerecipieerd: plaatsen die niet van eene glosse voorzien waren, hetzij omdat de Glossatoren ze niet kenden of omdat zij ze niet voor toepassing vatbaar achtten — dat zijn enkele fragmenten uit de Pandekten, een aantal constitutiën uit den Codex en 71 Novellen — werden ook in de gerechten niet als wet erkend. „*Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*” — zoo werd dit later uitgedrukt.

Op Irnerius volgden de zoogenaamde *quatuor doctores*, Bulgarus (os aureum † 1166), Martinus Gosia (copia legum † na 1157), Jacobus († 1178), Hugo († 1168). Op hen volgden o. a. Rogerius (omstreeks 1162), Albericus de porta Ravennate (1165—1194), Placentinus († 1192), Johannes Bassianus tijdgenoot van den vorigen, Pillius (1169—1207), Vacarius (1149 in Oxford), Azo († na 1220), Hugolinus († na 1233) en Franciscus Accursius († tusschen 1259 en 1263). Deze heeft uit de glossen van zijne voorgangers eene compilatie gemaakt (*glossa ordinaria*), die de oorspronkelijke glossen verdrong en gewoonlijk kortweg „de glosse” wordt genoemd.

Sedert de 13^e eeuw werden op het voorbeeld van Bologna nog vele andere rechtsscholen opgericht, o. a. in Italië te Padua, Pisa, Vicenza, Vercelli, Arezzo, Ferrara, Rome, Napels, Perugia, Piacenza, Modena, Turijn; in Zuid-Frankrijk (*pays du droit écrit*) te Montpellier, Orleans, Toulouse, Vienne, Lyon, Avignon, Grenoble.

Op de glossatoren volgden de zoogen. commentatoren (*post-glossatores, scribentes*), die niet de bronnen zelve tot het voorwerp hunner studie maakten, maar zich uitsluitend bezig hielden met de glossen. Hunne scholastieke, smakeloze methode miste alle oorspronkelijkheid en frisheid. Bij de behandeling van allerlei onvruchtbare controversen, verloren zij zich in eene eindeloze massa *distinctiones, limitationes, ampliaciones*, waarbij zij zich schuldig maakten aan een geestdoodend formalisme en eene ondragelijke wijldloopigheid. De voornaamste juristen uit deze periode (1250 tot het einde der 15^e eeuw) zijn: de drie zoons van Accursius, Franciscus († 1293), Cervottus († 1287) en Wilhelmus († vóór 1314), Odofredus († 1265), Durantis († 1296), Cinus († 1336), Jo. Andreae († 1346), Albericus de Rosciate

(† 1354), Bartolus de Saxoferrato († 1357), Baldus de Ubaldis († 1400), Jo. Bapt. Caccialupus († na 1472), Jason († 1519), terwijl reeds van eene betere methode getuigen: Ulricus Zasius (1461—1535), Guilielm. Budaeus (1467—1540), Andreas Alciatus (1492—1550).

§ 31. DE RECEPTIE VAN HET ROMEINSCHE RECHT.

In den loop der 15^e en 16^e eeuw is het Romeinsche recht, zooals het onder Justinianus was gecodificeerd, door de meeste Christen-volken van Europa gerecipiëerd, d. i. erkend òf als *ratio scripta*, òf als subsidiair recht, òf als algemeene wet. Bekendheid en gebruik in de practijk dateeren van veel vroegeren tijd (12^e en 13^e eeuw). Over de oorzaken, waaraan die receptie moet worden toegeschreven, bestaat onder de rechts-historici groot verschil. De een beschouwt ze als eene spontane daad des volks, een ander schrijft ze vooral toe aan eene pressie van hoogerhand; velen hechten groot gewicht aan de innerlijke voortreffelijkheid van het Romeinsche recht in verband met den slechten toestand van het inheemsche, terwijl anderen meer aan politieke berekening en aan het drijven der geleerde juristen willen gedacht hebben, enz. De receptie echter is een verschijnsel, dat niet uit ééne oorzaak, maar slechts uit de samenwerking van verschillende gebeurtenissen, invloeden en denkbeelden verklaard kan worden.

Onder de voornaamste omstandigheden, die hierbij in aanmerking komen, valt vooreerst te wijzen op de in de latere Middeleeuwen algemeen heerschende beschouwing van het Duitsche Rijk als eene voortzetting van het Romeinsche, van den Duitschen Keizer als dominus mundi, tengevolge waarvan men van een algemeen wereldrijk kwam tot een algemeen wereldrecht. Voorts werden door de talrijke, in de 13^e en 14^e eeuw in Italië, Frankrijk en elders (sedert de 14^e en 15^e eeuw ook in Duitschland) opgerichte universiteiten, die van hooger hand zeer bevoorrecht werden, vele romaniseerende juristen gevormd, die aan hun onderwijs, hunne wetenschappelijke werken en de door hen besliste rechtsquaestiën, in steeds toenemende mate het Romeinsche recht ten grondslag legden.

Het Canonieke recht, welks voor de geheele Christenheid geldende rechtskracht niet werd betwijfeld en in de geestelijke gerechten werd gehandhaafd, sloot zich aan den eenen kant aan moderne Germaansche toestanden aan, maar had tevens zooveel aan het Romeinsche recht ontleend, dat het zonder behulp van dat recht niet kon worden verstaan, waardoor het de brug werd, waarover het Romeinsche recht Duitschland gemakkelijk kon binnentreden.

Ten gevolge van het toenemende aanzien der universiteiten en het steeds klimmende gezag van het Romeinsche recht, vormde zich langzamerhand een stand van geleerde doctores juris, die aan de geestelijkheid het uitsluitende bezit van kennis en wetenschap betwistten en, gesteund

door de keizerlijke begunstiging, tot de aanzienlijkste betrekkingen geroepen werden, waardoor zij een niet geringen invloed op regeering, rechtspraak en wetgeving verkregen, dien zij bij elke gelegenheid gebruikten tot verspreiding van het Romeinsche recht, dat zij eindelijk ook dienstbaar maakten aan de verklaring van het inheemsche recht.

Het streven der romaniseerende doctores juris werd krachtig gesteund door de zoogenaamde halfgeleerden, die de bij de doctores opgedane, dikwijls maar half begrepene wijsheid op het werkelijke leven en in de praktijk der lagere gerechten toepasten. Zij werden de kanalen, waardoor de geleerdheid der wetenschappelijke juristen naar de lagere klassen der maatschappij vloeide, waardoor aldaar eene ontwikkeling plaats vond, die den van boven komenden invloed tegemoet kwam.

De gewichtigste stap echter tot de practische invoering van het Romeinsche recht werd eerst in de 15^e eeuw gedaan, toen de geleerde juristen invloed kregen op de rechtspraak, en voltooid in de 16^e, toen zij de ongeleerde schepenen geheel uit de gerechten verdrongen. Eerst toen werd den Romanisten de gelegenheid gegeven, tot de toepassing van het vreemde recht te dwingen.

Bij dit alles moet ook niet uit het oog worden verloren, dat tegen het einde der Middeleeuwen verschillende belangrijke gebeurtenissen, uitvindingen en ontdekkingen een nieuw leven schiepen, eene frissche ontwikkeling wekten, nieuwe toestanden in het leven riepen, die wel in staat waren eene algeheele revolutie op maatschappelijk gebied en dus ook in het rechtsverkeer te voorschijn te roepen.

Dezelfde geest, die in de periode der renaissance de humanisten beheerschte, wanneer zij meenden uit Grieksche en Romeinsche classieken de absolute beschaving te moeten putten, dreef ook de juristen om het antieke recht als het recht *κατ'ἐξοχήν* te beschouwen en zoo ook in dit opzicht terug te keeren tot de vruchten der classieke beschaving.

Hierby moet ook niet uit het oog verloren worden, dat men in de Middeleeuwen niet onze beperkte opvatting van nationaliteit huldigde en zich niet tegen eene instelling aankante, omdat zij van vreemden oorsprong was, terwijl men bovendien het Romeinsche recht niet zoozeer als het vreemde, maar veeleer als het algemeene, het hoogere, het wetenschappelijke recht beschouwde.

Al het voorgaande zou evenwel niet voldoende geweest zijn om aan het Romeinsche recht de zegepraal over het inheemsche te verschaffen, indien dit laatste werkelijk aan de behoeften van het maatschappelijk leven had voldaan. Maar het nationaal recht bestond uit eene onafzienbare massa particuliere, onderling strijdende, onvolledige rechtsbronnen, die slechts eene reeks concrete bepalingen, maar geene algemeene, leidende beginselen inhielden. Het ontbrak aan eene centrale, wetgevende macht en eene, de stof genoegzaam beheerschende, nationale rechtswetenschap, om het vaderlandsche recht verder uit zich zelf te ontwikkelen en het gebrek aan algemeene rechtsbronnen en rechtsbeginselen aan te vullen. Daardoor kwam het, dat men in plaats van den langen en moeilijken

weg der geleidelijke ontwikkeling door middel der wetgeving in te slaan, liever op oncritische wijze het vreemde, gereed liggende, alles omvattende Romeinsche recht overnam. Het zij evenwel herinnerd, dat het vaderlandse recht nooit geheel is onderdrukt en dat het Romeinsche recht in menig opzicht door de theorie werd aanbevolen, waar het nimmer in het werkelijke leven doordrong. Ook heeft die receptie niet altijd zonder tegenkating plaats gehad. Hier en daar verzette men zich tegen het opdringen van het Romeinsche recht, maar die oppositie en klachten waren veelal meer gericht tegen de doctores dan tegen het vreemde recht, meer gemotiveerd door hunne aanmatiging en hun onverstandig gedrag en de schennis van nationale privilegiën dan door een gekrenkt nationaliteitsgevoel.

§ 32. WETENSCHAPPELIJKE BEOEFENING VAN HET ROMEINSCH RECHT
VAN DE 16^e EEUW TOT ONZEN TIJD.

Met de 16^e eeuw brak voor de rechtswetenschap een nieuwe dageraad aan. De Fransche of humanisten-school onderscheidde zich door eene meer elegante en frissche methode, door eene historisch-critische behandeling der bronnen zelve, waarvan vele nieuwe werden opgespoord en tot toelichting der oude aangewend. De op nieuw ontwaakte kennis van en liefde voor de oudheid werkte ten bate der rechtswetenschap. De critische geest der reformatie brak met de autoriteit der glosse en vele traditioneele dogma's. Op eene zuiverder exegese werd eene zuiverder dogmatiek gegrond. De voornaamsten uit deze school zijn: Jacobus Cujacius (Cujas) 1522—1590, Hugo Donellus (Doneau) 1527—1591, Franciscus Connanus 1508—1551, Franciscus Hotmannus 1525—1590, Franciscus Duarenus 1509—1559, Anton Contius 1517—1577, Barnabas Brissonius 1531—1591, Dionysius Gothofredus (Godefroy) 1549—1622 en zijn zoon Jacobus Gothofredus 1587—1652, de beroemde commentator van den Codex Theodosianus.

In Duitschland nam de rechtswetenschap in de 16^e, 17^e en 18^e eeuw eene hoofdzakelijk praktische richting. Men legde zich vooral er op toe om het Romeinsche recht bruikbaar te maken voor praktische toepassing (*usus modernus pandectarum*), maar voor een dieper inzicht in het wezen en in de wording en ontwikkeling van het Romeinsche recht werd weinig gedaan. Eenige der voornaamste Juristen uit dien tijd zijn: Carpzovius † 1666, Brunnemann † 1672, Mevius † 1670, Lauterbach † 1678, Struve † 1692, Schilter † 1705, Stryk † 1710, J. H. Böhmer † 1749, Cocceji † 1755, Heineccius † 1741, Leyser † 1752, Strube † 1776, Pufendorf † 1785, G. L. Böhmer † 1797, Hellfeld † 1782, Bach † 1758, Hüpfner † 1797, Hofacker † 1793, Weis † 1808 (de leermeester van Savigny), Glück † 1831.

De Hollandsche school sloot zich nauwer bij de Fransche aan, zij deed meer dan de Duitschers voor de kennis der bronnen en der rechtsgeschiedenis, ofschoon zij bij hare rechtshistorische onderzoekingen dik-

wijls meer als oudheidsvorscher dan als jurist te werk ging. De voornaamste representanten dezer school zijn: Viglius Zuichem ab Ayta † 1577, Hugo de Groot 1583—1645, Arnold Vinnius 1588—1657, Ulricus Huber 1636—1694, Johannes Voet 1647—1714, Gerardus Noodt 1647—1725, Antonius Schulting 1659—1734, Joh. Ort. Westenberg 1667—1737, Cornelius van Bijnkershoek 1673—1743, Ever. Otto 1685—1756, Johannes van de Water † 1759.

In het laatste gedeelte der vorige eeuw trachtte de zoogen. wijsgeerige school zich boven de verwarring van het bestaande recht te verheffen en zich los te maken van de knellende banden van het Romeinsche, door uit de rede een geheel nieuw, voor alle tijden en volken geldend, onveranderlijk recht af te leiden, waarbij alle vreemde en historische elementen, zooals het heette, over boord moesten worden geworpen.

Dit radicale streven was in het leven geroepen door de diep gevoelde overtuiging, dat de verwarring en onzekerheid in het positief recht te wijten waren aan het vasthouden aan vele vreemde en verouderde rechtsbegrippen en rechtsinstellingen. De periode van het natuurrecht heeft niets gedaan voor de diepere kennis van het Romeinsche recht, wel voor de juistere waardeering van de plaats, die daaraan in den tegenwoordigen tijd toekomt. Zij heeft opgewekt tot eene zelfstandige rechtsontwikkeling, zij heeft het bewustzijn van nationale kracht verlevendigd en het rechtswezen van vele afgestorven dogmata gezuiverd, doch hare fout bestond in de eenzijdige miskennis van de historische wording van het recht, in haar geloof aan de mogelijkheid en noodzakelijkheid van een fonkelnieuw, met het verleden in geenerlei verband staand recht.

Reageerende tegen de onhistorische eenzijdigheid der wijsgeerige school, heeft in het begin dezer eeuw de historische school de geschiedkundige beoefening van het recht in hare eer hersteld, en daardoor eene geheele hervorming van de wetenschap van het Romeinsche recht en van de rechtswetenschap in het algemeen in het leven geroepen. Zij ging, even als de Fransche school in de 16^e eeuw, uit van de kennis der bronnen, maar zij werkte met gelukkiger gevolg, omdat zij juistere denkbeelden had omtrent de wording van het recht in het algemeen, meer haar aandacht vestigde op de scherpe formuleering van begrippen en den systematischen samenhang tusschen de onderscheidene deelen van het Romeinsche recht. Eene fout, die niet ten onrechte aan de historische school, althans aan sommige harer volgelingen, verweten is, bestaat hierin, dat zij de geschiedenis dikwijls te veel als doel, te weinig als middel beschouwde, ten gevolge waarvan men zich verdiepte in microscopische beschouwingen en antiquarische bijzonderheden, waardoor de aandacht van het hoofddoel werd afgetrokken. Om het verleden vergat men het heden en de toekomst, en in hare overdrijving was de historische school even ver verwijderd van de werkelijkheid als de wijsgeerige. Doch die fout, een natuurlijk gevolg van de eenzijdige overdrijving der wijsgeerige school, wordt ruimschoots opgewogen door hare ontzaglijke

verdiensten in betrekking tot de nauwgezette beoefening van de geschiedenis van het Romeinsche recht, waardoor zij eene oordeelkundige splitsing tusschen hetgeen al en niet specifiek Romeinsch is mogelijk heeft gemaakt.

Sedert de historische school is de geschiedkundige beoefening van Romeinsch en Germaansch recht algemeen in hare eer hersteld en wordt het door ieder deskundige erkend, dat men zoowel het Romeinsche als eenig ander positief recht slechts door geschiedkundige beoefening kan leeren kennen. Het verzet, dat de historische school van de zoogen. anti-historische of philosophische ondervond, gold dan ook niet zoozeer de vraag naar de methode van onderzoek van een gegeven positief recht, als de vraag, hoe het positief recht moest worden ontwikkeld. Ten gevolge toch van de afschudding van het Fransche juk ontbrandde vooral in Duitschland de vraag, of nu ook niet de tijd gekomen was om zich, door de uitvaardiging van een algemeen nationaal wetboek, te ontdoen van alle niet-nationale rechtsbronnen. Die vraag werd bevestigend beantwoord door A. F. J. Thibaut (1772—1841) in zijn geschrift: „*Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland*“, 1814. Krachtig werd deze meening bestreden door von Savigny, *vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, die den tijd voor zoodanige wetgeving nog niet gekomen achtte, maar de verbetering van de rechtswetenschap verwachtte. De grond der historische school werd gelegd door Gustav Hugo (1764—1844); haar hoofd en leider was Friedrich Carl von Savigny (1779—1861), in alle opzichten de uitstekendste jurist van den nieuwen tijd, in wien de methode der Romeinsche juristen als het ware is herleeft¹⁾.

Behalve Savigny en zijn tegenstander Thibaut zijn de voornaamste juristen van deze periode: J. F. L. Göschen (1778—1837), A. Heise (1778—1851), J. C. Hasse (1779—1830), E. Schrader (1779—1860), A. Schweppe (1783—1829), C. F. Mühlenbruch (1783—1843), F. Mackeldey (1784—1834), E. von Löhr (1784—1851), D. Unterholzner (1787—1838), H. E. Dirksen (1789—1868), F. A. Schilling (1792—1865), C. A. Warnkoenig (1794—1866), C. A. K. Klenze (1795—1838), S. W. Zimmern (1796—1830), A. v. Bethmann-Hollweg (1796—1877), F. Bluhme (1797—1877), K. G. v. Wächter (1797—1880), G. F. Puchta (1798—1846), F. L. von Keller (1799—1860), E. Böcking (1800—1869), P. E. Huschke (1801—1886), A. A. F. Rudorff (1803—1872), L. Arndts (1803—1878), K. A. von Vangerow (1808—1870), C. G. Bruns (1816—1880), A. von Brinz (1820—1887), R. von Stintzing (1825—1883). *Ausgef. v. Herzig, Minnschr.*

¹⁾ Zijne werken zijn: *Das Recht des Besitzes* 1803, 7de ed. 1865; *vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1814, 3de ed. 1840, waarin het programma der historische school: „das Recht wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem Volke“ is vervat; *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 7 Dln., 2de ed. 1834—51; *System des heutigen römischen Rechts*, 8 Dln., 1840—49; *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen röm. Rechts*, 2 Dln., 1852 en 53; *Vermischte Schriften*, 5 Dln., 1850.

In de plaats van de historische en anti-historische richting is in latere jaren de tegenstelling van Romanisten en Germanisten meer op den voorgrond getreden. Terwijl sommige Romanisten het Romeinsche recht als *het* recht beschouwen en het Germaansche met voorname onverschilligheid bejegenen, wordt door de Germanisten die uitsluitende heerschappij van het Romeinsche recht bestreden, en voor het Germaansche eene waardige plaats naast het Romeinsche gevindiceerd. Beide zijn uit een historisch oogpunt onmisbaar voor de kennis van het hedendaagsche recht, doch aan het Romeinsche komt om den rijkdom van zijn inhoud, maar vooral om de juistheid van zijne methode, om de fijnheid van zijne techniek en de voortreffelijkheid van zijne vormen de eerste plaats toe. Het zou bekrompen eenzijdigheid zijn, daarom het recht van bestaan van het Germaansche recht te willen bestrijden. Die strijd van Romanisten en Germanisten is reeds veel verminderd, en men mag aannemen, dat hij weldra geheel zal ophouden, daar allen zullen leeren inzien, dat de beoefening van Romeinsch en Germaansch recht beide, onmisbaar is voor de kennis van de historische wording van het hedendaagsche recht, dat het onze taak is om alles wat werkelijk vreemd is aan onze tegenwoordige toestanden ter zijde te stellen en om ons recht op den historischen bodem verder te ontwikkelen, zooals dat geëischt wordt door de behoeften van het tegenwoordige maatschappelijke leven. De latere beoefenaren van het Romeinsche recht staan op een meer vrij en onafhankelijk standpunt, maar, zooals Windscheid zegt, vertoont zich bij hen: „ein verschiedener Grad der Energie des Strebens.”

Wat betreft de methode van behandeling, deze bleef tot in de 17^e eeuw hoofdzakelijk exegetisch. Later kwam het meer in gebruik, om de orde van de titels der Pandekten te volgen, maar den inhoud van elken titel van een vrijer, dogmatisch standpunt te beschouwen. Het omvangrijkste werk van dien aard is: Glück, *ausführliche Erläuterung der Pandekten* (later voortgezet door Mühlenbruch, Fein, Arndts, Leist, Burckhard en anderen), waarmee de aan de historische school voorafgaande periode wordt besloten. Sedert het begin dezer eeuw is de orde der Pandekten verdrongen door eene meer systematische volgorde, waarvan de grondslag is gelegd door Hugo en die nader is uitgewerkt door Heise (zie hierboven § 6).

Hoofdstuk II.

OVER PERSONEN OF RECHTSSUBJECTEN.

Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit, primo de personarum statu dicemus.
Hermogen. l. 2 D. de statu hom. (I, 5).

§ 33. BEGRIIP EN SOORTEN VAN PERSONEN.

In technischen zin verstaat men onder persoon elk rechtsbevoegd wezen. Rechtsbevoegdheid — wèl te onderscheiden van handelingsbevoegdheid — is de bevoegdheid om rechten te hebben en te verkrijgen. Persoon (subject van rechten) staat tegenover zaak (object van rechten). Eene zaak kan alleen het voorwerp zijn van rechten, maar is niet vatbaar om rechten te hebben (zie hieronder § 160).

De begrippen *mensch* en *persoon* vallen naar Romeensch Recht niet geheel samen. In tweeërlei opzicht. Vooreerst zijn er menschen, die niet als personen, maar als zaken worden beschouwd en behandeld: de slaven. Van andere zaken onderscheiden zij zich door de vatbaarheid om personen te worden. Wordt alzoo aan sommige menschen persoonlijkheid ontzegd, omgekeerd wordt door het recht ook aan niet-menschen persoonlijkheid toegekend. Dergelijke personen noemt men rechtspersonen; in tegenstelling daarvan heeten de menschen, voor zoover zij persoonlijkheid bezitten, natuurlijke personen.

Wij spreken in §§ 34—56 over de natuurlijke, in § 57 over de rechtspersonen.

In personam servilem nulla cadit obligatio. Ulp. l. 22 pr. D. de R. J. (I, 17).

Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur: non tamen et jure naturali, quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt. Ulp. l. 32 D. eod.

Servitutem mortalitati fere comparamus. Ulp. l. 209 D. eod.

..... ἀπρόσωπος παρὰ τοῖς νομοῖς ὁ θεῶλος. Theoph., ad § 3 I. quib. mod. obl. toll. (III, 29).

..... hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas. Florentin. l. 22 D. de fidej. (XXXVI, 1).

§ 34. BEGIN EN EINDE DER NATUURLIJKE PERSOONLIJKHEID.

De persoonlijkheid van den vrije vangt aan met de geboorte, die van den slaaf met het oogenblik, waarop hij van rechtswege of door vrijlating vrij wordt.

Een kind wordt geacht geboren te zijn, wanneer er een zelfstandig, levend, menschelijk wezen is ter wereld gekomen. Hierin ligt opgesloten:

1^o. het kind moet, door natuurlijke of kunstmiddelen, van de moeder zijn gescheiden.

Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. Papin. l. 9 § 1 D. ad leg. Falc. (XXXV, 2).

..... partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum..... Ulp. l. 1 § 1 D. de insp. ventre (XXV, 4).

Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe et si exsecto ventre editus sit: nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. Ulp. l. 12 pr. D. de lib. et post. (XXVIII, 2).

Falsum est eam peperisse, cui mortuae filius exsectus est. Paul. l. 132 § 1 D. de V. S. (L, 16).

2^o. Het kind moet na de geboorte hebben geleefd, hoe kort dan ook; onverschillig is het, hoe dat leven is gebleken. Betwist is de vraag, of en in hoever levensvatbaarheid een vereischte is.

Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari poterunt. Paul. l. 129 D. de V. S. (L, 16).

Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Cum igitur is qui in ventre portabatur praeteritus fuerat, qui, si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet et nascendo ruptum testamentum faciebat, si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum potest. — Veteres animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus est, etsi vocem non emisit, ruptum testamentum, apparet, quod, etsi mutus fuerat, hoc ipsum faciebat, eorum etiam nos laudamus sententiam et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet ilico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit, nihilo minus testamentum corrumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium. Justinian. l. 3 C. de post. her. (VI, 29).

Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpit? Et tamen rumpit. Ulp. l. 12 § 1 D. de lib. et post. (XXVIII, 2).

3^o. Het moet een wezen van menschelijke gedaante, geene misgeboorte zijn.

Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur. Paul. l. 14 D. de statu hom. (I, 5).

Quaeret aliquis, si portentosum vel monstrosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? Et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quae qualiter poterunt,

statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum injungere debet. Ulp. l. 135 D. de V. S. (L, 16).

Vóór de geboorte bestaat er geen subject van rechten. Komt het kind levend ter wereld, dan wordt er, waar het zijne rechten geldt, in meer dan één opzicht gehandeld, als had het reeds bestaan op het oogenblik der conceptie. Gedurende de zwangerschap der moeder worden, met het oog op de toekomst, rechten voor het kind bewaard; door verschillende maatregelen wordt voor zijne belangen gewaakt. De nieuweren drukken dit, niet volkomen juist, aldus uit: *nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodis ejus agitur.*

Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit. Paul. l. 7 D. de statu hom. (I, 5).

Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius jure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus. Paul. l. 231 D. de V. S. (L, 16).

Qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo jure sit, quo sunf qui patronos habent. Julian. l. 26 D. de statu hom. (I, 5).

Qui in utero est etsi in multis partibus juris eum jam natis componitur, tamen neque in hac inquisitione neque in reliquis muneribus civilibus patri prodest, idque dictum est in constitutione divi Severi. Modest. l. 2 § 6 D. de excus. (XXVII, 1).

Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent: sicut apparet in jure hereditatum, in quibus qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit. Ubi autem eodem gradu sunt ceteri quo et venter, tunc quae portio in suspensio esse debeat, quaesierunt ideo, quia non poterant scire quot nasci possunt: ideo nam multa de hujusmodi re tam varia et incredibilia creduntur, ut fibulis adnumerentur. Nam traditum est et quattuor pariter puellas a matre familias natas esse: alioquin tradidere non leves auctores quinquies quaternos enixam Peloponensi, multas Aegypti uno utero septenos. Sed et tregminos senatores cinctos vidimus Horatios. Sed et Laelius scribit se vidisse in Palatio mulierem liberam, quae ab Alexandria perducta est, ut Hadriano ostenderetur, cum quinque liberis, ex quibus quattuor eodem tempore enixa, inquit, dicebatur, quintum post diem quadragesimum. Quid est ergo? Prudentissime juris auctores medicatam quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint: τὸ γὰρ ἕναξ ἢ δις, ut ait Theophrastus, παραβλήουσιν αἱ νομοθέται. Ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit. Paul. l. 3 D. si pars her. (V, 4).

Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur. Marcell. l. 2 D. de mortuo inf. (XI, 8).

Behoudens den overgang der vermogensrechten op de erfgenamen, waarover nader in het Erfrecht, eindigt de persoonlijkheid door den natuurlijke en den burgerlijken dood (over de *capitis deminutio*, zie hieronder § 35).

Wie op iemands dood aanspraken grondt, moet het bewijs van den dood leveren. Een aan zekere omstandigheden verbonden rechtsvermoeden van overlijden kent het Romeinsche recht niet. Over de fictie der *Lex Cornelia*, zie hieronder § 38.

Ook het tijdstip van het overlijden moet bewezen worden door den gene, die rechten daarop wil steunen, dat de een vroeger dan de ander is gestorven. Kan niet aangetoond worden, wie van verscheidene personen het eerst is overleden, dan wordt gehandeld, als waren zij gelijktijdig gestorven; alle aanspraken, die van vooroverlijden afhankelijk zijn, vervallen. Alleen wanneer ouders en kinderen bij hetzelfde ongeval zijn om het leven gekomen, geldt, behoudens enkele uitzonderingen, als vermoeden, dat het onmondige kind *vóór*, het mondige *na* zijne ouders is overleden.

Sed et in illo quaeritur, si pariter pupillus et qui ei substitutus erat frater necessarius decesserit, an frater fratri existat heres an contra: vel si duo invicem necessarii substituti sunt et una perierint, an heredes exstitisse videantur: vel alter alteri (hoe est si invicem) hereditatem rogati fuerint restituere. In quibus casibus si pariter decesserint nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse. Marcian. l. 18 pr. D. de reb. dub. (XXXIV, 5).

Si ejus, qui novissimus ex filiis mortuus est, partem hereditatis propinquo voluit pater restitui et simul fratres diem suum obissent: propinquum, si non ostenderit quis novissimus obisset, ad partem hereditatis non admitti, sed matrem ex Tertulliano senatus consulto ad utriusque hereditatem admitti constat. Marcian. l. 35 D. ad SC. Treb. (XXXVI, 1).

Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intellegitur supervixisse filius patri et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus ejus defertur, nisi contrarium approbetur. Quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur. Tryph. l. 9 § 4 D. de reb. dub. (XXXIV, 5).

Cum pubere filio mater naufragio periit: cum explorari non possit, uter prior exstinctus sit, humanius est credere filium diutius vixisse. Javol. l. 22 D. eod.

Si mulier cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intellegitur. Gajus l. 23 D. eod.

§ 35. RECHTSTOESTAND DER NATUURLIJKE PERSONEN. CAPITIS DEMINUTIO. (Inst. Lib. 1, Tit. 16: de capitis minutione).

Onder *status* verstaan de Romeinsche juristen het standpunt, dat de mensch, met betrekking tot zijne rechtsbevoegdheid, in de maatschappij inneemt. Met het oog daarop onderscheidt men de menschen in: I. vrijen en slaven; II. burgers en vreemdelingen; III. zelfstandige en afhankelijke. Hiermede hangt samen de mogelijkheid van drieërlei verandering van rechtstoestand (*capitis deminutio*). *Maxima capitis deminutio* ondergaat hij, die zijne vrijheid verliest en slaaf wordt; *media capitis deminutio* treft dengene, die ophoudt Romeinsch burger te zijn; *minima capitis deminutio* komt voor bij hem, die losgemaakt wordt uit zijn familieverband, die van afhankelijk zelfstandig wordt of omgekeerd, of van de eene macht overgaat in de andere.

Capitis minutio est status permutatio. Gajus l. 1 D. de cap. min. (IV, 5).

Capitis deminutionis tria genera sunt, maxima media minima: tria enim sunt quae habemus, libertatem civitatem familiam. Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem: cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem: cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat. Paul. l. 11 D. eod.

Emancipato filio et ceteris personis capitis minutio manifesto accidit, cum emancipari nemo possit nisi in imaginariam servilem causam deductus: aliter atque cum servus manumittitur, quia servile caput nullum jus habet ideoque nec minui potest: Paul. l. 3 § 1 D. eod.

hodie enim incipit statum habere. Modest. l. 4 D. eod.

Het verschil tusschen burgers en vreemdelingen heeft in het latere Romeinsche recht zijne practische beteekenis verloren (zie hieronder § 44). De gewichtige gevolgen, die oudtijds aan de *capitis deminutio minima* verbonden waren, zijn in het Justiniaansche recht bijna geheel weggevallen.

Capitis minutione amittitur (sc. ususfructus), si in insulam fructuarius deportetur, vel si ex causa metalli servus poenae efficiatur, et si statum ex adrogatione vel adoptione mutaverit. Paul., Sent. III, 6 § 29.

Sed nec per omnem capitis deminutionem hujusmodi detrimentum imminere nostris patimur subjectis. Quare enim, si filius familias fuerit is qui usum fructum habet, forte ex castrensi peculio, ubi nec usus fructus acquiritur ei, possessum, per emancipationem eum amittat? Sed secundum quod definitum est tunc eum tantummodo desinere, cum usufructuarius vel res pereat, et tantummodo eum cum anima vel rei substantia expirare, nisi praedictae exceptionis vigor reclamaverit. — Excepta videlicet tali capitis deminutione, quae vel libertatem vel civitatem Romanam possit adimere: et tunc enim usus fructus omnimodo creptus ad suam revertatur proprietatem. Justinian. l. 16 § 2, § 3 C. de usu fr. (III, 33).

Praeterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatae sit et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit jure civili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamve oportere; sed ne in potestate ejus sit jus nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse. Gajus, Inst. IV § 38.

§ 36. VRIJHEID EN SLAVERNIJ.

(Inst. Lib. 1, Tit. 3: de jure personarum; Tit. 4: de ingenuis).

De eerste verdeeling der menschen naar Romeinsch Recht is die in vrijen en slaven. De vrije wordt in zijn doen en laten door de wetten beperkt, maar de slaaf is geheel onderworpen aan de heerschappij van een ander. Hij mist rechtsbevoegdheid, hij is „*homo sine capite*.” In zooverre staan alle slaven gelijk — in *servorum condicione nulla differentia est* — al blijft het verschil in hun feitelijken toestand ook op het rechtsgebied niet zonder invloed.

Summa itaque de jure personarum divisio haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi. Gajus l. 3 D. de statu hom. (I, 5).

Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut

jare prohibetur. — Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. — Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent: mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiuntur. Florentin. l. 4 D. eod.

Mancipiorum quoque usus fructus legato non debet abuti, sed secundum conditionem eorum uti: nam si librarium rus mittat et qualum et calcem portare cogat, histrionem balniatorem faciat, vel de symphonia atriensem, vel de palaestra stereorandis latrinis praeponat, abuti videbitur proprietate. — Sufficiens autem alere et vestire debet secundum ordinem et dignitatem mancipiorum. Ulp. l. 15 § 1, § 2 D. de usu fr. (VII, 1).

Itaque praetor non ex omni causa injuriarum judicium servi nomine promittit: nam si leviter percussus sit vel maledictum ei leviter, non dabit actionem: at si infamatus sit vel facto aliquo vel carmine scripto. Puto causae cognitionem praetoris porrigendam et ad servi qualitatem: etenim multum interest, qualis servus sit, bonae frugi, ordinarius, dispensator, an vero vulgaris vel mediastinus an qualisqualis. Et quid si compeditus vel male notus vel notae extremae? Habebit igitur praetor rationem tam injuriae, quae admissa dicitur, quam personae servi, in quem admissa dicitur, et sic aut permittet aut denegabit actionem. Ulp. l. 15 § 44 D. de injur. (XXXXVII, 10).

In den regel wordt den mensch zijn staat aangewezen door zijne geboorte: bij wettige geboorte (zie hieronder § 54) volgt hij den staat van zijn vader, bij onwettige geboorte dien van zijne moeder. In het eerste geval beslist het tijdstip der conceptie, in het tweede dat der geboorte of, volgens de latere vrijzinnige practijk, dat der conceptie of een tusschenliggend tijdstip, zoo het eene of andere voor het kind gunstiger is.

Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: vulgo quaesitus matrem sequitur. Cels. l. 19 D. de statu hom. (I, 5).

Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit. Ulp. l. 24 D. eod.

Quod autem placuit, si ancilla ex cive Romano conceperit, deinde manumissa pepererit, qui nascitur liberum nasci, naturali ratione fit; nam hi qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur; itaque si ex libera nascuntur, liberi fiunt, nec interest ex quo mater eos conceperit, cum ancilla fuerit; at hi qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt. Gajus, Inst. I § 89.

Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt: sufficit enim liberam fuisse eo tempore quo nascitur, licet ancilla concepit. Et e contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci. (Nec interest justis nuptiis concepit an vulgo), quia non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est. — Ex hoc quaesitum est, si ancilla praegnas manumissa sit, deinde ancilla postea facta aut expulsa civitate pepererit, liberum an servum pariat. Et tamen rectius probatum est liberum nasci et sufficere ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse. Marcian. l. 5 § 2, § 3 D. de statu hom. (I, 5).

De vrijen worden onderscheiden in vrijgeborenen en vrijgelatenen. De vrijgeborene behoudt dien staat, al is hij eenigen tijd feitelijk als slaaf aangemerkt en daarna vrijgelaten.

Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini. — Ingenui sunt qui liberi nati sunt; libertini, qui ex justa servitute manumissi sunt. Gajus, Inst. I § 10, § 11.

Ingenuam natam neque nutrimentorum sumptus neque servitutis obsequium faciunt ancillam neque manumisso libertinam. Gordian. l. 2 C. de ingen. man. (VII, 14).

Afgezien van het patronaatsrecht (zie hieronder § 42) staat de vrijgelatene privaatrechtelijk slechts in enkele opzichten achter bij den vrijgeborene. Hij kan door den Keizer met een vrijgeborene worden gelijkgesteld, hetzij 1^o. door toekenning van het *jus aureorum anulorum*, waarbij evenwel het patronaatsrecht ongedeerd blijft, of 2^o. door *natalium restitutio*, waardoor het patronaatsrecht vervalt. Justinianus bepaalde in Nov. 78, dat deze beide rechten aan alle vrijgelatenen zouden toekomen, echter behoudens het recht van den patroon, zoo deze geen afstand daarvan had gedaan.

Lege Julia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae quarumve pater materve artem ludicram fecerit, item corpore quaestum facientem. Ulp. Fragm., XIII § 1.

Libertinus si jus anulorum impetraverit, quamvis jura ingenuitatis salvo jure patroni nactus sit, tamen ingenuus intellegitur: et hoc divus Hadrianus rescripsit. Ulp. l. 6 D. de jure aur. anul. (XXXX, 10).

Interdum et servi nati ex post facto juris interventu ingenui fiunt, ut ecce si libertinus a principe natalibus suis restitutus fuerit. Illis enim utique natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur, cum servus natus esset. Hic enim, quantum ad totum jus pertinet, perinde habetur, atque si ingenuus natus esset, nec patronus ejus potest ad successionem venire. Ideoque imperatores non facile solent quemquam natalibus restituere nisi consentiente patrono. Marcian. l. 2 D. de nat. rest. (XXXX, 11).

Sed si jus anulorum accepit, puto eum reverentiam patrono exhibere debere, quamvis omnia ingenuitatis munia habet. Aliud si natalibus sit restitutus: nam princeps ingenuum facit. Ulp. l. 10 § 3 D. de in jus voc. (II, 4).

§ 37. BEGRIP DER SLAVERNLIJ.

De slaaf geldt in rechte als eene zaak. Van andere zaken verschilt hij in zoover, dat hij persoonlijkheid kan verkrijgen, dat hij rechtshandelingen voor zijn heer kan verrichten, dat hij verbintenissen kan aangaan, die tot zekere hoogte worden erkend, enz.

Mancipii res sunt servi et quadrupedes Ulp. Fragm., XIX § 1.

Servus quoque merito ad sollemnia adhiberi non potest, cum juris civilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti. Ulp. l. 20 § 7 D. qui test. (XXVIII, 1).

Cujus autem servus occisus est, is liberum arbitrium habet vel capitali crimine reum facere eum qui occiderit, vel hac lege (sc. Aquilia) damnum persequi. Gajus, Inst. III § 213.

Locum in quo servus sepultus est religiosum esse Aristo ait. Ulp. l. 2 pr. D. de relig. (XI, 7).

De slaaf heeft rechtens geene familie en kan geen huwelijk sluiten. De geslachtsverbintenis tusschen slaven onderling of tusschen vrijen en slaven (*contubernium*) is zonder rechtsgevolg, zie hieronder § 122. Na de vrijlating echter vormt hunne bloedverwantschap, evenals bij vrijen, een huwelijksbeetsel, zie hieronder § 124. Vg. ook § 10 I. de grad. cogn. (III, 6).

Non parcimus his nominibus, id est cognatorum, etiam in servis: itaque parentes et filios fratresque etiam servorum dicimus: sed ad leges serviles cognationes non pertinent. Paul. l. 10 § 5 D. de grad. (XXXVIII, 10).

Serviles quoque cognationes in hoc jure observandae sunt. Igitur suam matrem manumissus non ducet uxorem: tantundem juris est et in sorore et sororis filia. Idem e contrario dicendum est, ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint, etsi dubitetur patrem eum esse. Unde nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspicendus est: contra pudorem est autem filiam uxorem suam ducere. Paul. l. 14 § 2 D. de R. N. (XXIII, 2).

Parentes etiam eos accipi Labeo existimat, qui in servitute susceperunt: nec tamen, ut Severus dicebat, ad solos justos liberos: sed et si vulgo quaesitus sit filius, matrem in jus non vocabit. Ulp. l. 4 § 3 D. de in jus voc. (II, 4).

Het recht van den meester over den persoon van den slaaf was oudtijds onbeperkt. Terwijl deze uitgebreide macht tijdens de Republiek geene bezwaren opleverde, gaf zij in den Keizertijd aanleiding tot misbruiken. Wettelijke maatregelen tot bescherming der slaven tegen te strenge straffen en te groote wreedheden van hunne meesters werden het eerst genomen onder de regeering van Augustus, later vooral door Hadrianus en Antoninus Pius.

In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas juris gentium est; nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse; et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur. Gajus, Inst. I § 52.

Post legem Petroniam et senatus consulta ad eam legem pertinentia dominis potestas ablata est ad bestias depugnandas suo arbitrio servos tradere: oblato tamen judici servo, si justa sit domini querella, sic poenae tradetur. Modest. l. 11 § 2 D. ad leg. Corn. (XXXVIII, 8).

Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire; nam ex constitutione imperatoris Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri jubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et major quoque asperitas dominorum per ejusdem principis constitutionem coeretur; nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis qui ad fana deorum vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere. Et utrumque recte fit; male enim nostro jure uti non debemus; qua ratione et prodigiis interdicuntur bonorum suorum administratio. Gajus, Inst. I § 53.

Si dominus in servos saevierit vel ad impudicitiam turpemque violationem compellat, quae sint partes praesidis, ex rescripto divi Pii ad Aelium Marcianum proconsulem Baeticae manifestabitur. Cujus rescripti verba haec sunt: „Dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet nec cuiquam hominum jus suum detrahi: sed dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam vel famem vel intolerabilem injuriam denegetur his qui juste deprecantur. Ideoque cognosce de querellis eorum, qui ex familia Julii Sabini ad statuas confugerunt, et si vel durius habitos quam aequum est vel infami injuria affectos cognoveris, venire jube ita, ut in potestate domini non revertantur. Qui si meae constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severius executurum.“ Divus etiam Hadrianus Umbriam quandam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset. Ulp. l. 2 D. de his qui sui (I, 6).

Quod autem dictum est, ut servos de dominis querentes praefectus audiat, sic

accipiemus non accusantes dominos (hoc enim nequaquam servo permittendum est nisi ex causis receptis), sed si verecunde expostulent, si saevitiam, si duritiam, si famem, qua eos premant, si obscenitatem, in qua eos compulerint vel compellant, apud praefectum urbi exponant. Hoc quoque officium praefecto urbi a divo Severo datum est, ut mancipia tueatur ne prostituantur. Ulp. l. 1 § 8 D. de off. praef. urb. (I, 12).

De slaaf kan geen vermogen hebben. Al wat hij verkrijgt, verkrijgt hij voor zijn meester, onverschillig of hij heeft gehandeld op zijn eigen naam, op naam van zijn meester, op naam van een van diens andere slaven, of zonder aanduiding van een persoon. Eene erfenis kan hij niet anders aanvaarden, dan op last van zijn heer, die dan de erfenis verkrijgt. Zie Inst. II, 9: *per quas personas nobis adquiritur*. — Inst. III, 17: *de stipulatione servorum*. — Inst. III, 28: *per quas personas nobis obligatio adquiritur*.

Igitur quod servi nostri ex traditione nanciscuntur sive quid stipulentur vel ex qualibet alia causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Ideoque si heres institutus sit, nisi nostro jussu hereditatem adire non potest, et si iuventibus nobis adierit, hereditas nobis adquiritur, perinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus. Et his convenienter scilicet legatum nobis per eundem adquiritur. — Non solum autem proprietates per eos, quos in potestate habemus, adquiritur nobis, sed etiam possessio: eujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur. Unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis adquiritur. Gajus l. 10 § 1, § 2 D. de A. R. D. (XXXXI, 1).

Etiam invitis nobis per servos adquiritur paene ex omnibus causis. Gajus l. 32 D. eod.

Placet, quotiens adquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei ejus quis in potestate est, confestim adquiri ei ejus est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona ejus per quem adquiritur et sic adquiri ei cui adquiritur. Ulp. l. 79 D. de A. v. O. II. (XXIX, 2).

Behoort de slaaf aan eenigen gemeenschappelijk, dan verkrijgt hij voor iederen meester naar gelang van diens aandeel, tenzij hij bepaaldelijk ten name van één hunner of wel op last van één hunner heeft gehandeld.

Communem servum pro dominica parte dominis acquirere certum est; excepto eo quod uni nominatim stipulando aut mancipio accipiendo illi soli acquirit, velut cum ita stipuletur Titio domino meo dari spondes? aut cum ita mancipio accipiat Hanc rem ex jure Quiritium L. Titii domini mei esse ajo eaque ei empti esto hoc aere aeneaque libra. — Illud quaeritur an quod domini nomen adjectum efficit, idem faciat unius ex dominis jussum intercedens. Nostri praetores perinde ei qui jusserit soli acquirit existimant, atque si nominatim ei soli stipulatus esset servus mancipiove accepisset. Diversae scholae auctores proinde utrisque acquirit putant, ac si nullius jussum intervenisset. Gajus, Inst. III § 167, § 167a.

Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore: et ideo si quid stipulatur vel quaqua alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro parte, qua dominium in eo habent. Licet autem ei et nominatim alicui ex dominis stipulari vel traditam rem accipere, ut ei soli adquirat. Sed si non nominatim domino stipuletur, sed jussu unius dominorum, hoc jure utimur, ut soli ei adquirat, ejus jussu stipulatus est. Ulp. l. 5 D. de stip. serv. (XXXXV, 3).

Niet alleen de eigenaar verwerft door middel van zijne slaven, maar ook de vruchtgebruiker door de slaven die hij in vruchtgebruik heeft,

namelijk voor zoover de verkrijging geschiedt met middelen door hem verschafft of voortspruit uit den arbeid van den slaaf zelf. Hetzelfde geldt van dengene, die te goeder trouw iemand als slaaf bezit.

De his autem servis, in quibus tantum usum fructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operis suis adquirant, id nobis adquiratur, si quid vero extra eas causas persecuti sint, id ad dominum proprietatis pertinet. Itaque si is servus heres institutus sit legatumve quid aut ei donatum fuerit, non mihi, sed domino proprietatis adquiritur. — Idem placet de eo, qui nobis bona fide possidetur, sive liber sit sive alienus servus: quod enim placuit de usufructuario, idem probatur etiam de bonae fidei possessore. Itaque quod extra duas causas adquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum ejus, si servus est. Gajus l. 10 § 3, § 4 D. de A. R. D. (XXXI, 1).

Dikwijls staat de heer aan den slaaf een deel van zijn vermogen af ter zelfstandige administratie (*peculium*); rechtens blijft dit eigendom van den heer: hij kan het den slaaf elk oogenblik weder afnemen, hem behoort wat deze ermede verdient. Wordt de slaaf door den meester bij diens leven vrijgelaten, zonder dat het *peculium* hem wordt ontnomen, dan behoudt hij dit als geschenk.

Pater familias liber „peculium” non potest habere, quemadmodum nec servus „bona”. Ulp. l. 182 D. de V. S. (L, 16).

Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum. — Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto digestorum refert, quod servus domini permissu separatim a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur. Ulp. l. 5 § 3, § 4 D. de pec. (XV, 1).

Peculium vindicta manumisso vel inter amicos si non adimatur, donari videtur. Quae ratio facit, ut ex justa causa possidens usucapere rem possit. Aliud in his placuit, qui testamento libertatem acceperunt vel testamento parentis potestate solvuntur; quos amittere peculium, si non sit legatum, constituit, neque enim tacita liberalitas defuncti permittentis retinere peculium potuit intellegi. Fragm. Vat. § 261.

Door de contractuëele handelingen van den slaaf wordt in het algemeen de heer niet verbonden. Slechts in eenige bepaalde gevallen verleent de praetor, op grond van eene rechtshandeling van den slaaf, eene actie tegen den meester, zoo bijv. wanneer de slaaf op diens last heeft gehandeld; heeft de slaaf een *peculium*, dan is de meester, met de praetorische *actio de peculio*, aansprakelijk tot het bedrag van dat *peculium*. Zie over deze zoogenaamde *actiones adjectitiae qualitatis* nader hieronder § 207. Ten aanzien van den slaaf zelf gelden de door hem aangegane verplichtingen na de vrijlating als natuurlijke verbintenissen (zie hieronder § 179).

Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest. Gajus l. 133 D. de R. J. (L, 17).

In personam servilem nulla cadit obligatio. Ulp. l. 22 pr. D. eod.

Cum servo nulla actio est. Gajus l. 107 D. eod.

Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio. Idem in pupillo, qui sine tutoris auctoritate debu-erit, dicendum est, si postea tutore auctore promittat. Ulp. l. 19 § 4 D. de donat. (XXXIX, 5).

Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum: ut enim

libertas naturali jure continetur et dominatio ex gentium jure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intellegenda est. Tryph. l. 64 D. de cond. ind. (XII, 6).

Begaat de slaaf eene ongeoorloofde handeling, dan kan de heer worden aangesproken tot schadevergoeding met eene *actio noxalis* (zie hieronder § 205), welke gericht wordt tegen hem, die eigenaar is van den slaaf op het oogenblik, dat zij wordt ingesteld. De aangesprokene kan zich echter bevrijden door den slaaf aan den benadeelde over te geven. Na de vrijlating kan men tegen den slaaf zelf eene vordering ter zake van zijne delicten instellen.

Ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut injuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisque damnosam esse. — Omnes autem noxales actiones caput secuntur. Nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui juris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si pater familias noxam commiserit, et is se in adrogationem tibi dederit aut servus tuus esse coeperit, quod quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse quae ante directa fuit. — Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur; nulla enim omnino inter me et eum qui in potestate mea est, obligatio nasci potest. Ideoque etsi in alienam potestatem pervenerit aut sui juris esse coeperit, neque cum ipso neque cum eo cuius nunc in potestate est, agi potest. Unde quaeritur, si alienus servus filiusve noxam commiserit mihi, et is postea in mea esse coeperit potestate, utrum intercidat actio an quiescat. Nostri praeceptores intercidere putant, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuerit, ideoque, licet exierit de mea potestate, agere me non posse; diversae scholae auctores, quamdiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant, quia ipse mecum agere non possum, cum vero exierit de mea potestate, tunc eam resuscitari. Gajus, Inst. IV § 75, § 77, § 78 (vg. § 6 l. de nox. act., IV, 8).

Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor. Ulp. l. 14 D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

§ 38. ONTSTAAN DER SLAVERNLIJ.

De slavernij ontstaat of

I. door geboorte uit eene slavin, waarbij echter in acht te nemen is hetgeen, hierboven § 36, gezegd werd omtrent het geval, dat de moeder gedurende de zwangerschap vrij geweest is; of

II. door eene latere gebeurtenis; hiertoe behoort het volgende:

a. wie in handen van den vijand valt, wordt, naar *jus gentium*, slaaf. Sterft hij in de krijgsgevangenschap, dan sterft hij als slaaf. Hij wordt echter gerekend gestorven te zijn op het oogenblik der gevangenneming. Deze fictie, door eene Lex Cornelia ingevoerd ten einde de geldigheid van een vóór de krijgsgevangenschap gemaakt testament te handhaven, wordt later algemeen toegepast; zie hieronder § 134. Wie uit de gevan-

genschap terugkeert, herneemt al zijne vroegere rechten en bevoegdheden; hij wordt geacht niet te zijn weg geweest (*jus postliminii*); verg. echter over den invloed van de krijgsgevangenschap op het huwelijk, hieronder § 129.

Ejus, qui apud hostes decessit, dici hereditas non potest, quia servus decessit. Ulp. l. 3 § 1 D. de V. S. (L, 16).

Hostes sunt, quibus bellum publice populus Romanus decrevit vel ipsi populo Romano: ceteri latrunculi vel praedones appellantur. Et ideo qui a latronibus captus est, servus latronum non est, nec postliminium illi necessarium est: ab hostibus autem captus, ut puta a Germanis et Parthis, et servus est hostium et postliminio statum pristinum recuperat. Ulp. l. 24 D. de capt. (XXXIX, 15).

In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum: idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. Hoc quoque igitur casu postliminium datum est. Pomp. l. 5 § 2 D. eod.

Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi qui ea fecissent in hostium potestate non pervenissent, et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet. Quare servus heres scriptus ab eo, qui in hostium potestate decesserit, liber et heres erit seu velit seu nolit, licet minus proprie necessarius heres dicatur: nam et filius ejus, qui in hostium potestate decessit, invitus hereditati obligatur, quamvis suus heres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit. Julian. l. 12 D. qui test. (XXVIII, 1).

In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est. Ulp. l. 18 D. de capt. (XXXIX, 15).

Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit. Ulp. l. 16 D. eod.

Qui ab hostibus captus est, testamentum quasi servus facere non potest. Sane valet testamentum id quod ante captivitatem factum est, si revertatur, jure postliminii, aut si ibidem decedat, beneficio legis Corneliae, qua lege etiam legitimae tutelae hereditatesque firmantur. Paul., Sent. III, 4a § 8.

Postliminio redisse videtur, cum in fines nostros intraverit, sicuti amittitur, ubi fines nostros excessit. Sed et si in civitatem sociam amicaeve aut ad regem socium vel amicum venerit, statim postliminio redisse videtur, quia ibi primum nomine publico tutus esse incipiat. Paul. l. 19 § 3 D. de capt. (XXXIX, 15).

Nihil interest, quomodo captivus reversus est, utrum dimissus an vi vel fallacia potestatem hostium evaserit, ita tamen, si ea mente venerit, ut non illo reverteretur: nec enim satis est corpore domum quem redisse, si mente alienus est. Sed et qui victis hostibus recuperantur, postliminio redisse existimantur. Florentin. l. 26 D. eod.

b. Een vrije, die, ouder zijnde dan twintig jaren en bekend met zijn staat, zich als slaaf laat verkoopen aan iemand, die zijn staat niet kent, ten einde zich later op zijne vrijheid te beroepen en den koopprijs met zijn handlanger te deelen, wordt tot straf slaaf.

Conventio privata neque servum quemquam neque libertum alicujus facere potest. Callistr. l. 37 D. de lib. causa (XXXX, 12).

Majores viginti annis ita demum ad libertatem proclamare non possunt, si pretium ad ipsum qui venit pervenerit: ex ceteris autem causis, quamvis major viginti annis se venum dari passus sit, ad libertatem ei proclamare licet. Ulp. l. 1 pr. D. quib. ad lib. procl. (XXXX, 13).

In summa sciendum est, quae de venditis servis, quibus denegatur ad libertatem proclamatio, dicta sunt, etiam ad donatos et in dotem datos referri posse, item ad eos, qui pignori se dari passi sunt. Paul. l. 23 § 1 D. de lib. causa (XXXX, 12).

Homo liber, qui se vendidit, manumissus non ad suum statum revertitur, quo se abdicavit, sed efficitur libertinae condicionis. Modest. l. 21 D. de statu hom. (I, 5).

c. De vrijgelatene kan wegens ondankbaarheid jegens zijn patroon (zie hieronder § 42) in slavernij teruggebracht worden, mits die ondankbaarheid behoorlijk voor den magistraat wordt geconstateerd.

Si manumissus ingratus circa patronum suum extiterit et quadam jactantia vel contumacia cervices adversus eum erexerit aut levis offensae contraxerit culpam, a patronis rursus sub imperia dicionemque mittatur, si in judicio vel apud pedaneos judices patroni querella exserta ingratum eum ostendat: filiis etiam qui postea nati fuerint servituris, quoniam illis delicta parentium non nocent, quos tunc ortos esse constiterit, dum libertate illi potirentur. Constant. l. 2 pr. C. de libert. (VI, 7).

Behalve deze, ook in het Justiniaansche recht voorkomende, oorzaken, kende het oudere recht nog verschillende andere gevallen, waarin men de vrijheid verloor. Zoo werden o. a. slaaf degenen die veroordeeld waren om in de mijnen te werken of aan de wilde dieren te worden toegeworpen; in de Instituten (§ 3 I. quib. mod. jus pot., I, 12) wordt deze bepaling nog vermeld, doch zij is later door Justinianus afgeschaft in Nov. 22, cap. 8. Zoo werd, volgens het Scutum Claudianum (52 n. C.), de vrije vrouw, die, niettegenstaande het drie malen herhaalde verbod van den heer, in gemeenschap had geleefd met een vreemden slaaf, door rechterlijk vonnis tot slavin van dien heer verklaard. Justinianus hief ook deze regeling op.

Maxima capitis deminutio est, per quam et civitas et libertas amittitur: veluti cum incensus aliquis venierit, aut quod mulier alieno servo se junxerit denuntiante domino et ancilla facta fuerit ex senatus consulto Claudiano. Ulp. Fragm., XI § 11.

Si mulier ingenua civisque Romana vel Latina alieno se servo conjunxerit, si quidem invito et denuntiante domino in eodem contubernio perseveraverit, efficitur ancilla. Paul., Sent. II, 21a § 1.

Erat et ex senatus consulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio, cum libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per senatus consultum amittebat et cum libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes et a nostra civitate deleri et non inseri nostris digestis concessimus. § 1 I. de succ. subl. (III, 12).

Solam temporis longinquitatem, etiamsi sexaginta annorum curricula excesserunt, libertatis jura minime mutilare oportere congruit aequitati. Constant. et Licin. l. 3 C. de long. temp. praeser. (VII, 22).

§ 39. EINDIGEN DER SLAVERNIJ.

De slavernij, die ontstaan is door krijgsgevangenschap, eindigt zoodra de gevangene terugkeert (zie hierboven § 38). Verder kan elke slavernij eindigen door vrijlating, *manumissio* (zie hieronder §§ 40 en 41).

Manumissiones quoque juris gentium sunt. Est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. Quae res a jure gentium originem sumpsit, utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Et cum uno naturali nomine homines appellaremur, jure

gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desiderant esse servi. Ulp. l. 4 D. de just. et jure (I, 1).

In verscheidene door de wet aangewezen gevallen verkrijgt de slaaf van rechtswege de vrijheid, hetzij om hem voor eene goede daad te beloonen, of om den heer te straffen. Hiertoe behooren o. a. de volgende:

1^o. de slaaf, die den moordenaar van zijn heer aanwijst, wordt volgens het Senatusconsultum Silanianum (11 n. C.) door den praetor vrij verklaard.

Hi quoque, qui non potuerunt alias ad libertatem pervenire, ut puta si hac lege distractus erat quis, ne manumitteretur, poterunt propter hoc, quod in commune utile est, ad libertatem pervenire. Ulp. l. 3 § 15 D. de SC. Silan. (XXIX, 5).

Qui ob necem detectam domini praemium libertatis consequitur, fit orcinus libertus. Marcian. l. 5 D. qui sine manum. (XXXX, 8).

Si necem domini detexerit servus, praetor statuere solet, ut liber sit: et constat eum quasi ex senatus consulto libertatem consecutum nullius esse libertum. Paul. l. 4 pr. D. de bon. lib. (XXXVIII, 2).

2^o. De slaaf, die een valschen munter, een maagdenroover of een deserteur aanbrengt, wordt met de vrijheid beloond.

Servi, qui monetarios adulterinam monetam clandestinis secleribus exercentes detulerint, civitate Romana donantur, ut eorum domini pretium a fisco percipiant. Constant. l. 2 C. pro quib. caus. (VII, 13).

Si quis servus raptus virginis facinus dissimulatione praeteritum aut pactione transmissum detulerit in publicum, libertate donetur. Constant. l. 3 C. eod.

Si desertorem servus prodiderit, libertate donetur. Valentin. et Theod. l. 4 C. eod.

3^o. De slaaf, die, ziek zijnde, door zijn meester wordt verstooten, verkrijgt de vrijheid.

Servo, quem pro derelicto dominus ob gravem infirmitatem habuit, ex edicto divi Claudii competit libertas. Modest. l. 2 D. qui sine manum. (XXXX, 8).

4^o. De slavin, die verkocht is onder voorwaarde, dat zij niet zou worden geprostitueerd, wordt vrij, zoo die voorwaarde wordt overtreden.

Si quis obligatum servum hac lege emerit, ut manumittat, competit libertas ex constitutione divi Marci, licet bona omnia quis obligaverit, quae habet habiturusve esset. Tantundem dicendum est et si hac lege emerit, ne prostituatur, et prostituerit. Marcian. l. 6 D. eod.

Eam, quae ita venit, ne corpore quaestum faceret, nec in caupona sub specie ministrandi prostitui, ne fraus legi dictae fiat, oportet. Alex. l. 3 C. si manc. ita ven. (IV, 56).

Ook door verjaring kan de slaaf de vrijheid verwerven, wanneer hij gedurende langen tijd te goeder trouw en op grond van een behoorlijken titel ongestoord als een vrije heeft geleefd.

Praestat firmam defensionem libertatis ex justo initio longo tempore obtenta possessio. Favor enim libertatibus debitus et salubris jam pridem ratio suavit, ut his, qui bona fide in possessione libertatis per viginti annorum spatium sine interpellatione morati essent, praescriptio adversus inquietudinem status eorum prodesset deberet, ut et liberi et cives fiant Romani. Diocl. et Maxim. l. 2 C. de long. temp. praeser. (VII, 22).

§ 40. DE VEREISCHTEN DER VRIJLATING.
(Inst. Lib. 1, Tit. 5: de libertinis).

Zal de vrijlating het meest volkomen gevolg te weeg brengen, zal zij den slaaf de vrijheid en het burgerrecht verschaffen, dan moet aan de volgende vereischten voldaan zijn:

I. de vrijlater moet het uitsluitend en onbeperkt civielrechtelijk eigendomsrecht op den slaaf hebben (zie hieronder § 144). Voor het geval, dat slechts één van verscheidene medeëigenaren den slaaf vrijlaat, geeft Justinianus eene nieuwe regeling in l. 1 C. de serv. comm. (VII, 7).

Sed et illud observandum, ut is qui manumittitur in bonis manumittentis sit: et ideo si tantum ex jure Quiritium sit manumittentis, non erit Latinus: necesse est ergo servum non tantum ex jure Quiritium, sed etiam in bonis esse manumittentis. Fragm. Dosith. § 9.

Servus, in quo alterius est ususfructus, alterius proprietas, a proprietatis domino manumissus liber non fit, sed servus sine domino est. Ulp. Fragm., I § 19 (zie l. 1 C. comm. de manum., VII, 15).

Servus pignori datus, etiamsi debitor locuples est, manumitti non potest. Paul. l. 3 D. de manum. (XXXX, 1).

Communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque aderescit socio, maxime si eo modo manuserit, quo, si proprium haberet, civem Romanum facturus esset. Nam si inter amicos eum manuserit, plerisque placet eum nihil egisse. Ulp. Fragm., I § 18.

II. De vrijlating moet in den behoorlijken vorm geschied zijn. Volgens het oude recht zijn er drie wijzen van vrijlating, waaraan volledig rechtsgevolg is verbonden: *vindicta*, *censu*, *testamento*.

Cives Romani sunt liberti, qui legitime manumissi sunt, id est vindicta aut censu aut testamento, nullo jure impediante. Ulp. Fragm., I § 6.

a. De vrijlating voor den magistraat (*vindicta*) vond eertijds plaats in den vorm van een proces over het eigendomsrecht op den slaaf (zie hieronder § 46). Hij die als eischer optreedt, *adsertor libertatis*, gewoonlijk een der lictoren, die den praetor begeleiden, raakt den slaaf met zijn staf (*festuca*, *vindicta*) aan, onder het uitspreken van de woorden: *ajo hunc hominem liberum esse ex jure Quiritium*; de meester spreekt dien eisch niet tegen, geeft veeleer te kennen, dat hij den slaaf wenschte vrij te laten, waarop dan de magistraat den man vrij verklaart. In lateren tijd vielen de vormelijke woorden, de tusschenkomst van den bijzonderen eischer, kortom het geheele schijnproces weg, zoodat de handeling eenvoudig bestond in eene verklaring, door den meester voor den praetor afgelegd.

Vindicta manumittuntur apud magistratum populi Romani, velut consulem praetoremve vel proconsulem. Ulp. Fragm., I § 7.

Ego cum in villa cum praetore fuissem, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset. Ulp. l. 8 D. de manum. vind. (XXXX, 2).

Manumissio per lictores hodie domino tacente expediri solet, et verba sollemnia licet non dicantur, ut dicta accipiuntur. Hermogen. l. 23 D. eod.

Non est omnino necesse pro tribunali manumittere: itaque plerumque in transitu servi manumitti solent, cum aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodierit praetor aut proconsul legatusve Caesaris. Gajus l. 7 D. eod.

An apud se manumittere possit is qui consilium praebeat, saepe quaesitum est. Ego, qui meminissim Javolenum praeceptorem meum et in Africa et in Syria servos suos manumississe, cum consilium praeberet, exemplum ejus secutus et in praetura et consulatu meo quosdam ex servis meis vindicta liberavi et quibusdam praetoribus consulentibus me idem suasi. Julian. l. 5 D. eod.

Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent jurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri. Marcian. l. 2 pr. D. de off. procons. (I, 16).

b. De vrijlating bij gelegenheid van den census bestaat hierin, dat de heer den slaaf als Romeinsch burger laat opnemen in de lijsten van den censor. Met het verdwijnen van den census verviel deze wijze van vrijlating; in de Instituten komt zij niet meer voor.

... Censu autem procedebat in hunc modum. Census erat tabula vel charta, in qua Romani suas conscribebant facultates, ut tempore belli pro modo proprii patrimonii quisque conferret. In hoc igitur censu, si quando servus jussu domini sese liberum scripsisset, liberabatur a servitute ... Theoph., ad § 4 l. de libert. (I, 5).

Censu manumittebantur olim qui lustrali censu Romae jussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur. Ulp. Fragm., I § 8.

Et qui censu manumittitur, si triginta annos habeat, civitatem Romanam nanciscitur. Census autem Romae agi solet et peracto censu lustrum conditur: est autem lustrum quinquennale tempus, quo Roma lustratur. Sed debet hic servus ex jure Quiritium manumissoris esse, ut civis Romanus fiat. Magna autem dissensio est inter peritos, utrum eo tempore vires accipiant omnia, quo in censu aguntur, an eo tempore quo lustrum conditur. Sunt enim qui existimant non alias vires accipere quae in censu aguntur, nisi haec dies sequatur, qua lustrum conditur: existimant enim censum descendere ad diem lustrum, non lustrum recurrere ad diem census. Quod ideo quaesitum est, quoniam omnia quae in censu aguntur lustro confirmantur. Sed in urbe Roma tantum censum agi notum est: in provinciis autem magis professionibus utuntur. Fragm. Dosith. § 17.

c. De vrijlating bij testament kan op tweeërlei wijze geschieden: of de erflater laat onmiddellijk zijn slaaf vrij, of hij draagt, als fideicommiss, de vrijlating op aan zijn erfgenaam of legataris. Tijdens de Republiek kon deze niet worden gedwongen, aan die opdracht van den erflater gevolg te geven. Eerst sedert Augustus werd, door verschillende Senaatsbesluiten, de uitvoering van het fideicommiss verzekerd, en wel achtereenvolgens voor verschillende bijzondere gevallen. Eindelijk bepaalde Justinianus algemeen, dat, bij iedere vertraging in de nakoming der opdracht, de overheid aan den slaaf de vrijheid zou toekennen.

Ut testamento manumissi liberi sint, lex duodecim tabularum facit, quae confirmat ... Ulp. Fragm., I § 9.

Testamento manumissus ita demum fit liber, si testamentum valeat et ex eo adita sit hereditas, vel si quis ommissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem. — Testamento data libertas competit pure quidem data statim, quam adita fuerit hereditas vel ab uno ex heredibus: si in diem autem libertas data est vel sub condicione, tunc competit libertas, cum dies venerit vel condicio extiterit. Marcian. l. 23 D. de manum. test. (XXXX, 4).

Libertas et directo potest dari hoc modo: Liber esto, liber sit, liberum esse jubeo, et per fideicommissum, ut puta: rogo, fidei committo heredis mei, ut Stichum servum manumittat. — Is, qui directo liber esse jussus est, orcinus fit libertus: is autem, cui per fideicommissum data est libertas, non testatoris, sed manumissoris fit libertus. — Per fideicommissum libertas dari potest tam proprio servo testatoris quam heredis aut legatarii vel eujuslibet extranei servo. Ulp. Fragm., II § 7, § 8, § 10.

Subventum libertatibus est senatus consulto, quod factum est temporibus divi Trajani Rubrio Gallo et Caecilio Hispone consulibus in haec verba: „si hi, a quibus libertatem praestari oportet, evocati a praetore adesse noluerint, si causa cognita praetor pronuntiasset libertatem his deberi, eodem jure statum servari, ac si directo manumissi essent.” Ulp. l. 26 § 7 D. de fideicommiss. lib. (XXXX, 5).

Ancillam seu servum, cum fideicommissaria libertas eis relicta sit, sancimus, si mora a debitor libertatis facta fuerit, sententia praesidis eripi ad libertatem et nullo facto aut voluntate ab herede expectanda, sed talem habere eos libertatem, quasi ab ipso testatore directis verbis fuerint libertatem consecuti, cum satis impium atque absurdum est heredes testatoris differre voluntates, maxime cum ad libertatem respiciant. Justinian. l. 15 C. de fideicommiss. lib. (VII, 4).

De testamentaire vrijlating kan met een termijn of onder eene voorwaarde plaats hebben. De aldus vrijgelatene (*statuliber*) blijft, tot dat de termijn aangebroken of de voorwaarde vervuld is, slaaf, met alle gevolgen aan dien toestand verbonden. Bij het verschijnen van den termijn of de vervulling der voorwaarde wordt hij onmiddellijk vrij.

Statuliber est, qui statutam et destinatum in tempus vel condicionem libertatem habet. Paul. l. 1 pr. D. de statulib. (XXXX, 7).

Statuliberi a ceteris servis nostris nihilo paene differunt. Et ideo quod ad actiones vel ex delicto venientes vel ex negotio gesto contractu pertinet, ejusdem condicionis sunt statuliberi cujus ceteri. Et ideo in publicis quoque judiciis easdem poenas patiuntur, quas ceteri servi. Pomp. l. 29 pr. D. eod.

Qui sub condicione testamento liber esse jussus est, statu liber appellatur. — Statu liber, quamdiu pendet condicio, servus heredis est. — Statu liber seu alienetur ab herede sive usecapiatur ab aliquo, libertatis condicionem secum trahit. — Sub hac condicione liber esse jussus, si decem milia heredi dederit, etsi ab herede alienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet: idque lex duodecim tabularum jubet. — Si per heredem factum sit, quo minus statu liber condicione pareat, proinde fit liber, atque si condicio expleta fuisset. Ulp. Fragm., II §§ 1—5.

Statuliberum medio tempore servum heredis esse nemo est qui ignorare debeat: eapropter noxae dedi poterit. Sed deditus sperare adhuc libertatem poterit: nec enim deditio spem illi adimit libertatis. — Si statuliberum non eadem condicione heres vendat, causa ejus immutabilis est et luere se ab eo potest simili modo ut ab herede. Si tamen suppresserit condicionem statuliberi? Et ex empto quidem tenetur: graviores autem etiam stellionatus crimen inportant ei, qui sciens dissimulata condicione statutae libertatis simpliciter eum vendiderit. Ulp. l. 9 pr., § 1 D. de statulib. (XXXX, 7).

De beschikking, waarbij de meester den slaaf tot erfgenaam instelde of tot voogd benoemde, zonder hem uitdrukkelijk vrij te laten, werd door de juristen verschillend uitgelegd. Justinianus bepaalde, dat in beide gevallen eene stilzwijgende, directe vrijlating zou worden aangenomen (zie hieronder § 138).

Sed noster servus simul et liber et heres esse juberi debet, id est hoc modo

Stichus servus meus liber heresque esto, vel heres liberque esto. — Nam si sine libertate heres institutus sit, etiamsi postea manumissus fuerit a domino, heres esse non potest, quia institutio in persona ejus non constitit; ideoque licet alienatus sit, non potest jussu domini novi cernere hereditatem. Gajus, Inst. II §§ 186, 187.

Cum vos servi constituti sub appellatione libertorum heredes scripti essetis, ea scriptura benigna interpretatione perinde habenda est, ac si liberi et heredes instituti fuissetis. Quod in legato locum non habet. Antonin. l. 2 C. de necess. et serv. her. (VI, 27).

Servus alienus ita dari tutor potest „si liber erit, tutor esto”. Quin immo et si pure datus sit, videtur inesse haec condicio „cum liber erit”. Potest autem quis et extraneo servo defendere ex hac causa fideicommissariam libertatem: quid enim interest, suum servum an alienum tutorem scripserit, cum pupilli favore et publicae utilitatis adsumpta libertas sit in persona ejus, qui tutor scriptus est? Potest igitur et huic fideicommissaria libertas defendi, si voluntas apertissime non refragetur. Ulp. l. 10 § 4 D. de rest. tut. (XXVI, 2).

Etsi non adscripta libertate testator servum suum tutorem filiis suis dederit, receptum est et libertatis et pupillorum favore, ut per fideicommissum manumissee eum videatur. — Et si non suum proprium, sed alienum servum condicionem ejus sciens tutorem adscripserit, aequae fideicommissariam libertatem datam, nisi aliud evidenter defunctum sensisse appareat, prudentibus placuit. Valer. et Gallien. l. 10 C. de fideicom. lib. (VII, 4).

Cum igitur invenimus a nostro jure hoc esse inductum, ut, si quis servum suum tutorem filiis suis reliquerit sine libertate, ex ipsa tutelae datione praesumatur etiam libertatem ei favore pupillorum imposuisse, quare non hoc et in hereditate et humanis et favore libertatis inducimus, ut, si quis servum suum scripserit heredem sine libertate, omnimodo civis Romanus efficiatur? — Quo inducto neque acquisitio neque tam effusus veterum atque inextricabilis tractatus locum habeat. Neque enim ferendum est supponere quosdam ita esse supinos, ut eundem servum et heredem instituant sine libertate et item alii per legatum eundem servum adsignent. Justinian. l. 5 §§ 1b, 1c C. de necess. et serv. her. (VI, 27).

Om te voorkomen dat de vrijheid, bij testament geschonken, zou worden verijdeld, doordien de erfenis niet werd aanvaard, heeft Keizer Marcus aan de belanghebbende vrijgelatenen voor dat geval het recht toegekend, zich den boedel te doen toewijzen (*addictio bonorum libertatum conservandarum gratia*).

Verba rescripti ita se habent: „Si Virginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente in ea causa bona esse coeperunt, ut veniri debeant: is cujus de ea re notio est aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum, quae directo, quam earum, quae per speciem fideicommissi relictae sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idonee creditoribus caveris de solido quod cuique debetur solvendo. Et hi quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hereditas adita esset: hi autem, quos heres rogatus est manumittere, a te libertatem consequantur: ita ut si non alia condicione velis bona tibi addici, quam ut etiam qui directo libertatem acceperunt tui liberti fiant, nam huic etiam voluntati tuae, si ii de quorum statu agitur consentiant, auctoritatem nostram accomodamus. Et ne hujus rescriptionis nostrae emolumentum alia ratione irritum fiat, si fiscus bona agnoscere voluerit: et hi qui rebus nostris attendunt scient commodo pecuniario praefendam libertatis causam et ita bona cogenda, ut libertas his salva sit, qui eam adipisci potuerunt, si hereditas ex testamento adita esset.” § 1 l. de eo cui lib. causa (III, 11).

d. Onder Konstantijn werd nog ingevoerd de vrijlating in de kerk; zij geschiedde ten overstaan van den bisschop en de gemeente.

Jam dudum placuit, ut in ecclesia catholica libertatem domini suis famulis praestare possint, si sub aspectu plebis adsistentibus Christianorum antistitibus id faciant, ut propter facti memoriam vice actorum interponatur qualicumque scriptura, in qua ipsi vice testium signent. Unde a vobis quoque ipsis non immerito dandae et relinquendae sunt libertates, quo quis vestrum pacto voluerit, dummodo vestrae voluntatis evidens appareat testimonium. Constant. l. 1 C. de his qui in eccles. (I, 13).

Naast deze vormelijke wijzen van vrijlating, waardoor het volledige rechtsgevolg werd bereikt, waren er ook niet-vormelijke in gebruik. Theophilus, ad § 4 l. de libert. (I, 5), vermeldt er eenige: de meester beveelt den slaaf met hem aan te zitten, of hij schenkt den slaaf de vrijheid in bijzijn van eenige vrienden. Rechtens werd de slaaf daardoor niet vrij (zie nader hieronder § 41). Justinianus vermeerderde het aantal manieren van vrijlating en verleende aan alle gelijke kracht, bepaalde echter tevens, op welke wijze de wil tot vrijlating duidelijk zoude moeten blijken.

Zie Justinian. l. un. C. de Lat. lib. toll. (VII, 6).

III. Aan de vrijlating moet geen wettelijk beletsel in den weg staan. Zie daarover nader in de volgende §.

Nam in ejus persona tria haec concurrunt, ut major sit annorum triginta, et ex jure Quiritium domini, et iusta ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta aut censu aut testamento, is civis Romanus fit; sin vero aliquid eorum deerit, Latinus erit. Gajus, Inst. I § 17.

§ 41. VERVOLG. DE BEVOEGDHEID TOT VRIJLATING.

(Inst. Lib. 1, Tit. 6: qui ex quibus causis manumittere non possunt.

Tit. 7: de lege Fufia Caninia sublata).

Oudtijds was de bevoegdheid tot vrijlating onbeperkt. Toen daarvan evenwel, ten gevolge van het toenemende zedenbederf en van andere omstandigheden, misbruik werd gemaakt, en er te veel vrijgelatenen kwamen, die het burgerrecht niet verdienden en voor den Staat een gevaar opleverden, heeft men onder Augustus verschillende beperkingen ingevoerd.

Door eene lex Fufia Caninia (8 n. C.) werd het aantal slaven bepaald, dat men bij testament zou mogen vrijlaten.

Lex Fufia Caninia jubet testamento ex tribus servis non plures quam duos manumitti, et usque ad decem dimidiam partem manumittere concedit: a decem usque ad triginta tertiam partem, ut tamen adhuc quinque manumittere liceat aequè ut ex priori numero: a triginta usque ad centum quartam partem, aequè ut decem ex superiori numero liberari possint: a centum usque ad quingentos partem quintam, similiter ut ex antecedenti numero viginti quinque possint fieri liberi. Et denique praecipit, ne plures omnino quam centum ex cujusquam testamento liberi fiant. — Eadem lex cavet, ut libertates servis testamento nominatim dentur. Ulp. Fragm., I §§ 24, 25.

Ac ne ad eos quidem omnino haec lex pertinet, qui sine testamento manumittunt. Itaque licet iis qui vindicta aut censu aut inter amicos manumittunt, totam familiam liberare, scilicet si alia causa non impediatur libertatem. — Nam et si testamento scriptis in orbem servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt, quia lex Fufia Caninia quae in fraudem ejus facta sint rescindit. Sunt etiam specialia senatusconsulta, quibus rescissa sunt ea quae in fraudem ejus legis excogitata sunt. Gajus, Inst. I §§ 44, 46.

Van meer uitgebreide strekking is de lex Aelia Sentia (4 n. C.). Zij bevat o. a. de volgende voorschriften:

1^o. De heer, die den leeftijd van twintig jaren nog niet heeft bereikt, mag niet anders vrijlaten dan voor den magistraat. Vooraf moet voor eene daartoe aangewezen commissie het bestaan eener voldoende reden van vrijlating zijn gebleken.

2^o. De vrijlating van een slaaf beneden dertig jaren is aan dezelfde beperkende bepalingen onderworpen.

Quod autem de aetate servi requiritur, lege Aelia Sentia introductum est. Nam ea lex minores triginta annorum servos non aliter voluit manumissos cives Romanos fieri, quam si vindicta, apud consilium justa causa manumissionis adprobata, liberata fuerint. — Justa autem causa manumissionis est veluti si quis filium filiamve aut fratrem sororemve naturalem, aut alumnum, aut paedagogum, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii causa apud consilium manumittat. — Consilium autem adhibetur in urbe Roma quidem quinque senatorum et quinque equitum Romanorum puberum; in provinciis autem viginti recuperatorum civium Romanorum, idque fit ultimo die conventus; sed Romae certis diebus apud consilium manumittuntur. Majores vero triginta annorum servi semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti cum praetor aut pro consule in balneum vel in theatrum eat. Gajus, Inst. I § 18—§ 20.

Item eadem lege minori viginti annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium justa causa manumissionis adprobata fuerit. — Justae autem causae manumissionis sunt veluti si quis patrem aut matrem aut paedagogum aut contactaneum manumittat. Sed et illae causae quas superius in servo minore triginta annorum exposuimus, ad hunc quoque casum de quo loquimur, adferri possunt. Item ex diverso haec causae quas in minore viginti annorum domino rettulimus, porrigi possunt et ad servum minorem triginta annorum. — Et quamvis Latinum facere velit minor viginti annorum dominus, tamen nihilo minus debet apud consilium causam probare, et ita postea inter amicos manumittere. Gajus, Inst. I §§ 38, 39, 41.

Sciendum est, qualiscumque causa probata sit et recepta, libertatem tribuere oportere: nam divus Pius rescripsit causas probatas revocari non oportere, dum ne alienum servum possit quis manumittere: nam causae probationi contradicendum, non etiam causa jam probata retractanda est. Marcian. l. 9 § 1 D. de manum. vind. (XXX, 2).

Illud in causis probandis meminisse judices oportet, ut non ex luxuria, sed ex affectu descendentes causas probent: neque enim delictis, sed justis affectionibus dedisse justam libertatem legem Aelian Sentiam credendum. Ulp. l. 16 pr. D. cod.

3^o. Zwaar bestrafte slaven kunnen door vrijlating geene burgers worden, maar komen in gelijken toestand als de overwonnen volken, die zich op genade of ongenade aan de Romeinen hebben overgegeven (*peregrini dedilicii*).

Lege itaque Aelia Sentia cavetur, ut qui servi a dominis poenae nomine vineti sint, quibusve stigmata inscripta sint, deve quibus ob noxam quaestio tormentis habita sit et in ea noxa fuisse convicti sint, quive ut ferro aut cum bestiis depugnantur traditi sint, inve ludum custodiamve coniecti fuerint, et postea vel ab eodem domino vel ab alio manumissi, ejusdem condicionis liberi fiant, ejus condicionis sunt peregrini dediticii. — Vocantur autem peregrini dediticii hi qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, deinde victi se dederunt. — Hujus ergo turpitudinis servos quocumque modo et ejuscumque aetatis manumissos, etsi pleno jure dominorum fuerint, numquam aut cives Romanos aut Latinos fieri dicemus, sed omni modo dediticiorum numero constitui intellegemus. Gajus, Inst. I § 13—§ 15.

Hi vero qui dediticiorum numero sunt, nullo modo ex testamento capere possunt, non magis quam quilibet peregrinus, nec ipsi testamentum facere possunt secundum id quod magis placuit. — Pessima itaque libertas eorum est qui dediticiorum numero sunt; nec ulla lege aut senatusconsulto aut constitutione principali aditus illis ad civitatem Romanam datur. — Quin etiam in urbe Roma vel intra centesimum urbem Romae miliarium morari prohibentur; et si qui contra ea fecerint, ipsi bonaque eorum publice venire jubentur ea condicione, ut ne in urbe Roma vel intra centesimum urbem Romae miliarium serviant neve unquam manumittantur; et si manumissi fuerint, servi populi Romani esse jubentur. Et haec ita lege Aelia Sentia comprehensa sunt. Gajus, Inst. I § 25—§ 27.

4^o. De vrijlating is nietig, wanneer zij geschiedt ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers (verg. hieronder § 201, n^o. 5), d. w. z. indien de vrijlater de bedoeling heeft zijne schuldeischers te benadeelen, en deze zelfde schuldeischers inderdaad benadeeld zijn.

a. Pauliana.

Non tamen cuicumque volenti manumittere licet. — Nam is qui in fraudem creditorum vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem. Gajus, Inst. I § 36, § 37.

In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse. Saepe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Quod frequenter accidit his, qui transmarinas negotiationes et aliis regionibus, quam in quibus ipsi morantur, per servos atque libertos exercent: quod saepe, adtritris istis negotiationibus longo tempore, id ignorant et manumittendo sine fraudis consilio indulgent servis suis libertatem. Gajus l. 10 D. qui et a quib. manum. (XXXX, 9).

Si quis, cum haberet Titium creditorem et sciret se solvendo non esse, libertates dedit testamento, deinde dimisso Titio postea Sempronium creditorem habere coeperit et eodem testamento manente decesserit: libertates datae ratae esse debent, etsi hereditas solvendo non sit, quia, libertates ut rescindantur, utrumque in eorundem persona exigimus et consilium et eventum et, si quidem creditor, ejus fraudandi consilium initum erat, non fraudatur, adversus eum qui fraudatur consilium initum non est. Libertates itaque ratae sunt, Julian. l. 15 D. quae in fraud. cred. (XXXII, 8).

nisi priores pecunia posteriorum dimissi probentur. Paul. l. 16 D. eod.

Op alle deze beperkingen kent de lex Aelia Sentia ééne uitzondering, namelijk voor het geval, dat een met schulden bezwaarde erflater zijn slaaf tot erfgenaam instelt, opdat het goed niet op zijn naam zou behoeven verkocht te worden.

Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus, ideo sic appellatus, quia sive velit sive nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est. — Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut

secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius hujus heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est ut ignominia quae accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum cum esse ignominia, quia non suo vitio sed necessitate juris bonorum venditionem pateretur; sed alio jure utimur. — Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur; et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona ejus non venient, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit adquisitum, velut si Latinus adquisierit, locupletior factus sit: cum ceterorum hominum, quorum bona venierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona venire solent. Gajus, Inst. II § 153—§ 155.

Ab eo domino qui solvendo non est servus testamento liber esse jussus et heres institutus, et si minor sit triginta annis vel in ea causa sit, ut dediticius fieri debeat, civis Romanus et heres fit: si tamen alius ex eo testamento nemo heres sit. Quod si duo pluresve liberi heredesque esse jussi sint, primo loco scriptus liber et heres fit, quod et ipsum lex Aelia Sentia facit. Ulp. Fragm., I § 14.

Si is qui solvendo non est servus cum libertate heredem instituerit et liberum substituerit, ante incipiendum erit a substituto: lex enim Aelia Sentia ita demum ei, qui in fraudem creditorum heres institutus est conservat libertatem, si nemo alius ex eo testamento heres esse potest. Paul. l. 58 D. de hered. inst. (XXVIII, 5).

Wanneer — het zoeven onder 4^o. genoemde geval daargelaten — iets aan de vrijlating ontbrak, hetzij dat de heer niet civielrechtelijk eigenaar was, of dat niet een der vormelijke wijzen van vrijlating was aangewend, of dat de slaaf nog niet den vereischten leeftijd had bereikt, dan werd de vrijgelatene geen Romeinsch burger. Rechtens bleef hij slaaf, maar feitelijk werd hij, onder bescherming van den praetor, als vrij beschouwd. De toestand dezer personen werd nader geregeld bij de lex Junia Norbana (door sommigen op 19 n. C., door anderen op omstreeks 25 v. C. gesteld). Volgens die wet zouden de onvolkomen vrijgelatenen gelijkstaan met de *Latini coloniarii*, d. i. met de vrije burgers, die de Latijnsche koloniën van jongeren datum hadden gevestigd. Als *Latini Juniani* zouden zij in een toestand verkeeren tusschen dien der burgers en der vreemdelingen. Hunne rechtsbevoegdheid was beperkt; zij konden b. v. geen testament maken en bij hun dood verviel hun vermogen aan den patroon of diens erfgenamen, even alsof zij slaven waren gebleven; „licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant” (§ 4 I. de succ. libert., III, 7). Den *Latinus* stonden verschillende wegen open om het Romeinsche burgerrecht te verwerven.

Quae pars juris ut manifestior fiat, admonendi sumus, id quod alio loco diximus, eos qui nunc Latini Juniani dicuntur, olim ex jure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos; unde etiam res eorum peculii jure ad patronos pertinere solita est; postea vero per legem Juniam eos omnes quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Junianos: Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit atque si essent cives Romani ingenui qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini coloniarii esse coeperunt; Junianos ideo, quia per legem Juniam liberti facti sunt, etiamsi non essent

cives Romani. Legis itaque Juniae lator cum intellexeret futurum ut ea fictione res Latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent, quia scilicet neque ut servi decederent, ut possent jure peculii res eorum ad patronos pertinere, neque liberti Latini hominis bona possent manumissionis jure ad patronos pertinere, necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in injuriam patronorum converteretur, cavere voluit, ut bona eorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset: itaque jure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores ea lege pertinent. Gajus, Inst. III § 56.

Antea enim una libertas erat et manumissio fiebat vindicta vel testamento vel censu et civitas Romana competeat manumissis: quae appellatur justa manumissio. Hi autem, qui domini voluntate in libertate erant, manebant servi: sed si manumissores ausi erant in servitutem denuo eos per vim ducere, interveniebat praetor et non patiebatur manumissum servare. Omnia tamen quasi servus adquirebat manumissori, velut si quid stipulabatur vel mancipio accipiebat vel ex quacumque causa alia adquisierat, domini hoc faciebat, id est manumissi omnia bona ad patronum pertinebant. — Sed nunc habent propriam libertatem qui inter amicos manumittuntur, et fiunt Latini Juniani, quoniam lex Junia, quae libertatem eis dedit, exaequavit eos Latinis coloniariis, qui cum essent cives Romani liberti, nomen suum in coloniam dedissent. Fragm. Dosit. § 5, § 6.

Latinus Junianus, item is qui dediticiorum numero est testamentum facere non potest: Latinus quidem, quoniam nominatim lege Junia prohibitus est, is autem qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut secundum leges civitatis suae testetur. Ulp. Fragm., XX § 14.

Latinus Junianus si quidem mortis testatoris tempore vel intra diem cretionis civis Romanus sit, heres esse potest: quod si Latinus manserit, lege Junia capere hereditatem prohibetur. Idem juris est in persona caelibis propter legem Juliam. Ulp. Fragm., XXII § 3.

Latini jus Quiritium consequuntur his modis: beneficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, aedificio, pistrino: praeterea ex senatus consulto vulgo quae sit ter enixa. — Liberis jus Quiritium consequitur Latinus, qui minor triginta annorum manumissionis tempore fuit. Nam lege Junia cautum est, ut si civem Romanam vel Latinam uxorem duxerit, testatione interposita, quod liberorum quaerendorum causa uxorem duxerit, postea filio filiae nato natave et anniculo facto possit apud praetorem vel praesidem provinciae causam probare et fieri civis Romanus tam ipse quam filius filiae ejus et uxor, scilicet si et ipsa Latina sit: nam si uxor civis Romana sit, partus quoque civis Romanus est ex senatus consulto, quod auctore divo Hadriano factum est. — Militia jus Quiritium accipit Latinus, si inter vigiles Romae sex annis militaverit, ex lege Visellia. Praeterea ex senatus consulto concessum est ei, ut, si triennio inter vigiles militaverit, jus Quiritium consequatur. — Nave Latinus civitatem Romanam accipit, si non minorem quam decem milium modiorum navem fabricaverit et Romam sex annis frumentum portaverit, ex edicto divi Claudii. Ulp. Fragm., III § 1, § 3, § 5, § 6.

Justinianus heeft deze geheele regeling hervormd en belangrijk vereenvoudigd. De lex Fufia Caninia werd opgeheven. Wijders werd bepaald, dat de jeugdige leeftijd van den slaaf geen beletsel meer zou zijn voor de verkrijging van het burgerrecht; de heer zou slechts zeventien jaren — volgens Nov. 119, cap. 2 slechts veertien jaren — oud behoeven te zijn om geldig te kunnen vrijlaten. De tusschentoestanden der *dediticii* en *Latini Juniani* werden afgeschaft. Alle vrijgelatenen zouden het volle burgerrecht verkrijgen (zie hierboven § 36, aan het slot).

Zie I. un. C. de lege Fuf. Canin. toll. (VII, 3).

I. un. C. de dedit. lib. toll. (VII, 5).

I. un. C. de Lat. lib. toll. (VII, 6).

Si quis servo suo libertatem imponat sive in ecclesia sive ad quaecumque tribunal vel apud eum, qui libertatem imponere legibus habet licentiam, sive in testamento vel alio ultimo elogio directam vel fideicommissariam, nullo coartetur modo eorum qui ad libertatem veniunt aetatem requirere. Neque enim eum tantummodo civitatem Romanam adipisci volumus, qui major triginta annis extitit, sed quemadmodum in ecclesiasticis libertatibus non est hujusmodi aetatis differentia, ita in omnibus libertatibus, quae a dominis imponuntur sive in extremis dispositionibus sive per iudices vel alio legitimo modo, hoc observari sancimus, ut sint omnes cives Romani constituti: ampliandam enim magis civitatem nostram quam minuendam esse censemus. Justinian. I. 2 C. comm. de manum. (VII, 15).

§ 42. HET PATRONAATSRECHT.

Na de vrijlating blijft de vrijgelatene onder het patronaat van zijn gewezen heer, aan wien hij zijne persoonlijkheid verschuldigd is. De grondtoon van deze betrekking, die vergeleken wordt met die tusschen vader en kind, is eerbied, dankbaarheid en piëteit van den kant van den vrijgelatene, hulp en bescherming van den kant van den patroon.

Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet. Ulp. I. 9 D. de obseq. (XXXVII, 15).

De verplichtingen van den vrijgelatene en de rechten van den patroon zijn hoofdzakelijk de volgende:

1^o. de vrijgelatene mag zijn patroon niet in rechte dagvaarden zonder verlof van den praetor. Onteerende acties (zie hieronder § 107, n^o. 19) mag hij slechts in buitengewoon ernstige gevallen tegen zijn patroon instellen;

Praetor ait: „parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae in jus sine permissu meo ne quis vocet.” Ulp. I. 4 § 1 D. de in jus voc. (II, 4).

Praetor ait: „in jus nisi permissu meo ne quis vocet”. Permissurus enim est, si famosa actio non sit vel pudorem non suggilat, qua patronus convenitur vel parentes. Et totum hoc causa cognita debet facere: nam interdum etiam ex causa famosa, ut Pedius putat, permittere debet patronum in jus vocari a liberto: si eum gravissima injuria adfecit, flagellis forte cecidit. Ulp. I. 10 § 12 D. cod.

Sed nec famosae actiones adversus eos dantur, nec haec quidem, quae doli vel fraudis habent mentionem, Ulp. I. 5 § 1 D. de obseq. (XXXVII, 15).

licet famosae non sint. — Nec exceptiones doli patiuntur vel vis metusve causa, vel interdictum unde vi vel quod vi patiuntur. Ulp. I. 7 pr., § 2 D. cod.

2^o. de vrijgelatene mag zich niet onttrekken aan de waarneming der voogdij over de kinderen van den patroon. Maakt hij zich bij die voogdij aan ontrouw schuldig, dan wordt hij strenger behandeld dan een andere voogd (zie hieronder § 140);

De libertis quoque, quamvis multa privilegia excusationum praetendant, tamen a patroni sui liberorum tutela non excusantur. Fragm. Vat. § 152.

Ingratus libertus est, qui patrono obsequium non praestat vel res ejus filiorumve tutelam administrare detractat. Paul. I. 19 D. de jure patron. (XXXVII, 14).

Libertus quoque si fraudulenter gessisse tutelam filiorum patroni probetur, ad praefectum urbis remittetur puniendus. Ulp. I. 2 D. de susp. (XXVI, 10).

3^o. de patroon geniet tegenover den vrijgelatene het voorrecht, dat hij niet verder tot vervulling zijner verbintenis wordt veroordeeld dan, met behoud van het voor hem zelf noodige, zijn vermogen reikt (zoog. *beneficium competentiae*, zie hieronder § 210);

Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est non deducto aere alieno. Et quidem sunt hi fere. Qui pro socio conveniuntur (socium autem omnium bonorum accipiendum est): item parens: Ulp. l. 16 D. de re jud. (XXXXII, 1).

patronus patrona liberique eorum et parentes: item maritus de dote in id quod facere potest convenitur. Ulp. l. 17 D. eod.

4^o. als de patroon onvermogend wordt, heeft hij aanspraak op onderhoud door zijn vrijgelatene;

Solent iudices cognoscere et inter patronos et libertos, si alendis his agatur: itaque si negent se esse liberos, cognoscere eos oportebit: quod si liberos constiterit, tunc demum decernere, ut alant: nec tamen alimentorum decretum tollet liberto facultatem, quo minus praedictum certare possit, si libertum se neget. — Alimenta autem pro modo facultatum erunt praebenda, egentibus scilicet patronis: ceterum si sit unde se exhibeant, cessabunt partes iudicis. Ulp. l. 5 § 18, § 19 D. de agnose. et alend. lib. (XXV, 3).

5^o. de patroon en zijne kinderen hebben een wettelijk erfrecht op den boedel van den vrijgelatene (zie daarover nader in het Erfrecht) en oefenen over hem de wettelijke voogdij uit (zie hieronder § 137).

Inst. Lib. 3, Tit. 7: de succ. libert.

Lib. 1, Tit. 17: de leg. patron. tut.

Komt de vrijgelatene zijne verplichtingen niet na, dan wordt hij door den magistraat gestraft. Bij grove ondankbaarheid kan hij zelfs in de slavernij worden teruggebracht (zie hierboven § 38).

Praeterea illo spectat dici certum de injuria, quam passus quis sit, ut ex qualitate injuriae sciamus, an in patronum liberto reddendum sit injuriarum iudicium. Etenim meminisse oportebit liberto adversus patronum non quidem semper, verum interdum injuriarum dari iudicium, si atrox sit injuria quam passus sit, puta, si servilis. Ceterum levem coercitionem utique patrono adversus libertum dabimus nec patietur eum praetor querentem, quasi injuriam passus sit, nisi atrocitas eum moverit: nec enim ferre praetor debet heri servum, hodie liberum conquerentem, quod dominus ei convicium dixerit vel quod leviter pulsaverit vel emendaverit. Sed si flagris, si verberibus, si vulneravit non mediocriter, acquissimum erit praetorem ei subvenire. Ulp. l. 7 § 2 D. de injur. (XXXVII, 10).

Cum patronus contemni se a liberto dixerit vel contumeliosum sibi libertum queratur vel convicium se ab eo passum liberosque suos vel uxorem vel quid huic simile obicit: praefectus urbi adiri solet et pro modo querellae corrigere eum. Aut comminari aut fustibus castigare aut ulterius procedere in poena ejus solet: nam et puniendi plerumque sunt liberti. Certe si se delatum a liberto vel conspirasse eum contra se cum inimicis doceat, etiam metalli poena in eum statui debet. Ulp. l. 1 § 10 D. de off. praef. urb. (I, 12).

Terwijl in het algemeen de vrijgelatene tot dienstbetoon verplicht is, natura operas patrono libertus debet, kan de patroon nog bijzondere, door eene actie te handhaven rechten verkrijgen, als de vrijgelatene zich bij of na de vrijlating, door eene beëdigde belofte (zie hieronder

§ 188) of bij stipulatie, tot zekere praestatiën, geschenken of diensten, verbindt. Tegen daarbij voorkomende misbruiken waakt de praetor.

Hoc edictum a praetore propositum est honoris, quem liberti patronis habere debent, moderandi gratia. Namque ut Servius scribit, antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducentur. — Et quidem primus praetor Rutilius edixit se amplius non daturum patrono quam operarum et societatis actionem, videlicet si hoc pepigisset, ut, nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus. — Posteriores praetores certae partis bonorum possessionem pollicebantur: videlicet enim imago societatis induxit ejusdem partis praestationem, ut, quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret. Ulp. l. 1 D. de bon. lib. (XXXVIII, 2).

Quae onerandae libertatis causa stipulatus sum, a liberto exigere non possum. Onerandae autem libertatis causa facta bellissime ita definiuntur, quae ita imponuntur, ut, si patronum libertus offenderit, petantur ab eo semperque sit metu exactionis ei subjectus, propter quem metum quodvis sustineat patrono praecipiente. Ulp. l. 1 § 5 D. quar. rer. act. (XXXIV, 5).

„Qui libertinus duos pluresve a se genitos natusve in sua potestate habebit praeter eum, qui artem ludicram fecerit quive operas suas ut cum bestiis pugnaret locaverit: ne quis eorum operas doni muneris aliudve quicquam libertatis causa patrono patronae liberisve eorum, de quibus juraverit vel promiserit obligatusve erit, dare facere praestare debeto.” Paul. l. 37 pr. D. de oper. lib. (XXXVIII, 1).

Het patronaatsrecht gaat, bij den dood van den patroon, over op zijne kinderen. Hij kan het echter aan een of meer hunner toewijzen. Het strekt zich niet uit over de kinderen van den vrijgelatene.

Inst. Lib. 3, Tit. 8: de adsign. libert.

Het patronaatsrecht gaat verloren, wanneer de patroon het burgerrecht verliest, wanneer hij de op hem rustende verplichtingen jegens den vrijgelatene schendt, of — vóór Justinianus — wanneer deze van den Keizer de *natalium restitutio* verkrijgt (zie hierboven § 36, aan het slot).

Qui contra legem Aeliam Sentiam ad jurandum libertum adegit, nihil juris habet nec ipse nec liberi ejus. Paul. l. 15 D. de jure patron. (XXXVII, 14).

Si quis libertam sic jurejurando adegit „ne illicite nubat”, non debere incidere in legem Aeliam Sentiam. Sed si „intra certum tempus ne ducat” „neve aliam, quam de qua patronus consenserit” vel „non nisi conlibertam” aut „patroni cognatam”, dicendum est incidere eum in legem Aeliam Sentiam nec ad legitimam hereditatem admitti. Ulp. l. 3 § 5 D. de suis (XXXVIII, 16).

Qui, cum major natu esset quam viginti quinque annis, libertum capitis accusaverit aut in servitutem petierit, removetur a contra tabulas bonorum possessione. Ulp. l. 14 pr. D. de bon. lib. (XXXVIII, 2).

Imperatoris nostri rescripto cavetur, ut, si patronus libertum suum non aluerit, jus patroni perdat. Marcian. l. 5 § 1 D. de jure patron. (XXXVII, 14).

§ 43. EENIGE AAN SLAVERNIJ VERWANTE TOESTANDEN.

Over sommige toestanden, die bijzondere soorten van slavernij vormen of met de slavernij overeenkomst vertoonen, is reeds in de vorige §§ gesproken, zoo over de *statuliberi*, de *dediticii*, de *Latini Juniani*. Hier worden nog enkele andere vermeld.

1^o. *Nexus* is naar het oude recht de schuldenaar, die zich in plechtigen vorm heeft verbonden en zijne schuld niet voldoet. In het algemeen noemt men *nexum* elke handeling, waarbij toeweging van kopergeld te pas komt; in het bijzonder heet zoo de verbintenis uit geldleening, op die wijze aangegaan. Bij deze rechtshandeling spreekt degene die het geld ter leen geeft en uitbetaalt ongeveer aldus: „quod ego tibi mille asses hoc aere aeneaque libra nexos dedi, eos tu mihi post annum cum faenore unciario dare damnas esto” (zie hieronder § 183 en § 212). De alzoo gevestigde verbintenis is eene bijzonder krachtige. De debiteur geldt als veroordeeld; de schuldeischer behoeft niet eerst een vonnis tegen hem te verkrijgen. De schuld wordt op den persoon des schuldenaars ten uitvoer gelegd (*legis actio per manus injectionem*, zie hieronder § 102 en § 117). Betaalt hij niet, of springt niet een derde voor hem in de bres, dan loopt de executie feitelijk op slavernij voor hem uit.

Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur, id quod neci dicitur; quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio. Festus, in v^o. Nexum.

Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur. Festus, in v^o. Nexum aes.

*Nexum Mamilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeter quae mancipia dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit, nam id est, quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Liber, qui suas operas in servitum pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret; et omnes, qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi, dissoluti. Varro, de L. L., VII, 105 (Bruns, *Fontes juris*, bl. 386).*

Confessi igitur aeris ac debiti iudicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa, quam dissolverent, eosque dies decemviri „justos” appellaverunt, velut quoddam justitium, id est juris inter eos quasi interstitutionem quandam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi jure posset. — Post deinde, nisi dissolverant, ad praetorem vocabantur et ab eo quibus erant iudicati addicebantur, nervo quoque aut compedibus vinciebantur. — Sic enim sunt, opinor, verba legis: Aeris confessi rebusque jure iudicatis triginta dies justi sunt. Post deinde manus injectio esto, in jus ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in jure vindicet, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus. Quindecim pondo ne minore aut si volet majore vincito. Si volet suo vivo. Ni suo vivit, qui eum vincitum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet plus dato. — Erat autem jus interea paciscendi ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. — Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaecque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertius autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant. — Sed eam capitis poenam sancienda, sicuti dixi, fidei gratia horrificam atrocitatis ostentu novisque terroribus metuendam reddiderunt. Nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare, si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. — Et quidem verba ipsa legis dicam, ne existimes invidiam me istam forte formidare: Tertius, inquit, nundinis partis secanto. Si plus minusve securerunt, se fraude esto. Gellius, N. A. XX, 1 §§ 42—49.

Per manus injectionem atque de his rebus agebatur de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, veluti iudicati lege XII tabularum. Quae actio talis erat:

qui agebat, sic dicebat: „quod tu mihi iudicatus (sive damnatus) es sestertium X milia, quandoe non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio”, et simul aliquam partem corporis ejus prehendebat. Nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere; sed vindicem dabat qui pro se causam agere solebat; qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur. Gajus, Inst. IV § 21.

Sedert de vierde eeuw vóór Chr. is door eene reeks wetten de harde toestand der schuldenaren verzacht. Met name heeft de Lex Poetelia (omstreeks 313 v. C.) de strengheid der ten uitvoerlegging verminderd en de executoriale kracht van het *nexum* opgeheven. Livius (VIII, 28) noemt ze: aliud initium libertatis. Allengs verdween het *nexum*, nu het zijne eigenaardige beteekenis had verloren; in het Justiniaansche recht komt het in het geheel niet meer voor.

2º. *Mancipium* is eene eigenaardige betrekking van ondergeschiktheid en dienstbaarheid, waarin oudtijds een Romeinsche burger in eene hem vreemde *familia* kon verkeerden. Deze toestand houdt het midden tusschen vrijheid en slavernij. Degene, die zich in *mancipio* bevindt, blijft vrij; een geldig huwelijk kan hij aangaan; doch ten aanzien van het vermogensrechtelijk verkeer staat hij gelijk met een slaaf en verkrijgt alles voor den machthebber. Het *mancipium* ontstaat:

a. doordien de vader het kind dat aan zijne *potestas* of de vrouw die aan zijne *manus* is onderworpen aan een ander verkoopt (zie hieronder § 131);

b. doordien hij zijn kind of vrouw, die aan een ander schade hebben toegebracht, aan den benadeelde als vergoeding overgeeft (*noxae datio*, zie hieronder § 131);

c. bloot voor den vorm als doorgangsperiode bij de adoptie en emancipatie (zie hieronder § 133).

Uit het Justiniaansche recht zijn alle deze gevallen en daarmede de geheele instelling verdwenen.

Omnes igitur liberorum personae, sive masculini sive feminini sexus, quae in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt. — Idem juris est in earum personis quae in manu sunt. . . . — Plerumque vero tum solum et a parentibus et a coemptionatoribus mancipantur, cum velint parentes coemptionatoresque ex suo jure eas personas dimittere, sicut inferius evidentius apparebit. — Hi qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui juris fiunt. — Nec tamen in hoc casu lex Aelia Sentia locum habet. Itaque nihil requirimus, cujus aetatis sit is qui manumittit et qui manumittitur; ac ne illud quidem, an patronum creditoremve manumissor habeat. Ac ne numerus quidem lege Fufia Caninia finitus in his personis locum habet. — In summa admonendi sumus adversus eos quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere; alioquin injuriam tenebimur. Ac ne diu quidem in eo jure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento, nisi scilicet ex noxali causa mancipentur. Gajus, Inst. I § 117, § 118, § 118a, § 138, § 139, § 141.

Per hominem liberum noxae deditum si tantum acquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a praetore qui noxae deditum accepit: sed fiduciae iudicio non tenetur. Coll., II, 3.

3^o. In den Keizertijd ontstaan verschillende soorten lijfeigenschap of hoorigheid, die sedert Konstantijn worden geregeld. De hoorigen (*coloni, inquilini, adscripticii, glebae adscripti*) zijn in hunne vrijheid beperkt, doordien zij aan een bepaald stuk grond verbonden zijn, daarmede versterven en vervreemd worden, en verplicht zijn dat erf te bebouwen en eene jaarlijksche, onveranderlijke pacht te betalen, in geld of meestal in vruchten. Zij hebben een eigen vermogen, doch mogen daarover niet beschikken zonder toestemming van den grondeigenaar.

§ 44. BURGERS EN VREEMDELINGEN.

Oudtijds bestaat er, ook in het privaatrecht, verschil tusschen burgers en vreemdelingen. Alleen de eersten hebben de volle rechtsbevoegdheid; zij alleen kunnen deelnemen aan de eigenaardig Romeinsche rechtsbetrekkingen (*jus civile*, zie hierboven § 10). Daarentegen staat, ten aanzien van de rechtshandelingen, die tot het *jus gentium* gerekend worden, de vreemdeling met den burger gelijk.

Conubium est uxoris jure ducendae facultas. — Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis: cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. — Cum servis nullum est conubium. Ulp. Fragm., V §§ 3—5.

Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos colonarios Latinosque Junianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est. — Commercium est emendi vendendique invicem jus. Ulp. Fragm., XIX §§ 4, 5.

Het burgerrecht wordt verkregen:

- 1^o. door geboorte uit eene Romeinsche vrouw (zie hierboven § 36);
- 2^o. door eene aan de gestelde vereischten voldoende vrijlating (zie hierboven § 40, § 41);
- 3^o. door toekenning krachtens eene algemeene of bijzondere wet, of door den Keizer;
- 4^o. voor de *Latini*, op de wijzen hierboven § 41 bl. 89 aangestipt.

Conubio interveniente liberi semper patrem sequuntur: non interveniente conubio matris conditioni accedunt, excepto eo qui ex peregrino et cive Romana peregrinus nascitur, quoniam lex Minicia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi jubet. Ulp. Fragm., V § 8.

Het burgerrecht gaat verloren (*media capitis deminutio*, zie hierboven § 35):

- 1^o. door aanneming van het burgerschap in een anderen Staat;
- 2^o. door verbanning (*aquae et ignis interdictio, deportatio*).

Nam, cum ex nostro jure duarum civitatum nemo esse possit, tum amittitur haec civitas denique, cum is, qui profugit, receptus est in exilium, hoc est in aliam civitatem. Cic., Or. pro Caecina, c. 34 § 100.

Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas amittitur, libertas retinetur; quod accidit ei cui aqua et igni interdictum fuerit. Gajus, Inst. I § 161.

Constat, postquam deportatio in locum aquae et ignis interditionis successit, non prius amittere quem civitatem, quam princeps deportatum in insulam statuerit: praesidem enim deportare non posse nulla dubitatio est. Sed praefectus urbi jus

habet deportandi statimque post sententiam praefecti amisisse civitatem videtur. Ulp. l. 2 § 1 D. de poen. (XXXXVIII, 19).

Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt, quaedam non capitalia. Capitalia sunt, ex quibus poena mors aut exilium est, hoc est aquae et ignis interdictio: per has enim poenas eximitur caput de civitate. Nam cetera non exilia, sed relegationes proprie dicuntur: tunc enim civitas retinetur. Non capitalia sunt, ex quibus pecuniaria aut in corpus aliqua coercitio poena est. Paul. l. 2 D. de publ. iud. (XXXXVIII, 1).

Inter eum qui in insulam relegatur et eum qui deportatur magna est differentia, ut ait Herennius: primo quia relegatum bona sequuntur, nisi fuerint sententia adempta, deportatum non sequuntur, nisi palam ei fuerint concessa: ita fit, ut relegato mentionem bonorum in sententia non haberi prosit, deportato noceat. Item distant etiam in loci qualitate, quod cum relegato quidem humanius transigitur, deportatis vero hae solent insulae adsignari, quae sunt asperrimae quaeque sunt paulo minus summo supplicio comparandae. Fragm. Modestini.

In het latere Romeinsche Recht is elk onderscheid tusschen burgers en vreemdelingen weggevallen. Alleen de eigenaardige toestand der *dedicium* en *Latini Juniani* heeft tot Justinianus voortbestaan (zie hierboven § 41).

In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt. Ulp. l. 17 D. de statu hom. (I, 5).

§ 45. ZELFSTANDIGE EN AFHANKELIJKE PERSONEN. DE ROMEINSCHE FAMILIE.

Bij de Romeinen omvat *familia* alle personen — in ruimeren zin ook alle zaken —, die aan de heerschappij van een zelfstandig burger zijn onderworpen. Ieder Romein heeft zijne familie, of als zelfstandig hoofd (*pater familias, sui juris persona*), of als ondergeschikt aan de heerschappij van het hoofd der familie (*filius familias, uxor in manu, alieno juri subjecta persona*). Op ouderdom of kunne komt het daarbij niet aan: ook het volwassen en gehuwde kind, al heeft het zelf weder kinderen, kan onder de vaderlijke macht staan, terwijl omgekeerd onmondige kinderen zelfstandig kunnen zijn, bijv. wanneer zij buiten huwelijk of na den dood des vaders zijn geboren.

De plaats, welke iemand, hetzij als zelfstandig persoon, hetzij als afhankelijk lid, in de familie inneemt, heet zijn *status familiae*. Die plaats bepaalt zijne privaatrechtelijke bevoegdheid. Wie aan de macht van een ander is onderworpen, kan niets voor zich zelf verkrijgen; hij kan geen huwelijk sluiten zonder toestemming van den machthebber; zijne in wettig huwelijk geboren kinderen staan onder de macht van hun grootvader, zoolang deze leeft. Aldus het beginsel, dat echter in den lateren tijd niet onveranderd is gehandhaafd.

Niet de bloedverwantschap, maar de vaderlijke macht (*patria potestas*) is de band, die de leden der familie vereenigt (zie hieronder § 55). Wie uit de familie treedt, verliest de familierechten, die hij tot dusver had (*capitis deminutio minima*).

De familie kan, behalve op natuurlijke wijze, ook langs kunstmatigen, juridieken weg worden uitgebreid of verkleind. De familie wordt uitge-

breid door de volgende rechtshandelingen, waardoor personen, die niet ten gevolge van huwelijk en afstamming tot de familie behooren, daarin worden opgenomen: 1^o. *arrogatio*, ten aanzien van zelfstandige personen, die zich met hunne kinderen aan de vaderlijke macht van een Romeinsch burger onderwerpen (zie hieronder § 133); 2^o. *adoptio*, ten aanzien van afhankelijke personen, die in eene andere vaderlijke macht worden overgebracht (zie t. z. p.); 3^o. *in manum conventio*, ten aanzien van de vrouw, die in het huwelijk treedt en in de macht overgaat van haren man (zie hieronder § 122); 4^o. *legitimatio*, met betrekking tot onwettige kinderen (zie hieronder § 133).

Door *emancipatio* en *in adoptionem datio* wordt voor bepaalde personen de vaderlijke macht en daarmee de familieband verbroken; zij treden uit de familie, in het eerste geval om zelf eene familie te vestigen, in het tweede om in eene andere familie over te gaan.

Een en ander wordt in het familierecht (Bijz. Ged., Hoofdst. I) nader behandeld.

Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juri subjectae sunt. — Rursus earum personarum quae alieno juri subjectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt. Gajus, Inst. I § 48, § 49.

Nam civium Romanorum quidam sunt patres familiarum, alii filii familiarum, quaedam matres familiarum, quaedam filiae familiarum. Patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes: simili modo matres familiarum; filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena potestate. Nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est: item qui ex filio meo et uxore ejus nascitur, id est nepos meus et neptis, aequè in mea sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri. Ulp. l. 4 D. de his qui sui (I, 6).

„Familiae” appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis „adgnatus proximus familiam habeto”. Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: „ex ea familia”, inquit, „in eam familiam”: et hic de singularibus personis legem loqui constat. — Familiae appellatio refertur et ad corporis ejusdam significationem, quod aut jure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui juris effectus propriam familiam habet. Communi jure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt. Ulp. l. 195 § 1, § 2 D. de V. S. (L, 16).

§ 46. DE MIDDELEN TOT HANDHAVING VAN DEN STAAT.

Een onderzoek omtrent den staat, die aan een persoon toekomt, kan plaats hebben in het publiek belang, langs administratieven weg, wanneer
Rom. recht. I, 2e druk.

namelijk, met betrekking tot publiekrechtelijke bevoegdheden, aangaande den staat twijfel rijst. Ook privaatrechtelijk kan de staat van den mensch het onderwerp uitmaken van een rechtsstrijd. Vooreerst als incidenteele vraag, wanneer bij eene ingestelde vordering de staat van den eischer of van den gedaagde van invloed blijkt te zijn op de beslissing. Maar ook als hoofdvraag, waar eene procedure opzettelijk wordt aangevangen met het doel om eene rechterlijke uitspraak omtrent den staat te verkrijgen. Alleen het laatste geval komt hier nader ter sprake.

De rechtsstrijd over vrijheid of slavernij (*liberalis causa*) werd oudtijds gevoerd door middel van de *legis actio sacramento* (zie hieronder § 102). Degene, die beweert dat de man zijn slaaf is, eischt hem als den zijnen op (*vindicatio in servitute*); als vertegenwoordiger van hem, wiens vrijheid bestreden wordt, treedt een *adsertor libertatis* op (zie hierboven § 40, II, a) en houdt diens vrijheid staande (*contravindicatio in libertatem*).

In het Justiniaansche recht is de noodzakelijkheid van dezen *adsertor* weggefallen. Op wien in het proces de bewijslast rust, hangt daarvan af, of degene wiens staat in geschil is, zich feitelijk in het bezit der vrijheid of wel in den toestand van slavernij bevindt.

Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet: si vero ex libertate in servitute petatur, is partes actoris sustinet qui servum suum dicit. Igitur cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitute aut contra agatur. Et si forte apparuerit eum, qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse, is qui se dominum dicit actoris partes sustinebit et necesse habebit servum suum probare: quod si pronuntiatum fuerit eo tempore, quo lis praeparabatur, in libertate eum non fuisse aut dolo malo fuisse, ipse qui de sua libertate litigat debet se liberum probare. Ulp. l. 7 § 5 D. de lib. causa (XXXX, 12).

Quod autem diximus „in libertate fuisse” sic est accipiendum non ut se liberum doceat is, qui liberale iudicium patitur, sed in possessione libertatis sine dolo malo fuisse. . . . Ulp. l. 10 D. eod.

Ordinata liberali causa liberi loco habetur is, qui de statu suo litigat, ita ut adversus eum quoque, qui se dominum esse dicit, actiones ei non denegentur, quascumque intendere velit: quid enim si quae tales sint, ut tempore aut morte intereat? Quare non concedatur ei litem contestando in tutum eas redigere? Paul. l. 24 pr. D. eod.

Lite ordinata in possessione libertatis is, de cujus libertate quaeritur, constituitur et interim pro libero habetur. Diocl. et Maxim. l. 14 C. de lib. causa (VII, 16).

Ook over de vraag, of iemand vrijgeboren of vrijgelaten is, kan een proces gevoerd worden tusschen dengene, die op het patronaatsrecht aanspraak maakt, en hem die beweert vrijgeborene te zijn. Omtrent de verdeling der partijrollen en de regeling van den bewijslast geldt dezelfde onderscheiding, als zooeven werd aangewezen.

Quotiens de hoc contenditur, an quis libertus sit, sive operae petantur sive obsequium desideretur sive etiam famosa actio intendatur sive in jus vocetur qui se patronum dicit sive nulla causa interveniat, redditur praedictum. Sed et quotiens quis libertinum quidem se confitetur, libertum autem Gaji Seji se negat, idem praedictum datur. Redditur autem alterutro desiderante: sed actoris partibus semper qui se patronum dicit fungitur probareque libertum suum necesse habet aut, si non probet, vincitur. Ulp. l. 6 D. si ingen. (XXXX, 14).

Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est, quis actoris partibus fungatur. Et si quidem in possessionem libertinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere docereque se ingenuum esse: sin vero in possessione ingenuitatis sit et libertinus esse dicatur, scilicet ejus qui ei controversiam movet, hoc probare debet qui eum dicit libertum suum: quid enim interest, servum suum quis an libertum contendat? Si quis autem fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationes ad hoc, ut sententiam ferat pro ingenuitate facientem, hoc est, ingenuum se esse ut pronuntietur, an obtemperare ei debeat, tractari potest. Et non ab re esse opinor morem ei geri probandi se ingenuum et sententiam secundum se dandam, cum nulla captio intercedat juris. Ulp. l. 14 D. de probat. (XXII, 3).

Ne quorundam dominorum erga servos nimia indulgentia inquinaret amplissimum ordinem eo, quod paterentur servos suos in ingenuitatem proclamare liberosque judicari, senatus consultum factum est Domitiani temporibus, quo cautum est, ut, si quis probasset per collusionem quicquam factum, si iste homo servus sit, fieret ejus servus qui detexisset collusionem. Gajus l. 1 D. de collus. (XXXX, 16).

Eveneens is een geding mogelijk over de vraag, of iemand is zelfstandig of aan eens anders macht onderworpen (zie hieronder § 135), of hij is wettig of wel onwettig geboren.

Si filius in potestate patris esse neget, praetor cognoscit, ut prior doceat filius, quia et pro pietate quam patri debet praestare hoc statuendum est et quia se liberum esse quodammodo contendit: ideo enim et qui ad libertatem proclamat, prior docere jubetur. Paul. l. 8 D. de probat. (XXII, 3).

De rechtsvorderingen omtrent den staat der personen zijn praejudiciëel en onpersoonlijk; praejudiciëel — dewijl zij niet strekken om eene veroordeeling van den gedaagde, maar alleen om eene rechterlijke uitspraak te verkrijgen, die een toestand vaststelt en die later kan worden ingeroepen om daarop aanspraken te gronden (zie hieronder § 107, n^o. 12 en § 103, onder n^o. 3); onpersoonlijk — omdat men met deze acties zijn staat kan verdedigen en handhaven tegen een iegelijk, die dezen betwist of ontkent.

.... Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praejudicialibus formulis, qualis est qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures Gajus, Inst. IV § 44.

Praejudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quaeritur, an aliquis liber sit: ceterae ex ipsius praetoris jurisdictione substantiam capiunt. § 13 I. de act. (IV, 6).

§ 47. BURGERLIJKE EER. EERLOOSHEID.

De eer is de openbare achting en waardeering, die de mensch in de maatschappij ondervindt. Voor zoover het genot der burgerlijke rechten van haar afhankelijk is, noemt men ze, niet oneigenaardig: burgerlijke eer. Zij gaat geheel verloren door het verlies van vrijheid en burgerrecht; zij vermindert, wanneer sommige van iemands rechten worden beperkt of ontnomen.

Existimatio est dignitatis in laesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. — Minuitur existi-

matio, quotiens manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur: sicuti cum relegatur quis vel cum ordine movetur vel cum prohibetur honoribus publicis fungi vel cum plebejus fustibus caeditur vel in opus publicum datur vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur. — Consumitur vero, quotiens magna capitis minutio intervenit, id est cum libertas adimitur: veluti cum aqua et igni interdicitur, quae in persona deportatorum evenit, vel cum plebejus in opus metalli vel in metallum datur: nihil enim refert, nec diversa poena est operis et metalli, nisi quod refugae operis non morte, sed poena metalli subiciuntur. Callistr. l. 5 § 1—§ 3 D. de extr. cogn. (L, 13).

Reeds in de 12 Tafelen werd een begrip van eerloosheid opgesteld in deze woorden (Gellius, N. A. XV, 13 § 11): „qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobis instabilisque esto.” Wie daaronder viel, kon geen getuige zijn, geen testament maken noch iets uit een testament genieten. In meer of minder ernstigen graad werd verder de eer aangetast door eene berisping van den censor.

Cum lege quis instabilis iubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium. Gajus l. 26 D. qui test. (XXVIII, 1).

Si quis ob carmen famosum damnetur, senatus consulto expressum est, ut instabilis sit: ergo nec testamentum facere poterit nec ad testamentum adhiberi. Ulp. l. 18 § 1 D. eod.

Uitvoeriger regeling geeft de Praetor. In zijn Edict noemt hij eene reeks van personen, aan wien hij de bevoegdheid ontzegt om voor anderen in rechte op te treden (*postulare pro aliis*). Men kan daarbij twee groepen onderscheiden, naarmate de bedoelde achteruitzetting wordt vastgeknoopt, of 1^o. aan eene daad die de persoon heeft verricht of een toestand waarin hij verkeert, bijv. zijn beroep of levenswijze (*onmiddellijke eerloosheid*), of 2^o. aan een rechterlijk vonnis, waarbij hij is veroordeeld wegens een misdrijf, of wegens schending van sommige overeenkomsten, waarbij vertrouwen op den voorgrond staat (*middellijke eerloosheid*); zie ook hieronder § 107, n^o. 19. Uit deze bepaling ontwikkelt zich het begrip der eerloosheid (*infamia*). Daaraan worden verschillende gevolgen verbonden; zoo in het publieke recht verlies van de bevoegdheid om eereambten te bekleeden, in het privaatrecht beperking van de bekwaamheid om een huwelijk aan te gaan (zie hieronder § 124, II). In het Justiniaansche recht zijn deze gevolgen grootendeels verdwenen.

Praetoris verba dicunt: „infamia notatur¹⁾ qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eve, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praevagationisve causa quid fecisse iudicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, quae in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam

1) De woorden: *infamia notatur* zijn hoogst waarschijnlijk geïnterpoleerd.

virum eligeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu ejus, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: quive suo nomine non iussu ejus in cuius potestate esset, ejusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit." Julian. l. 1 D. de his qui not. (III, 2).

Eapropter tres fecit ordines: nam quosdam in totum prohibuit postulare, quibusdam vel pro se permisit, quibusdam et pro certis dumtaxat personis et pro se permisit. — Postulare autem est desiderium suum vel amici sui in jure apud eum, qui jurisdictioni praest, exponere: vel alterius desiderio contradicere. — At praetor: „Qui lege, plebis scito, senatus consulto, edicto, decreto principum nisi pro certis personis postulare prohibentur: hi pro alio, quam pro quo licebit, in jure apud me ne postulent." Hoc edicto continentur etiam alii omnes, qui edicto praetoris ut infames notantur, qui omnes nisi pro se et certis personis ne postulent. Ulp. l. 1 § 1, § 2, § 8 D. de postul. (III, 1).

Quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum; item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. Sed furti aut vi bonorum raptorum aut injuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatum exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit: sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio intervenire, ignominiosus esse dicitur. Gajus, Inst. IV § 182.

Omnes infames, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non posse etiam volentibus adversariis. Paul., Sent. I, 2 § 1.

Popularis actio integrae personae permittitur, hoc est cui per edictum postulare licet. Paul. l. 4 D. de pop. act. (XXXVII, 23).

Ook buiten de gevallen van door het recht geregelde eerloosheid komt het voor, dat iemand, die wegens zijn gedrag of levenswandel door de openbare meening wordt veroordeeld, in rechte bij anderen wordt achter gesteld. Zonder dat daaromtrent vaste regels bestaan, wordt bijv. zoodanig persoon minder geschikt geacht om tot voogd te worden benoemd; als getuige verdient hij minder geloof dan anderen (zie hieronder § 114); is hij tot erfgenaam ingesteld, dan kunnen zelfs broeders en zusters, die in het testament voorbijgegaan zijn, tegen dat testament opkomen.

Honori parentium ac patronorum tribuendum est, ut, quamvis per procuratorem iudicium accipiant, nec actio de dolo aut injuriarum in eos detur: licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam. Julian. l. 2 pr. D. de obseq. (XXXVII, 15).

Testium fides diligenter examinanda est. Ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio ejusque, utrum quis decurio an plebejus sit: et an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis: an locuples vel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat: vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat. Nam si careat suspicione testimonium vel propter personam a qua fertur (quod honesta sit) vel propter causam (quod neque lucri neque gratiae neque inimicitiae causa fit) admittendus est. Callistr. l. 3 pr. D. de test. (XXII, 5).

Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur: consanguinei autem durante vel non agnitione contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adsparguntur vel

liberti, qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum adsecuti instituti sunt, excepto servo necessario herede instituto. Constant. I. 27 C. de inoff. test. (III, 28).

§ 48. STAND.

In het algemeen zijn zoowel de stand, waartoe iemand behoort, als het beroep, dat hij uitoefent (zie echter hierboven § 47), zonder invloed op zijne rechtsbevoegdheid. Alleen voor geestelijken, soldaten, kooplieden, min-ontwikkelden (*rustici*), aanzienlijken (*personae illustres*) gelden enkele bijzondere bepalingen (zie bijv. hieronder §§ 68, 79, 138).

§ 49. GODSDIENST.

Oudtijds was te Rome de rechtsbevoegdheid onafhankelijk van den godsdienst; de vreemdeling werd niet om zijn godsdienst, maar om zijne nationaliteit van de rechtsgemeenschap uitgesloten. Eerst sedert de invoering van het Christendom als staatsgodsdienst door Konstantijn ontwikkelt zich het denkbeeld, dat verschil van godsdienstige gezindheid verschil in rechtsbevoegdheid moet te weeg brengen. Om volledige rechtsbevoegdheid te genieten moet men den Christelijken godsdienst belijden volgens de leer van den Keizer en de vier conciliën. Tegen kettters (*haeretici*) en afvalligen (*apostati*) worden harde bepalingen verordend. Vooral wordt hun recht om te erven en om uiterste wilsbeschikkingen te maken beperkt of opgeheven. De rechtsbevoegdheid der Joden blijft in het algemeen onverlet; doch zij mogen geen Christen slaven hebben en niet met Christenen huwen (zie hieronder § 124, IV).

Eis, qui Judaicam superstitionem sequuntur, divi Severus et Antoninus honores adipisci permiserunt, sed et necessitates eis imposuerunt, qui superstitionem eorum non laederent. Ulp. I. 3 § 3 D. de decur. (L, 2).

Cunctos populos, quos elementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat quamque pontificem Damasum sequi claret et Petrum Alexandriae episcopum virum apostolicae sanctitatis, hoc est ut secundum apostolicam disciplinam evangelicamque doctrinam patris et filii et spiritus sancti unam deitatem sub pari majestate et sub pia trinitate credamus. — Hanc legem sequentes Christianorum catholicorum nomen jubemus amplecti, reliquos vero dementes vesanosque judicantes haeretici dogmatis infamiam sustinere, divina primum vindicta, post etiam motus nostri, quem ex caelesti arbitrio sumpserimus, ultione plectendos. Gratian., Valentin. et Theodos. I. 1 C. de summ. trin. (I, 1).

Ne quis Christianam mulierem in matrimonium Judaeis accipiat neque Judaeae Christianus conjugium sortiatur. Nam si quis aliquid hujusmodi admiserit, adulterii vicem commissi hujus crimen obtinebit, libertate in acensandum publicis quoque vocibus relaxata. Valent., Theod. et Arcad. I. 6 C. de Judaeis (I, 9).

Zie Cod. Lib. 1, Tit. 5: de haereticis et manichaeis et samaritis.

§ 50. GESLACHT.

Het recht erkent slechts twee geslachten; de hermaphrodiët wordt, naar zijne individueele gesteldheid, tot een van beide gerekend.

Quaeritur: hermaphroditum cui comparamus? Et magis puto ejus sexus aestimandum, qui in eo praevalet. Ulp. l. 10 D. de statu hom. (I, 5).

Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalcescentis ostendit. Paul. l. 15 § 1 D. de test. (XXII, 5).

De privaatrechtelijke bevoegdheid van man en vrouw is in het Justinaansche recht over het algemeen gelijk, zoowel de bevoegdheid om rechten te hebben (rechtsbevoegdheid), als de bekwaamheid om rechten uit te oefenen, om met rechtsgevolg handelend op te treden (handelingsbevoegdheid). Toch komen afwijkende bepalingen voor ten aanzien van vrouwen. Waar het bevoegdheden of betrekkingen geldt, die nauw met het publieke recht verwant zijn, is de vrouw daarvan uitgesloten; zoo kan zij geen voogdes zijn — behalve in lateren tijd over hare kinderen en kleinkinderen (zie hieronder § 137); zij kan niet het beroep van kassier uitoefenen; zij mag niet voor anderen in rechte optreden; zij mag geen getuige zijn bij een testament of eene andere handeling, waarbij de vorm de medewerking van getuigen eischt.

Verbum hoc „si quis” tam masculos quam feminas complectitur. Ulp. l. 1 D. de V. S. (L, 16).

Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur. Ulp. l. 195 pr. D. eod.

In multis juris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum. Papin. l. 9 D. de statu hom. (I, 5).

Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec judices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere. Ulp. l. 2 pr. D. de R. J. (L, 17).

Tutela plerumque virile officium est. Gajus l. 16 pr. D. de tut. (XXVI, 1).

Feminae remotae videntur ab officio argentarii, cum ea opera virilis sit. Callistr. l. 12 D. de ed. (II, 13).

Secundo loco edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne postulent: in quo edicto exceptit praetor sexum et casum, item notavit personas in turpitudine notabiles. Sexum: dum feminas prohibet pro aliis postulare. Et ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres: origo vero introducta est a Carfania improbissima femina, quae inverecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto. . . . Ulp. l. 1 § 5 D. de postul. (III, 1).

Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit, alias autem posse testem esse mulierem argumento est lex Julia de adulteriis, quae adulterii damnatam testem produci vel dicere testimonium vetat. Ulp. l. 20 § 6 D. qui test. (XXVIII, 1).

Oudtijds stond de vrouw, als zij niet was in de macht van haren vader of echtgenoot, levenslang onder voogdij (zie hieronder § 136), waardoor hare handelingsbevoegdheid zeer werd ingekort; deze instelling verdween in den Keizertijd. Het testamentaire erfrecht der vrouw werd beperkt door de Lex Voconia, doch, feitelijk althans, weder hersteld door de invoering der fideicommissen en de bepalingen der Leges Julia en Papia Poppaea. Ook haar wettelijk erfrecht werd besnoeid. Door Justinianus worden echter beide geslachten in het erfrecht gelijkgesteld.

Item mulier quae ab eo qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommissio relicta sibi hereditatem capere potest. Gajus, Inst. II § 274.

Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque jure civili Voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex duodecim tabularum nulla discretionem sexus cognatos admittit. Paul., Sent. IV, 8 § 20.

De vrouw heeft geene vaderlijke macht, en kan niet adopteeren; zie evenwel hieronder § 133. Een Senaatsbesluit (Senatusconsultum Vellejanum, zie hieronder § 206) verbiedt haar, zich te verbinden voor de schuld van een ander. Om dezelfde reden, de zwakheid en onervarenheid der vrouw, wordt haar toegestaan zich op dwaling in het recht te beroepen (zie hieronder § 79), terwijl haar verschillende waarborgen worden gegeven tegenover den man ter zake van haren *dos* (zie hieronder § 126).

Vrouwen worden twee jaren eerder mondig dan mannen, en kunnen dus twee jaren eerder huwen en een testament maken.

Videntur ergo melioris condicionis esse feminae quam masculi; nam masculus minor annorum XIV testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit, femina vero post XII annum testamenti faciendi jus nanciscitur. Gajus, Inst. II § 113.

§ 51. LEEFTIJD.

De leeftijd heeft niet zoozeer invloed op de rechts-, als op de handelingsbevoegdheid (zie hieronder § 74).

De hoofdverdeeling is die in mondigen en onmondigen. Nadat omtrent de aanwijzing der grens verschil had bestaan tusschen de Sabinianen en de Proculianen, bepaalde Justinianus, dat jongens op 14 jarigen, meisjes op 12 jarigen leeftijd mondig zouden worden. Voor zoover ze niet aan de vaderlijke macht zijn onderworpen, staan de onmondigen onder voogdij. Met de mondigheid houdt de voogdij op en wordt men bevoegd te trouwen en een testament te maken.

Liberantur tutela masculi quidem pubertate. Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit: Proculijani autem eum, qui quattuordecim annos explevit: verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrat et habitus corporis et numerus annorum. Feminae autem tutela liberantur Ulp. Fragm., XI § 28.

Indecorum observationem in examinanda marum pubertate resecentes jubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere judicantur, ita et mares post excessum quattuordecim annorum puberes existimantur, indagazione corporis inhonesta cessante. Justinian. I. 3 C. quando cur. (V, 60).

Bij de onmondigen wordt nog onderscheiden, of ze beneden zeven jaren zijn (*infantes*) of dien leeftijd hebben overschreden. Het kind beneden zeven jaren is geheel onbevoegd om te handelen; de voogd treedt als vertegenwoordiger voor hem op. Het kind boven zeven jaren kan zelf rechtshandelingen verrichten; doch het behoeft den bijstand van zijn voogd, tenzij het eene handeling geldt, die hem slechts voordeel kan aanbrengen (zie hieronder § 139). De grens tusschen *infantiae proximi* en *pubertati proximi* is onbepaald; deze onderscheiding heeft alleen betrekking op de toerekeningsvatbaarheid bij ongeoorloofde handelingen.

Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. — Sed quod diximus de pupillo, utique de eo verum est qui jam aliquem intellectum habet. Nam infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso differt, quia hujus aetatis pupilli nullum intellectum habent: sed in his pupillis propter utilitatem benignior juris interpretatio facta est. Gajus, Inst. III § 107, § 109.

At ex contrario omnes res tam mancipii quam nec mancipii mulieribus et pupillis sine tutoris auctoritate solvi possunt, quoniam meliorem condicionem suam facere eis etiam sine tutoris auctoritate concessum est. Gajus, Inst. II § 83.

Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant sive pupillus ipsis auctoribus, nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent. Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur: ita tamen, ut pro his, qui dari non possunt vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt et praesto fuerint, auctoritatem praestent. Ulp. l. 1 § 2 D. de adm. tut. (XXVI, 7).

Contra juris civilis regulas pacta conventa rata non habentur: veluti si pupillus sine tutoris auctoritate pactus sit ne a debitore suo peteret, aut ne intra certum tempus veluti quinquennium peteret: nam nec solvi ei sine tutoris auctoritate potest. Ex diverso autem si pupillus paciscatur, ne quod debeat a se peteretur, ratum habetur pactum conventum: quia meliorem condicionem suam facere ei etiam sine tutoris auctoritate concessum est. Gajus l. 28 pr. D. de pact. (II, 14).

Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi et injuriae faciendae. Gajus l. 111 pr. D. de R. J. (L, 17).

Personen tusschen 14 resp. 12 en 25 jaren heeten *minores* (eigenlijk: *minores XXV annis*). Sedert Marcus Aurelius hebben zij in den regel een curator. Over hunne handelingsbevoegdheid, zie hieronder § 74 en § 142. De bedoelde toestand eindigt door het bereiken van den 25 jarigen leeftijd (*legitima aetas* genoemd, omdat de *lex Plaetoria* het eerst dezen leeftijd in aanmerking nam) of reeds vroeger, wanneer de minderjarige door den Keizer meerderjarig wordt verklaard, welk voorrecht (*venia aetatis*) op 20 resp. 18 jarigen leeftijd kan worden aangevraagd.

Naast deze levenstijdperken, die van belang zijn met het oog op den algemeenen rechtstoestand van den persoon, komen hier en daar nog andere voor, waaraan enkele bijzondere rechtsgevolgen zijn verbonden. Zoo kan men eerst op zijn zeventiende jaar voor anderen in rechte optreden, op zijn achttiende *judex* worden, op zijn twintigste jaar slaven vrijlaten (zie nader hierboven § 41). Om te kunnen arroegeeren moet men doorgaans zestig jaren oud zijn. De zeventigjarige leeftijd geeft de bevoegdheid om zich van het waarnemen van ambten en bedieningen te verontschuldigen (zie hieronder § 138).

Soms wordt van eene *plena pubertas* gesproken, waaronder achttien jaren wordt verstaan.

In adrogationibus cognitio vertitur, num forte minor sexaginta annis sit qui adrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat: nisi forte morbus aut valetudo in causa sit aut alia justa causa adrogandi, veluti si conjunctam sibi personam velit adoptare. Ulp. l. 15 § 2 D. de adopt. (I, 7).

Non tantum cum quis adoptat, sed et cum adrogat, major esse debet eo, quem sibi per adrogationem vel per adoptionem filium facit, et utique plenae pubertatis: id est decem et octo annis eum praecedere debet. Modest. l. 40 § 1 D. eod.

§ 52. GEZONDHEID.

De toestand van het lichaam heeft in het algemeen geen invloed op de rechts- of handelingsbevoegdheid; wèl kan door ziekte tijdelijk het verrichten van rechtshandelingen worden verhinderd.

Lichamelijke gebreken hebben, uit den aard der zaak, onbekwaamheid ten gevolge voor die rechtshandelingen, welke juist het gebruik van het gebrekkig orgaan vereischen; blinden, dooven en stommen kunnen geene rechtshandelingen verrichten, waarbij zien, hooren of spreken noodig is; gecastreerden kunnen niet trouwen noch adopteeren. Zulke gebrekkige personen krijgen naar omstandigheden een vertegenwoordiger of verzorger (zie hieronder §§ 74 en 142).

„Morbus soticus” est, qui cuique rei nocet. Javol. l. 113 D. de V. S. (L, 16).

Quaesitum est, cum alter ex litigatoribus febricitans discessisset et iudex absente eo pronuntiasset, an jure videretur pronuntiasse. Respondit: morbus soticus etiam inivitis litigatoribus ac iudice diem differt. Soticus autem existimandus est, qui cujusque rei agenda impedimento est. Litiganti porro quid magis impedimento est, quam motus corporis contra naturam, quem febrem appellant? Igitur si rei judicandae tempore alter ex litigatoribus febrem habuit, res non videtur judicata. Potest tamen dici esse aliquam et febrium differentiam: nam si quis sanus alias ac robustus tempore judicandi levissima febre correptus fuerit, aut si quis tam veterem quartanam habeat, ut in ea omnibus negotiis superesse soleat, poterit dici morbum soticum non habere. Julian. l. 60 D. de re jud. (XXXII, 1).

Verum est „morbum” esse temporalem corporis inbecillitatem, „vitium” vero perpetuum corporis impedimentum, veluti si talum excessit: nam et luscus utique vitiosus est. Modest. l. 101 § 2 D. de V. S. (L, 16).

Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. Idem etiam in surdo receptum est; quia et is qui stipulatur, verba promittentis, et qui promittit, verba stipulantis exaudire debet. Gajus, Inst. III § 105.

Proinde si mutus surdusve quis sit, sine dubio a tutela excusabitur. Hi vero quos valetudo vel furor vel morbus perpetuus excusat, etiam eas tutelas quas ante susceperant deponunt. Alia causa aetatis est. Luminibus etiam captum (habere excusationem) Porcatio Faustino rescripsit imperator noster cum patre. — Item Furio Epaphrae, cum allegasset se unum oculum amisisse et in alio periclitari, rescripsit, an propter adversam valetudinem oculorum excusari deberet, praetorem aestimaturum. Hi etiam a susceptis excusabuntur. Fragm. Vat. § 238, § 239.

His qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem proconsulem oportebit. Ulp. l. 12 pr. D. de tut. et cur. (XXVI, 5).

Van grooter beteekenis in rechte is de toestand van den geest. De krankzinnige, d. w. z. degene wiens geestvermogens geheel of gedeeltelijk gekrenkt zijn (*furiosus, mente captus, demens*), mist de handelingsbevoegdheid, behalve gedurende zijne heldere tusschenpoezen. Een curator treedt als vertegenwoordiger voor hem op.

Qui furere coepit, et statum et dignitatem in qua fuit et magistratum et potestatem videtur retinere, sicut rei suae dominium retinet. Ulp. l. 20 D. de statu hom. (I, 5).

Adeo autem retinet jus potestatis pater furiosus, ut et adquiratur illi commodum ejus, quod filius adquisivit. Ulp. l. 8 § 1 D. de his qui sui (I, 6).

Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat. Gajus, Inst. III § 106.

Furiosum, sive stipulatur sive promittat, nihil agere natura manifestum est. Gajus l. 1 § 12 D. de O. et A. (XXXIV, 7).

Emptionem et venditionem consensum desiderare nec furiosi ullum esse consensum manifestum est. Intermissionis autem tempore furiosos majores viginti quinque annis venditiones et alios quoslibet contractus posse facere non anbigitur. Diocl. et Maxim. l. 2 C. de contr. empt. (IV, 38).

Furiosum in suis indutiis ultimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit: nunc autem hoc decidendum est, quod simili modo antiquos animos movit, si coepto testamento furor eum invasit. Justinian. l. 9 pr. C. qui fac. test. (VI, 22).

Verkwisting wordt als eene soort zielsziekte beschouwd. Den verkwister kan door den praetor het beheer zijner goederen ontzegd worden. Zijn rechtstoestand is dan gelijk aan dien van een onmondige boven zeven jaren (zie verder hieronder § 74 en § 142).

Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque linem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum. Ulp. l. 1 pr. D. de cur. fur. (XXVII, 10).

Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. Paul., Sent. III, 4a § 7.

Divus Pius matris querellam de filiis prodigis admisit, ut curatorem accipiant, in haec verba: „Non est novum quosdam, etsi mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur is, deducantur in egestatem. Eligendus itaque erit, qui eos consilio regat: nam aequum est prospicere nos etiam eis, qui quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum.” Ulp. l. 12 § 2 D. de tut. et cur. (XXVI, 5).

Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso. Ulp. l. 6 D. de V. O. (XXXV, 1).

Mutus surdus furiosus itemque prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest: surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest: furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de sua re possit: prodigus, quoniam commercio illi interdictum est et ob id familiam mancipare non potest. Ulp. Fragm., XX § 13.

Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est. Pomp. l. 40 D. de R. J. (L, 17).

§ 53. WOONPLAATS.

Het is in verschillende opzichten van belang te weten, waar iemand rechtens geacht moet worden te zijn. In het publieke recht doet zich de vraag naar het domicilie voor, o. a. ten aanzien van de waarneming van

ambten en bedieningen; privaatrechtelijk is daarvan de aanwijzing van den bevoegden rechter afhankelijk (zie hieronder § 101).

Juris ordinem converti postulas, ut non actor rei forum, sed reus actoris sequatur: nam ubi domicilium habet reus vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transulerit, ibi tantum eum conveniri oportet. Dioel. et Maxim. l. 2 C. de jurisd. (III, 13).

Iemand wordt geacht zijn domicilie te hebben op de plaats, waar het middelpunt is van zijne huiselijke werkzaamheden en burgerlijke levensbetrekkingen, al houdt hij zich ook niet voortdurend daar op.

.... Sed de ea re constitutum esse eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset.... Alfén. l. 203 D. de V. S. (L, 16).

Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari jam destitit. Dioel. et Maxim. l. 7 § 1 C. de incol. (X, 40).

Si quis negotia sua non in colonia, sed in municipio semper agit, in illo vendit emit contrahit, in eo foro balineo spectaculis utitur, ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum fruitur, ibi magis habere domicilium, quam ubi colendi causa deversatur. Ulp. l. 27 § 1 D. ad mun. (L, 1).

Sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit. Papin. l. 17 § 13 D. eod.

De woonplaats berust of op vrije keuze of op aanwijzing door de wet. De vrijwillige woonplaats wordt bepaald door de daad der vestiging met het voornemen om op die plaats te verblijven. De Romeinsche juristen houden het, ofschoon zij aarzelen, voor mogelijk, dat iemand meer dan één of in het geheel geen domicilie heeft.

Nec ipsi, qui studiorum causa aliquo loci morantur, domicilium ibi habere creduntur, nisi decem annis transactis eo loci sedes sibi constituerunt, secundum epistulam divi Hadriani, nec pater, qui propter filium studentem frequentius ad eum commeat. — Sed si aliis rationibus domicilium in splendidissima civitate Laodiceorum habere probatus fueris, mendacium, quo minus muneribus fungaris, non proderit. Alex. l. 2 C. de incol. (X, 40).

Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione: sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera ut incolas vocari. Paul. l. 20 D. ad mun. (L, 1).

Labeo indicat eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere: quosdam autem dicere refert pluribus locis eum incolas esse aut domicilium habere: quod verius est. Paul. l. 5 D. eod.

Viris prudentibus placuit duobus locis posse aliquem habere domicilium, si utrobique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur. Ulp. l. 6 § 2 D. eod.

Celsus libro primo digestorum tractat, si quis instructus sit duobus locis aequaliter neque hic quam illic minus frequenter commoretur: ubi domicilium habeat, ex destinatione animi esse accipiendum. Ego dubito, si utrobique destinato sit animo, an possit quis duobus locis domicilium habere. Et verum est habere, licet difficile est: quemadmodum difficile est sine domicilio esse quemquam. Puto autem et hoc procedere posse, si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat, quaerens quo se conferat atque ubi constituat: nam hunc puto sine domicilio esse. Ulp. l. 27 § 2 D. eod.

Eene wettelijke woonplaats hebben getrouwde vrouwen, nam. bij haren man (zie hieronder § 125); wettige kinderen bij den vader, onwettige

bij de moeder, zoolang zij zelf geene andere hebben gekozen; ambtenaren en soldaten daar waar zij dienst doen; vrijgelatenen bij hun vroegeren meester.

Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet exemplo clarissimae personae per maritum factae: sed utrumque aliis intervenientibus nuptiis permutatur. Paul. l. 22 § 1 D. eod.

Ea, quae desponsa est, ante contractas nuptias suum non mutat domicilium. Modest. l. 32 D. eod.

Senatores in sacratissima urbe domicilium dignitatis habere videntur. Valent., Theod. et Arcad. l. 8 C. de incol. (X, 40).

Naast het *domicilium* komt nog in aanmerking de *origo*, het burgerrecht in eene bepaalde gemeente.

Cives quidem origo manumissio adlectio adoptio, incolas vero, sicut et divus Hadrianus edicto suo manifestissime declaravit, domicilium facit. Diocl. et Maxim. l. 7 pr. C. eod.

Municipem aut nativitas facit aut manumissio aut adoptio. Ulp. l. 1 pr. D. ad mun. (L, 1).

Roma communis nostra patria est. Modest. l. 33 D. eod.

Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est: nec tantum municipali jurisdictioni in utroque municipio subjectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet. Gajus l. 29 D. eod.

§ 54. VERWANTSCHAP TUSSCHEN VERSCHILLENDE PERSONEN.

A. WETTIGE EN ONWETTIGE GEBORTE.

Een kind is wettig, wanneer het is geboren uit een wettig huwelijk. Het wordt gerekend uit een wettig huwelijk te zijn geboren, als het ter wereld is gekomen niet vroeger dan 182 dagen na de voltrekking van het huwelijk en niet later dan 300 dagen na de ontbinding daarvan. Voor allen, die binnen deze tijdgrenzen geboren zijn, geldt het vermoeden, dat zij den man tot vader hebben; tegenbewijs wordt echter toegelaten.

Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse. Paul. l. 12 D. de statu hom. (I, 5).

Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. — De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit justo tempore videri natum, nec videri in servitute conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogensimum secundum diem esset manumissa. Ulp. l. 3 § 11, § 12 D. de suis (XXXVIII, 16).

Filius eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. Sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium agnoscere quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. Ulp. l. 6 D. de his qui sui (I, 6).

Defuncto marito adulterii rea mulier postulatur, quae propter impuberem filium vult dilationem ab accusatore impetrare: an debeat audiri? Respondi: non videtur

mihî confugere ea mulier ad justam defensionem, quae aetatem filii praetendit ad eludendam legitimam accusationem: nam non utique crimen adulterii, quod mulieri obicitur, infanti praecipiat, cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse. Papin. l. 12 § 8, § 9 D. ad leg. Jul. de adult. (XXXVIII, 5).

Allen, die niet uit een wettig huwelijk geboren zijn, zijn onwettig. Zij hebben rechte geen vader of vaderlijke verwanten; ten aanzien der moeder en der moederlijke verwanten staan zij met wettige gelijk. Bijzondere regels gelden: 1^o. voor de kinderen eener *concupina* (zie hieronder § 122); 2^o. voor kinderen, in overspel of bloedschande verwekt. De overigen heeten: *spurii, vulgo concepti, vulgo quaesiti*.

Cum legitima nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: vulgo quaesitus matrem sequitur. Cels. l. 19 D. de statu hom. (I, 5).

Parentes etiam eos accipi Labeo existimat, qui in servitute susceperunt: nec tamen, ut Severus dicebat, ad solos justos liberos: sed et si vulgo quaesitus sit filius, matrem in jus non vocabit, Ulp. l. 4 § 3 D. de in jus voc. (II, 4).

quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant. Paul. l. 5 D. eod.

Qui matre quidem certa, patre autem incerto nati sunt, spurii appellantur. Ulp. Fragm., IV § 2.

Vulgo concepti dicuntur qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet. Qui et spurii appellantur *παρὰ τὴν πορρῶν*. Modest. l. 23 D. de statu hom. (I, 5).

Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos; itaque hi qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique: nec ob id in potestate ejus sunt, sed tales sunt quales sunt hi quos mater vulgo concepit: nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is etiam incertus sit; unde solent spurii filii appellari, vel a Graeca voce quasi *παρρῶν* concepti, vel quasi sine patre filii. Gajus, Inst. I § 64.

Modestinus respondit non ideo minus ad aviae maternae bona ab intestato nepotes admitti, quod vulgo quaesiti proponuntur. Modest. l. 8 D. unde cogn. (XXXVIII, 8).

§ 55. VERVOLG. B. ADGNATIO EN COGNATIO.

(Inst. Lib. 1, Tit. 15: de legitima adgnatorum tutela.

Lib. 3, Tit. 2: de legitima adgnatorum successione.

Lib. 3, Tit. 6: de gradibus cognationis).

De verwantschap wordt bij de Romeinen onderscheiden in natuurlijke (*cognatio*) en burgerlijke (*adgnatio*).

Bloedverwantschap (*cognatio*) is de betrekking tusschen personen, die of van elkaar afstammen of een gemeenschappelijken stamvader hebben.

Adgnatio is een civielrechtelijk begrip. Zij berust op de vaderlijke of echtelijke macht van den Romeinschen huisvader, den grondslag der Romeinsche familie (zie hierboven § 45). Het is de betrekking tusschen hen, die aan dezelfde vaderlijke of echtelijke macht zijn onderworpen, of die dit zouden zijn, indien de gemeenschappelijke machthebber nog leefde.

Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati, aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint. Ulp. l. 1 § 1 D. unde cogn. (XXXVIII, 8).

Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patrum filius et nepos ex eo. At hi qui per feminini sexus personas cognatione conjunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali jure cognati. Itaque inter avunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio. Item amitae, materterae filius non est mihi agnatus, sed cognatus, et invicem scilicet ego illi eodem jure conjungor, quia qui nascuntur, patris, non matris familiam secuntur. Gajus, Inst. I § 156.

Vocantur autem agnati qui legitima cognatione juncti sunt. Legitima autem cognatio est ea quae per virilis sexus personas conjungitur. Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur, nec requiritur an etiam matrem eandem habuerint. Item patruus fratris filio et invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patruales inter se, id est qui ex duobus fratribus progenerati sunt, quos plerique etiam consobrinos vocant. Qua ratione scilicet etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus. Gajus, Inst. III § 10.

Agnati sunt a patre cognati virilis sexus per virilem sexum descendentes ejusdem familiae, veluti patrum, fratres, filii fratris, patruales. Ulp. Fragm., XI § 4.

De *adgnatio*, als rechtsbegrip, kan ook kunstmatig in het leven worden geroepen, bijv. wanneer door adoptie de vaderlijke macht wordt gevestigd, of wanneer de vrouw zich begeeft in de echtelijke macht van den man; zij kan evenzoo weder worden opgeheven, bijv. wanneer door emancipatie de band der vaderlijke macht wordt verbroken.

Sed agnationis quidem jus capitis deminutione perimitur, cognationis vero jus eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest. Gajus, Inst. I § 158.

Agnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos heredes vocat, id est non eo gradu vocat quo per legem vocarentur, si capite deminuti non essent, sed tertio proximitatis nomine; licet enim capitis deminutione jus legitimum perderint, certe cognationis jura retinent. Itaque si quis alius sit qui integrum jus agnationis habeat, is potior erit, etiamsi longiore gradu fuerit. Gajus, Inst. III § 27.

Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem: nam qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est: alterum enim civile, alterum naturale nomen est. Paul. l. 10 § 4 D. de grad. (XXXVIII, 10).

Cognitionis substantia bifariam apud Romanos intellegitur: nam quaedam cognationes jure civili, quaedam naturali conectuntur, nonnumquam utroque jure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio. Et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intellegitur quae per feminas descendit, quae volgo liberos peperit. Civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine jure naturali cognatio consistit per adoptionem. Utrouque jure consistit cognatio, cum justis nuptiis contractis copulatur. Sed naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur: civilis autem cognatio licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen adgnatio vocatur, videlicet quae per mares contingit. Modest. l. 4 § 2 D. eod.

De verwantschap openbaart hare gevolgen vooral met betrekking tot de voogdij (zie hieronder § 137) en het erfrecht; verder komt zij in aanmerking als huwelijksbeletsel (zie hieronder § 124), in het procesrecht, enz. Oudtijds worden de meeste dezer werkingen verbonden aan de *adgnatio*. Later verkrijgt allengs ook de *cognatio* beteekenis, totdat Justinianus

in Nov. 118 beide genoegzaam gelijkstelt, waarbij de natuurlijke verwantschap op den voorgrond treedt.

Similiter non admittuntur cognati qui per feminini sexus personas necessitudine junguntur; adeo quidem, ut nec inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae jus competat, praeterquam si per in manum conventionem consanguinitatis jura inter eos constiterint. Gajus, Inst. III § 24.

Lex Cornelia de injuriis competit ei, qui injuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat. Qua lege cavetur, ut non judicet, qui ei qui agit gener socer, vitricus privignus, sobrinusve est propiusve eorum quemquem ea cognatione adinitateve attinget, quive eorum ejus parentisve cujus eorum patronus erit. Lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod quis pulsatus verberatusve domusve ejus vi introita sit. Apparet igitur omnem injuriam, quae manu fiat, lege Cornelia contineri. Ulp. l. 5 pr. D. de injur. (XXXVII, 10).

Personae igitur cognatorum excipiuntur his verbis: „sive quis cognatus cognata inter se, dum sobrinus sobrinave propiusve eo sit, sive quis in alterius potestate manu mancipiove erit, qui eos hac cognatione attinget quorumve is in potestate manu mancipiove erit, eis omnibus inter se donare capere liceto.” Fragm. Vat. § 298.

De verwantschap is òf verwantschap in de rechte lijn, de betrekking tusschen personen die van elkaar afstammen (opgaande, nederdalende rechte lijn; ascendenten, descendenten); òf verwantschap in de zijlijn, de betrekking tusschen hen, die denzelfden stamvader hebben. De broeders en zusters worden nog onderscheiden in volle en halve broeders en zusters (*consanguinei*: die denzelfden vader hebben; *uterini*: die dezelfde moeder hebben).

De verwantschap wordt gemeten naar graden. Om den afstand te leeren kennen tusschen twee personen, telt men het aantal geboorten, zonder den gemeenschappelijken stamvader mede te rekenen.

Juris consultus cognatorum gradus et adfinium nosse debet, quia legibus hereditates et tutelae ad proximum quemque adgnatum redire consuerunt: sed et edicto praetor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem: praeterea lege judiciorum publicorum contra adfines et cognatos testimonium inviti dicere non cogimur. Paul. l. 10 pr. D. de grad. (XXXVIII, 10).

Gradus cognationis alii superioris ordinis sunt, alii inferioris, alii ex transverso sive a latere. Superioris ordinis sunt parentes. Inferioris liberi. Ex transverso sive a latere fratres et sorores liberique eorum. Gajus l. 1 pr. D. eod.

Στέμματα cognationum directo limite in duas lineas separantur, quarum altera superior, altera inferior: ex superiore autem et secundo gradu transversae lineae pendent, quas omnes latiore tractatu habito in librum singularem contexamus. Paul. l. 9 D. eod.

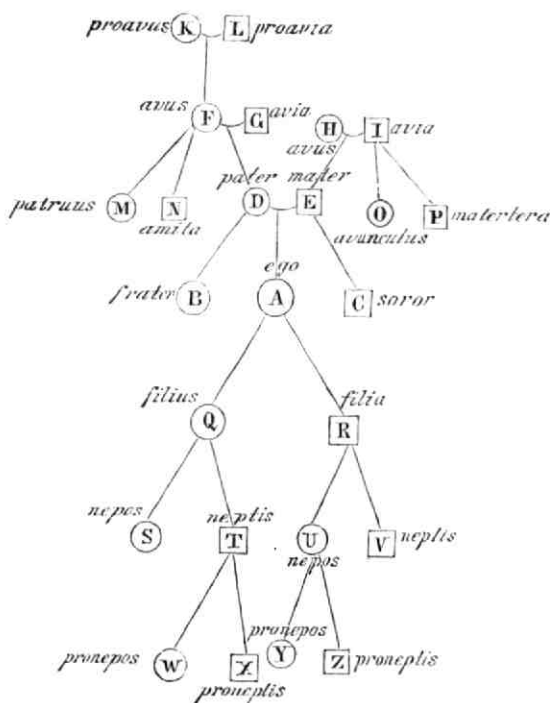
Nam quotiens quaeritur, quanto gradu quaeque persona sit, ab eo incipiendum est ejus de cognatione quaerimus: et si ex inferioribus aut superioribus gradibus est, recta linea susum versum vel deorsum tendentium facile inveniemus gradus, si per singulos gradus proximum quemque numeramus: nam qui ei, qui mihi proximo gradu est, proximus est, secundo gradu est mihi: similiter enim accedentibus singulis crescit numerus. Idem faciendum in transversis gradibus: sic frater secundo gradu est, quoniam patris vel matris persona, per quos conjungitur, prior numeratur. — Gradus autem dicti sunt a similitudine scalarum locorumve proclivium, quos ita ingredimur,

ut a proximo in proximum, id est in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus. Paul. l. 10 § 9, § 10 D. eod.

Appellatione „parentis” non tantum pater, sed etiam avus et proavus et deinceps omnes superiores continentur: sed et mater et avia et proavia. Gajus l. 51 D. de V. S. (L, 16).

„Liberorum” appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendant continentur: hos enim omnes suorum appellatione lex duodecim tabularum comprehendit. Totiens enim leges necessariam ducunt cognationem singulorum nominibus uti (veluti filii, nepotis, pronepotis ceterorumve qui ex his descendant), quotiens non omnibus, qui post eos sunt, praestitum voluerint, sed solis his succurrent, quos nominatim enumerent. At ubi non personis certis, non quibusdam gradibus praestatur, sed omnibus, qui ex eodem genere orti sunt, liberorum appellatione comprehenduntur. Callistr. l. 220 pr. D. eod.

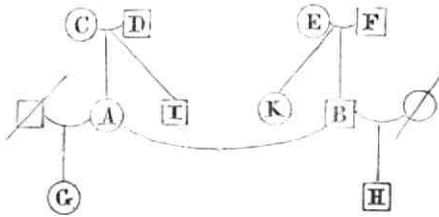
Mogelijk is ook eene meervoudige verwantschap tusschen dezelfde personen.



§ 56. VERVOLG. C. ZWAGERSCHAP.

Zwagerschap (aanverwantschap, *adfinitas*) is de betrekking, die door een huwelijk ontstaat tusschen den eenen echtgenoot en de bloedverwanten van den anderen. Verder strekt zij zich in rechte niet uit. Graden bestaan er bij de zwagerschap eigenlijk niet, doch men neemt aan, dat in denzelfden graad, waarin iemand bloedverwant is van den eenen echtgenoot, hij aanverwant is van den anderen.

A is gener van E en F; B is nurus van C en D; E is socer van



A, C van B; F is socrus van A, D van B; I is glos van B; K levir van A; A is vitricus van H; B noverca van G; H is privigna van A, G privignus van B; G en H zijn noch bloed- noch aanverwanten.

Sed quoniam quaedam jura inter adfines quoque versantur, non alienum est hoc loco de adfinibus quoque breviter disserere. Adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque conjungendae adfinitatis causa sit ex nuptiis. — Nomina vero eorum haec sunt: socer socrus, gener nurus, noverca vitricus, privignus privigna. — Gradus autem adfinitati nulli sunt. — In adoptionem datus aut emancipatus quascumque cognationes adfinitatesque habuit, retinet, adgnationis jura perdit. Sed in eam familiam, ad quam per adoptionem venit, nemo est illi cognatus praeter patrem eosve, quibus adgnascitur: adfines autem ei omnino in ea familia nemo est. Modest. l. 4 § 3—§ 5, § 10 D. de grad. (XXXVIII, 10).

Zwagerschap geeft geen erfrecht en verplicht niet tot voogdij; zij werkt wel in het proces en inzonderheid als huwelijksbeletsel (zie hieronder § 124). Zij houdt op door de ontbinding van het huwelijk, waardoor zij ontstaan is, behalve bij het huwelijksverbod, waar zij juist eerst na de ontbinding te pas komt.

Lege Julia judiciorum publicorum cavetur, ne invito denuntietur, ut testimonium litis dicat adversus socerum generum, vitricum privignum, sobrinum sobrinam, sobrino sobrina natum, eosve qui priore gradu sint Paul. l. 4 D. de test. (XXII, 5).

Sed in hac adfines qui sunt tempore donationis excipiuntur, idemque etiam divus Pius rescripsit; leges enim, quae voluissent etiam eos excipere qui fuissent, nominatim id cavisse. Fragm. Vat. § 303.

Adfinitates non eas accipere debemus, quae quondam fuerunt, sed praesentes. Ulp. l. 3 § 1 D. de postul. (III, 1).

Item (sc. uxorem ducere non licet) eam quae mihi quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit. Ideo autem diximus „quondam“, quia si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere. Gajus, Inst. I § 63.

Inter privignos contrahi nuptiae possunt, etsi fratrem communem ex novo parentium matrimonio susceptum habeant. Papin. l. 34 § 2 D. de R. N. (XXIII, 2).

§ 57. RECHTSPERSONEN.

Tegenover de natuurlijke staan de rechtspersonen (zie hierboven § 33).

Wanneer eenige menschen een geoorloofd doel willen bereiken, dat echter hunne individueele krachten en levensduur te boven gaat, en dat onafhankelijk moet blijven van hunne tijdelijke belangen en middelen, van hun veranderlijken wil, inzonderheid wanneer zij eigen aansprakelijkheid willen afsnijden, kunnen zij te zamen eene vereeniging oprichten,

met dit gevolg, dat die vereeniging, niet hare leden afzonderlijk of gezamenlijk, als subject van rechten en verplichtingen wordt aangemerkt.

Ook een enkel mensch kan zich een doel voorstellen, dat hij niet bereiken kan dan door zijn vermogen geheel of gedeeltelijk te onttrekken aan zijne erfgenamen en te verheffen tot een zelfstandig rechtssubject, dat onafhankelijk blijft van de lotswisselingen, waaraan het vermogen van bijzondere personen blootstaat (stichtingen, *piae causae*).

Ten einde de verwezenlijking mogelijk te maken van deze verschillende doeleinden, die hetzij eene vereeniging van menschen, hetzij een enkel mensch zich voorstelt, zijn de rechtspersonen ontstaan en erkend. Ook hier dient het recht om de belangen van den mensch te bevredigen; doch dit geschiedt hier op die wijze, dat rechtsbevoegdheid wordt verbonden, persoonlijkheid wordt toegekend aan iets, dat niet is een levende mensch. De onderlaag, waarop de persoonlijkheid wordt gebouwd — het in werkelijkheid aanwezige iets, waaraan de rechtsorde de hoedanigheid van rechtssubject toeschrijft, is tweeërlei: het is òf eene vereeniging van menschen (corporatie) òf een afgescheiden kapitaal of vermogen (stichting).

Eene fictie kan men de rechtspersoon alleen in zoover noemen, als daarbij wordt aangenomen, dat een wezen denkt en wil, dat in werkelijkheid niet denken noch willen kan.

Van de corporaties, met rechtspersoonlijkheid toegerust, komen in het Romeinsche recht vooral de volgende soorten voor:

1°. de Staat — als vermogenssubject gewoonlijk *fiscus* genoemd. Eerst in den Keizertijd wordt deze, waar hij als drager van rechten en verplichtingen met bijzondere personen in aanraking komt, aan de gewone regels van het privaatrecht onderworpen geacht. Hij geniet daarbij verschillende voorrechten (zie bijv. hieronder § 170). De *fiscus* vormt overigens slechts één rechtspersoon, al wordt somtijds uit een administratief oogpunt, in het belang van een ordelijk beheer, tusschen de verschillende afdelingen eene scheiding gemaakt, welke op privaatrechtelijk gebied invloed oefent.

Quodcumque privilegii fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet. Ulp. l. 6 § 1 D. de J. F. (XXXIX, 14).

Liberari fidejussores, quotiens fiscus tam creditori quam debitori, licet diversis stationibus, succedit, jus certum est. Quod et in tua persona procuratores mei custodiant. Alex. l. 2 C. de solut. (VIII, 42).

Et senatus censuit et saepe rescriptum est compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat quae petit. Hoc juris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum est. Si quid autem tibi ex ea statione ejus mentionem fecisti deberi constiterit, quam primum recipies. Antonin. l. 1 C. de compens. (IV, 31).

2°. Stedelijke gemeenten (*civitates, municipia, municipes, respublicae, coloniae*, enz.).

3°. Godsdienstige vereenigingen van priesters en priesteressen (*collegia templorum*).

4°. Vereenigingen van beamtèn (*decuriae scribarum, librariorum, fiscalium, censualium, ordo decurionum*).

5°. Vereenigingen van handwerkslieden, gilden (*collegia pistorum, naviculariorum, fabrorum*).

6°. Vereenigingen tot gezellig verkeer en tot staatkundige doeleinden (*sodalitia, sodalitates, collegia sodalitia*).

7°. Vereenigingen tot wederkeerige ondersteuning (*collegia tenuiorum*), bijv. begrafenisfondsen (*collegia funeraticia*).

Mandatis principalibus praecipitur praesidibus provinciarum, ne patiantur esse collegia sodalicia neve milites collegia in castris habeant. Sed permittitur tenuioribus stipem menstruum conferre, dum tamen semel in mense coeant, ne sub praetextu hujusmodi illicitum collegium coeat. Quod non tantum in urbe, sed et in Italia et in provinciis locum habere divus quoque Severus rescripsit. Marcian. l. 1 pr. D. de colleg. (XXXVII, 22).

8°. Vereenigingen tot winstbejag (*societates vectigalium publicorum, aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum*). Deze laatste hebben vele punten van aanraking met de maatschap.

Voorbeelden van statuten van verschillende dergelijke vereenigingen vindt men bij Bruns, *Fontes juris*, Ed. V., bl. 315 vlg.

Eene vereeniging of corporatie ontstaat, wanneer zich eenige personen met een gemeenschappelijk en geoorloofd doel vereenigen tot het in het leven roepen van een zelfstandig rechtssubject. Of eene vereeniging, om als rechtspersoon te kunnen optreden, bijzondere erkenning van staatswege behoeft, of dat zij, mits niet behoorende tot de verboden vereenigingen, krachtens algemeenen rechtsregel die hoedanigheid kan aannemen, is naar Romeinsch recht betwist.

Neratius Priscus tres facere existimat „collegium”, et hoc magis sequendum est. Marcell. l. 85 D. de V. S. (L, 16).

Neque societas neque collegium neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coeretur. Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt. Gajus l. 1 pr. D. quod ejuse. univ. (III, 4).

Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatus consultis dissolvuntur: sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes si quas habent dividere pecuniamque inter se partiri. Marcian. l. 3 pr. D. de colleg. (XXXVII, 22).

De rechtspersoon is, naar haren aard, niet vatbaar voor die rechtsbetrekkingen, die het feitelijk bestaan van een mensch tot voorwaarde hebben: huwelijk, vaderlijke macht, bloedverwantschap. Haar gebied is beperkt tot het vermogensrecht. Zij kan bezit, eigendom, erfdienstbaarheden en vruchtgebruik verwerven, dit laatste recht echter voor niet langer dan honderd jaren. Zij kan zich aan derden en derden aan zich verbinden, en in rechtsgedingen zoowel eischende als verwerende optreden. Op wettelijk erfrecht, voor zoover het op bloedverwantschap berust, kan de rechtspersoon geen aanspraak maken. Erven krachtens testament kunnen de Staat en later ook de steden, verder echter alleen die corporaties,

welke daartoe bijzondere vergunning hebben verkregen. Legaten kunnen aan de rechtspersonen worden nagelaten.

Item municipes ad exhibendum conveniri possunt, quia facultas est restituendi: nam et possidere et usucapere eos posse constat. Idem et in collegiis ceterisque corporibus dicendum erit. Ulp. l. 7 § 3 D. ad exhib. (X, 4).

Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive ejusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcem communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat. Gajus l. 1 § 1 D. quod ejusc. univ. (III, 4).

Non dubito, quin fundo municipum per servum recte servitus adquiratur. Javol. l. 12 D. de serv. (VIII, 1).

An usus fructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est: periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte nec facile capitis diminutione periturus est, qua ratione proprietas inutilis esset futura semper abscedente usu fructu. Sed tamen placuit dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usu fructu municipes: et placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est. Gajus l. 56 D. de usu fr. (VII, 1).

Sicut municipum nomine actionem praetor dedit, ita et adversus eos justissime edicendum putavit. Sed et legato, qui in negotium publicum sumptum fecit, puto dandam actionem in municipes. Ulp. l. 7 pr. D. quod ejusc. univ. (III, 4).

Si tibi cum municipibus hereditas communis erit, familiae ereiscundae judicium inter vos redditur. Idemque dicendum est et in finium regundorum et aquae pluviae arcendae judicio. Pomp. l. 9 D. eod.

Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est. Dioel. et Maxim. l. 8 C. de hered. inst. (VI, 24).

Si quid relictum sit civitatibus, omne valet, sive in distributionem relinquatur sive in opus sive in alimenta vel in eruditionem puerorum sive quid aliud. Marcian. l. 117 D. de legat. l. (XXX).

Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod, si corpori cui licet coire legatum sit, debeat: cui autem non licet si legetur, non valebit, nisi singulis legetur: hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum. Paul. l. 20 D. de reb. dub. (XXXIV, 5).

Alle rechten, die de vereeniging verkrijgt, alle verplichtingen die door haar worden aangegaan, vonnissen die te haren behoefte of tegen haar worden uitgesproken, raken niet de individueele leden, maar alleen de eenheid, de rechtspersoon. Zij wordt eigenaar, schuldeischer of schuldenaar. Daar zij eene zelfstandige, van die harer leden afgescheidene persoonlijkheid heeft, kunnen er tusschen haar en de leden overeenkomsten gesloten en processen gevoerd worden; de leden kunnen zakelijke rechten hebben op de goederen der vereeniging, en omgekeerd.

Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis et ideo tam contra civem quam pro eo posse servum civitatis torqueri divi fratres rescripserunt. Ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in jus aliquem ex civibus. Marcian. l. 6 § 1 D. de div. rer. (I, 8).

Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent. Ulp. l. 7 § 1 D. quod ejusc. univ. (III, 4).

Qui manumittitur a corpore aliquo vel collegio vel civitate, singulos in jus vocabit: nam non est illorum libertus. Sed rei publicae honorem habere debet et si adversus rem publicam vel universitatem velit experiri, veniam edicti petere debet, quamvis actorem eorum constitutum in jus sit vocaturus. Ulp. l. 10 § 4 D. de in jus voc. (II, 4).

Servum municipum posse in caput civium torqueri saepissime rescriptum est, quia non sit illorum servus, sed rei publicae idemque in ceteris servis corporum dicendum est: nec enim plurium servus videtur, sed corporis. Ulp. l. 1 § 7 D. de quaest. (XXXVIII, 18).

Si autem collegium vel corpus sit, quod rogatum est restituere decreto eorum cui, qui sunt in collegio vel corpore, in singulis inspecta eorum persona restitutionem valere: nec enim ipse sibi videtur quis horum restituere. Ulp. l. 1 § 15 D. ad SC. Treb. (XXXVI, 1).

In het voorafgaande ligt reeds opgesloten het groote onderscheid tusschen de corporatie als rechtspersoon en de maatschap (zie hieronder § 192) — eveneens eene vereeniging van menschen tot bereiking van een geoorloofd doel —, die rechtspersoonlijkheid mist. Ziehier eenige punten van verschil:

1^o. de maatschap is nooit blijvend; haar bestaan reikt in den regel niet verder dan het leven van de vennoten;

2^o. de maatschap duldt geene verandering in de leden; bij de vereeniging is deze onverschillig;

Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. Haec ita in privatis societatibus ait: in societate vectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicujus, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis ejus adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat: quod ipsum ex causa aestimandum est. Quid enim, si is mortuus sit, propter ejus operam maxime societas coita sit aut sine quo societas administrari non possit? Pomp. l. 59 pr. D. pro socio (XVII, 2).

In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneat an pars maneat vel omnes immutati sint . . . Ulp. l. 7 § 2 D. quod ejusc. univ. (III, 4).

3^o. bij de maatschap hebben de vennoten een evenredig aandeel in de eigendommen der maatschap, waarop zij bij de ontbinding daarvan aanspraak kunnen maken; de voordeelen die de maatschap oplevert komen den vennoten toe; zij worden schuldeischers en schuldenaren door de rechtshandelingen, die namens de maatschap worden verricht. Bij de vereeniging moge het al voorkomen, dat de leden, volgens de statuten of naar den aard der inrichting, aanspraken hebben op het vermogen, een wezenlijk gemeenschappelijk eigendom bestaat hier niet;

4^o. bij de maatschap staat op den voorgrond het individu met zijn belang, zijn vermogen en zijn wil; bij de vereeniging komt het aan op het doel, het vermogen en den wil der eenheid.

Een eigen wil heeft de rechtspersoon natuurlijk niet; zij kan zelve niet handelen; daarom heeft zij behoefte aan een vertegenwoordiger, wiens handelingen, in deze hoedanigheid verricht, gelden als handelingen van de vereeniging.

Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt. Forum autem et basilicam hisque similia non possident, sed promiscue his utuntur.

Sed Nerva filius ait, per servum quae peculiariter adquisierint et possidere et usucapere posse: sed quidam contra putant, quoniam ipsos servos non possideant. Paul. l. 1 § 22 D. de A. v. A. P. (XXXXI, 2).

Sed hoc jure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint idque eis et per servum et per liberam personam adquiratur. Ulp. l. 2 D. eod.

Municipibus plenum jus in bonis libertorum libertarum defertur, hoc est id jus quod etiam patrono. — Sed an omnino petere bonorum possessionem possint, dubitatur: movet enim, quod consentire non possunt, sed per alium possunt petita bonorum possessione ipsi acquirere. Sed qua ratione senatus censuit, ut restitui eis ex Trebelliano hereditas possit: qua ratione alio senatus consulto heredibus eis institutis a liberto acquirere hereditatem permissum est: ita bonorum quoque possessionem petere dicendum est. Ulp. l. 1 pr., § 1 D. de libert. univ. (XXXVIII, 3).

Item tutori pupilli constitui potest et actori municipum et curatori furiosi: sed et ipsi constituentes tenebuntur. — Si actori municipum vel tutori pupilli vel curatori furiosi vel adulescentis ita constituatur municipibus solvi vel pupillo vel furioso vel adulescenti, utilitatis gratia puto dandam municipibus vel pupillo vel furioso vel adulescenti utilem actionem. Ulp. l. 5 § 7—§ 9 D. de pec. const. (XIII, 5).

Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi: hic enim pro re publica vel universitate intervenit, non pro singulis. Ulp. l. 2 D. quod eujusc. univ. (III, 4).

Municipibus, si jurassent, legatum est. Haec condicio non est impossibilis. Paulus: quemadmodum ergo pareri potest per eos? Itaque jurabunt, per quos municipii res geruntur. Paul. l. 97 D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Municipes intelleguntur scire, quod sciant hi, quibus summa rei publicae commissa est. Papin. l. 14 D. ad mun. (L, 1).

Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio. Ulp. l. 15 § 1 D. de dolo malo (IV, 3).

Si vi me dejecerit quis nomine municipum, in municipes mihi interdictum reddendum Pomponius scribit, si quid ad eos pervenit. Ulp. l. 4 D. de vi (XXXIII, 16).

De rechten en verplichtingen van de bestuurders en de leden, en in het algemeen de inrichting en samenstelling der vereeniging, hangen bij de publiekrechtelijke corporaties af van de openbare wetten en verordeningen, bij de private vereenigingen van hare eigen statuten.

Sodales sunt, qui ejusdem collegii sunt: quam Graeci *ἐταρσίαιον* vocant. His autem potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant Gajus l. 4 D. de colleg. (XXXVII, 22).

Nulli permittitur nomine civitatis vel curiae experiri nisi ei, cui lex permittit, aut lege cessante ordo dedit, cum duae partes adessent aut amplius quam duae. Ulp. l. 3 D. quod eujusc. univ. (III, 4).

De vereeniging gaat, afgezien van bijzondere statutaire regelingen, te niet: 1^o. wanneer de rechtspersoonlijkheid van staatswege wordt ontnomen of wanneer de tijd, waarvoor zij verleend werd, is verstreken; 2^o. wanneer alle leden zijn gestorven of de vereeniging hebben verlaten; 3^o. wanneer de leden tot opheffing besluiten.

In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneat an pars maneat vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis

admittitur posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum receiderit et stet nomen universitatis. Ulp. l. 7 § 2 D. quod cujusc. univ. (III, 4).

Eene stichting bestaat, waar iemand, hetzij bij testament of onder de levenden, zijn geheele vermogen of een gedeelte daarvan bestemt voor een weldadig of vroom doel (*xenodochia*, *ptochotrophia*, *brephotrophia*, *orphanotrophia*, *nosocomia*, *gerontocomia*), zoodat tegelijk een zelfstandig subject als rechtspersoon geschapen wordt. Eerst in den lateren Keizertijd wordt de stichting als afzonderlijk subject van rechten beschouwd. Bijzondere erkenning door het Staatsgezag schijnt het Romeinsche Recht niet te verlangen.

Wat zooeven van de vereenigingen werd gezegd, geldt ook van de stichtingen, voor zoover niet de omstandigheid dat hier geene leden zijn, tot eene afwijkende beslissing aanleiding geeft. Voor de stichting wordt gehandeld door vertegenwoordigers of bestuurders, volgens de bepalingen door den stichter daaromtrent vastgesteld.

Hoofdstuk III.

OVER ZAKEN OF RECHTSOBJECTEN.

§ 58. BEGRIP VAN ZAKEN. LICHAAMELIJKE EN ONLICHAAMELIJKE ZAKEN.
(Inst. Lib. 2, Tit. 2: de rebus incorporalibus).

In de ruimste rechtskundige beteekenis is zaak (*res*) alles, dat bestanddeel van ons vermogen zijn kan. Buiten dit begrip vallen: 1^o. personen; 2^o. die voorwerpen, welke nooit tot iemands vermogen kunnen behooren (zon, maan, sterren).

„Rei” appellatione et causae et jura continentur. Ulp. l. 23 D. de V. S. (L, 16).

De zaken worden onderscheiden in lichamelijke en onlichamelijke, naarmate zij al of niet voor waarneming door de zintuigen vatbaar zijn. De lichamelijke zaken worden veelal kortweg als *zaken* aangeduid en de onlichamelijke als *rechten* daar tegenover gesteld. Wanneer men van lichamelijke zaken als deelen van het vermogen spreekt, bedoelt men, strikt genomen, het eigendomsrecht op die zaken; doch het spraakgebruik brengt mede, dat het eigendomsrecht met zijn object wordt vereenzelvigd.

Esse ea dico, quae cerni tangive possunt, ut fundum aedes parietem stillicidium mancipium pecudem supellectilem penus, cetera: — non esse rursus ea dico, quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intelligi possunt — quarum rerum nullum subest quasi corpus. Cic., Topica, c. 5 § 27.

Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales haec sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles: incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in jure consistunt, sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum jus successionis et ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur. Gajus l. 1 § 1 D. de div. rer. (I, 8).

Nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitione. Et placuit universas res hereditarias in hoc judicium venire, sive jura sive corpora sint. Ulp. l. 18 § 2 D. de H. P. (V, 3).

„Pecuniae” nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam jura continentur. Hermogen. l. 222 D. de V. S. (L, 16).

„Bonorum” appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis et non singulas res demonstrat. African. l. 208 D. eod.

„Bona” intelleguntur ejusque, quae deducto aere alieno supersunt. Paul. l. 39 § 1 D. eod.

De onderscheiding tusschen lichamelijke en onlichamelijke zaken is van belang bij de leer van het bezit (zie hieronder § 156), van de levering (§ 148), van de verjaring (§ 149).

Possideri autem possunt, quae sunt corporalia. Paul. l. 3 pr. D. de A. v. A. P. (XXXXI, 2).

Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est. Gajus l. 43 § 1 D. de A. R. D. (XXXXI, 1).

§ 59. ZAKEN IN EN BUITEN HET VERMOGEN. ZAKEN IN EN BUITEN HET HANDELSVERKEER.

Hetgeen in het algemeen bestanddeel van een vermogen kan zijn, behoeft daarom nog niet altijd in werkelijkheid tot het een of ander vermogen te behooren. Wilde dieren, weggeworpen zaken, enz. maken op het oogenblik geen deel uit van eenig vermogen. Vandaar deze verdeling: *res in patrimonio*, *res extra patrimonium*.

„Bonorum” appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beati, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aequè bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur. Ulp. l. 49 D. de V. S. (L, 16).

Rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad recipendam eam actionem habemus. Modest. l. 52 D. de A. R. D. (XXXXI, 1).

„Rei” appellatio latior est quam „pecuniae”, quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt. Paul. l. 5 pr. D. de V. S. (L, 16).

Superiore commentario de jure personarum exposuimus; modo videamus de rebus; quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur. Gajus, Inst. II § 1.

Sommige zaken zijn, of om hun natuurlijke aard, of om andere door de wet gestelde redenen, aan het handelsverkeer onttrokken.

Omnia rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est. Paul. l. 34 § 1 D. de contr. empt. (XVIII, 1).

I. Met het oog op haren natuurlijke aard zijn buiten het handelsverkeer die zaken, welke in haren ganschen omvang niet vatbaar zijn voor menschelijke beheersching en daarom geacht worden aan allen gemeen te zijn: de dampkringslucht, de zee en hare stranden, het vloeiende water.

Et quidem naturali jure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris. Marcian. l. 2 § 1 D. de div. rer. (I, 8).

Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstinetur, quia non sunt juris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et Capenatis rescripsit. Marcian. l. 4 pr. D. eod.

Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit: idque Marcum Tullium ajunt, cum arbiter esset, primum constituisse. Cels. l. 96 pr. D. de V. S. (L, 16).

In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant, Gajus l. 5 § 1 D. de div. rer. (I, 8).

in tantum, ut et soli domini constituentur qui ibi aedificant, sed quamdiu aedificium manet: alioquin aedificio dilapso quasi jure postliminii revertitur locus in pristinam causam, et si alius in eodem loco aedificaverit, ejus fiet. Marcian. l. 6 pr. D. eod.

Quamvis quod in litore publico vel in mari exstruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum praetoris adhibendum est, ut id facere liceat: immo etiam manu prohibendus est, si cum incommodo ceterorum id faciat: nam civilem eum actionem de faciendo nullam habere non dubito. Pomp. l. 50 D. de A. R. D. (XXXI, 1).

Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror: — Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, jactaque in id pilas ejus esse qui jecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit. Cels. l. 3 D. ne quid in loco publ. (XXXIII, 8).

Respondit in litore jure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur. Scaev. l. 4 D. eod.

II. Buiten den handel zijn verder verschillende zaken, die aan den godsdienst gewijd zijn of, wegens de bijzondere religieuse bescherming die zij genieten, daarmede zijn gelijkgesteld.

Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini juris, aliae humani. — Divini juris sunt veluti res sacrae et religiosae. — Sacrae sunt quae diis superis consecratae sunt; religiosae quae diis Manibus relictæ sunt. — Sed sacrum quidem hoc solum existimatur quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatusconsulto facto. — Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo ejus mortui finis ad nos pertineat. — Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodammodo divini juris sunt. — Quod autem divini juris est, id nullius in bonis est: id vero quod humani juris est, plerumque alienjus in bonis est: potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. Gajus, Inst. II §§ 2—6, 8, 9.

Sacrae res et religiosae et sanctae in nullius bonis sunt. — Sacrae autem res sunt hae, quae publice consecratae sunt, non private: si quis ergo privatim sibi sacrum constituerit, sacrum non est, sed profanum. Semel autem aede sacra facta etiam diruto aedificio locus sacer manet. — Religiosum autem locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In commune autem sepulchrum etiam invitis ceteris licet inferre. Sed et in alienum locum concedente domino licet inferre: et licet postea ratum habuerit quam illatus est mortuus, religiosus locus fit. Marcian. l. 6 §§ 2—4 D. de div. rer. (I, 8).

Sanctum est, quod ab injuria hominum defensum atque munitum est. Marcian. l. 8 pr. D. eod.

Cum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit, quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest: mihi autem videtur illum religiosum esse, ubi quod est principale conditum est, id est caput, ejus imago fit, inde cognoscimur. Cum autem impetratur, ut reliquiae transferantur, desinit locus religiosus esse. Paul. l. 44 D. de relig. (XI, 7).

Locum in quo servus sepultus est religiosum esse Aristo ait. Ulp. l. 2 pr. D. eod.
 Si adhuc monumentum purum est, poterit quis hoc et vendere et donare. Si cenotaphium fit, posse hoc venire dicendum est: nec enim esse hoc religiosum divi fratres rescripserunt. Ulp. l. 6 § 1 D. eod.

Monumenta quidem legari non posse manifestum est, jus autem mortuum inferendi legare nemo prohibetur. Dioel. et Maxim. l. 14 C. de legat. (VI, 37).

III. Wegens hare bestemming zijn buiten den handel de zaken, die tot algemeen nut strekken of voor den openbaren dienst zijn ingericht, bijv. havens, wegen, straten, pleinen. De eigendom dezer zaken kan bij den Staat of bij de gemeente, maar ook bij bijzondere personen zijn. Zorgvuldig moeten hiervan worden onderscheiden die staats- of gemeente-bezittingen, welke niet voor den publieken dienst bestemd zijn, maar eenvoudig in eigendom toebehooren aan Staat of gemeente, die de opbrengsten ervan, evenals een particulier eigenaar, geniet.

Sed flumina paene omnia et portus publica sunt. Marcian. l. 4 § 1 D. de div. rer. (I, 8).

Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium. — Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia. Perenne est, quod semper fluat, *δένας*, torrens *ὁ χειμάρρους*: si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est. — Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis. Ulp. l. 1 §§ 1—3 D. de flum. (XXXIII, 12).

Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec eujuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius. Pomp. l. 6 pr. D. de contr. empt. (XVIII, 1).

Papinianus: Lege venditionis illa facta „si quid sacri aut religiosi aut publici est, ejus nihil venit“, si res non in usu publico, sed in patrimonio fisci erit, venditio ejus valebit, nec venditori proderit exceptio, quae non habuit locum. Papin. l. 72 § 1 D. eod.

Inter „publica“ habemus non sacra nec religiosa nec quae publicis usibus destinata sunt: sed si qua sunt civitatum velut bona. Sed peculia servorum civitatum procul dubio publica habentur. Ulp. l. 17 pr. D. de V. S. (L, 16).

Over eene zaak, die buiten het handelsverkeer is, kan geene geldige rechtshandeling worden aangegaan (zie hieronder § 77). Zij kan niet door verjaring verkregen worden; zij is niet vatbaar voor pand- of servituteursrecht.

Possessionem amittimus multis modis, veluti si mortuum in eum locum intulimus, quem possidebamus: namque locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem et pro privato eum teneamus, sicut hominem liberum. Paul. l. 30 § 1 D. de A. v. A. P. (XXXI, 2).

Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatum, item liberis hominibus. Gajus l. 9 D. de usurp. et usuc. (XXXI, 3).

Cum quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam et hujusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint: ubi omnino condicio jure impleri non potest vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset. Nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio. Venulejus l. 137 § 6 D. de V. O. (XXXV, 1).

§ 60. RES MANCIPII EN RES NEC MANCIPII.

Het oudere Romeinsche recht verdeelt de zaken in *res mancipii* (voor mancipatie vatbare zaken) en *res nec mancipii*. Deze voor het rechtsverkeer zeer belangrijke onderscheiding komt reeds voor in de wet der 12 Tafelen. Hare practische beteekenis bestaat hierin, dat bij *res mancipii* het volledige Romeinsche eigendomsrecht alleen kan worden overgedragen op civielrechtelijk erkende wijze, met name door twee vormelijke rechtshandelingen: *mancipatio*, *in jure cessio* (zie hieronder § 146). Levering, die bij *res nec mancipii* voldoende is om eigendom te doen overgaan, mist dat gevolg ten aanzien van *res mancipii*.

Omnes aut mancipii sunt aut nec mancipii. Mancipii res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus: item jura praediorum rusticorum, velut via iter actus aquaeductus: item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves muli equi asini. Ceterae res nec mancipii sunt. Elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipii sunt, quoniam bestiarum numero sunt. Ulp. Fragm., XIX § 1.

Magna autem differentia est inter mancipii res et nec mancipii. — Nam res nec mancipii ipsa traditione pleno jure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. — Mancipii vero res sunt quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipii res sunt diaetae. Quod autem valet mancipatio, idem valet et in jure cessio. — Nam si tibi rem mancipii neque mancipavero neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias; semel enim impleta usucapione proinde pleno jure incipit, id est et in bonis et ex jure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in jure cessa esset. Gajus, Inst. II § 18, § 19, § 22, § 41.

Mancipatio propria species alienationis est rerum mancipii, eaque fit certis verbis libripende et quinque testibus praesentibus. — Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos colonarios Latinosque Junianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est — Commercium est emendi vendendique invicem jus. Ulp. Fragm., XIX §§ 3—5.

Welke zaken tot de *res mancipii* worden gerekend, staat vast. Over den grond der onderscheiding wordt echter verschillend gedacht. Waarschijnlijk is het, dat als *res mancipii* die zaken werden beschouwd, welke de gewichtigste zijn uit het oogpunt van een landbouwend volk, de zaken die het hoofdbestanddeel uitmaken van het vermogen van den Romeinschen burger.

Allengs verloor de onderscheiding haar belang (zie hieronder § 144). Justinianus heeft ze nog ten overvloede uitdrukkelijk opgeheven.

Cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis, Justinian. l. un. § 5 C. de usuc. transform. (VII, 31).

§ 61. ROERENDE EN ONROERENDE ZAKEN.

Zaken zijn roerend of onroerend, naarmate zij al of niet vatbaar zijn voor verplaatsing met behoud van haar wezen.

Onroerend (*res soli, res immobilis*) is de grond, en al hetgeen hetzij organisch (boomen, planten, vruchten, veldgewassen, delfstoffen) hetzij mechanisch (gebouwen, getimmerten) met den grond verbonden is, zoolang die verbinding duurt. Als onroerend worden ook aangemerkt die zaken, welke tot blijvend gebruik met eene onroerende zaak vereenigd zijn en daarvan een bestanddeel uitmaken (deuren, vensters, goten).

Al wat niet onroerend is, is roerend (*res mobilis*).

„Fundi” appellatione omne aedificium et omnis ager continetur. Sed in usu urbana aedificia „aedes”, rustica „villae” dicuntur. Locus vero sine aedificio in urbe „area”, rure autem „ager” appellatur. Idemque ager cum aedificio „fundus” dicitur. Florentin. l. 211 D. de V. S. (L, 16).

Fructus pendentes pars fundi videntur. Gajus l. 44 D. de R. V. (VI, 1).

Qui domum alienam invito domino demolit et eo loco balneas extruxit, praeter naturale jus, quod superficies ad dominum soli pertinet, etiam damni dati nomine actioni subicitur. Ulp. l. 50 D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

Granaria, quae ex tabulis fieri solent, ita aedium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt: quod si supra terram sunt, rutis et caesis cedunt. Javol. l. 18 pr. D. de act. empt. vend. (XIX, 1).

Titius horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile in Seji praedio posuit: quaeritur, uter horrei dominus sit. Respondit secundum quae proponerentur non esse factum Seji. Scaev. l. 60 D. de A. R. D. (XXXXI, 1).

„Moventium”, item „mobiliium” appellatione idem significamus: si tamen apparet defunctum animalia dumtaxat, quia se ipsa moverent, moventia vocasse. Quod verum est. Cels. l. 93 D. de V. S. (L, 16).

Quod in nave fit vel in alia qualibet re vel amplissima, mobili tamen, non continetur hoc interdicto. Paul. l. 20 § 4 D. quod vi aut clam (XXXXIII, 24).

De gronderven werden oudtijds onderscheiden in Italiaansche en provinciale (zie hieronder § 144). Justinianus schafte dit verschil af in l. un. C. de usuc. transform. (VII, 31).

Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur; utique tamen etiamsi non sit religiosum, pro religioso habetur. — Item quod in provinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur. — In eadem causa sunt provincialia praedia, quorum alia stipendiaria alia tributaria vocamus. Stipendiaria sunt ea quae in his provinciis sunt, quae propriae populi Romani esse intelleguntur; tributaria sunt ea quae in his provinciis sunt, quae propriae Caesaris esse creduntur. Gajus, Inst. II § 7, § 7a, § 21.

Naar hunne economische bestemming worden zij verdeeld in vruchtdragende erven (*praedia rustica*) en gebouwen (*praedia urbana*), zie hieronder § 161.

„Urbana praedia” omnia aedificia accipimus, non solum ea quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt vel alia meritoria in villis et in vicis, vel si praetoria voluptati tantum deservientia: quia urbanum praedium non locus facit, sed materia. Proinde hortos quoque, si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum est urbanorum appellatione contineri. Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte vel etiam holitorii, magis haec non sunt urbana. Ulp. l. 198 D. de V. S. (L, 16).

Aedificia urbana quidem praedia appellamus: ceterum etsi in villa aedificia sint, aequae servitutes urbanorum praediorum constitui possunt. Ulp. l. 1 pr. D. comm. praed. (VIII, 4).

Het verschil in aard, dat tusschen onroerende en roerende zaken bestaat, geeft aanleiding tot verschil in rechtsgevolg. Zoo is de bevoegdheid tot vervreemding vaak meer beperkt ten aanzien van onroerend dan bij roerend goed (zie hieronder § 126 en § 139); zoo zijn de termijnen van verjaring langer bij onroerend, dan bij roerend goed (zie hieronder § 149); voor diefstal zijn alleen roerende zaken vatbaar (zie hieronder § 197), enz.

Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est. Gajus, Inst. II § 42.

Op onlichamelijke zaken is de besproken onderscheiding naar haren aard niet toepasselijk; daarom stellen de Romeinsche juristen de rechten en schuldvorderingen naast de roerende en onroerende zaken.

In peculio autem res esse possunt omnes et mobiles et soli: vicarios quoque in peculium potest habere et vicariorum peculium: hoc amplius et nomina debitorum. Ulp. l. 7 § 4 D. de pec. (XV, 1).

In venditione itaque pignorum captorum facienda primo quidem res mobiles et animales pignori capi jubent, mox distrahi: quarum pretium si suffecerit, bene est. Si non suffecerit, etiam soli pignora capi jubent et distrahi. Quod si nulla moventia sint, a pignoribus soli initium faciunt: sic denique interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur: nam a pignoribus soli initium faciendum non est. Quod si nec quae soli sunt sufficiant vel nulla sint soli pignora, tunc perveniuntur etiam ad jura. Exsequuntur itaque rem judicatam praesides isto modo. Ulp. l. 15 § 2 D. de re jud. (XXXII, 1).

Exactio autem dotis celebretur non annua bima trima die, sed omnimodo intra annum in rebus mobilibus vel se moventibus vel incorporalibus: ceteris videlicet rebus quae solo continentur ilico restituendis, quod commune utriusque fuerat actionis. Justinian. l. un. § 7a C. de rei uxor. act. (V, 13).

§ 62. VERVANGBARE EN NIET-VERVANGBARE ZAKEN.

Nu eens worden de zaken, die het voorwerp zijn van eene rechtshandeling, beschouwd als individueel bepaald, dan weder wordt enkel hunne soort in aanmerking genomen, zoodat de eene zaak geacht wordt door eene andere van dezelfde soort te kunnen worden vervangen. Waar het laatste het geval is, waar alleen wordt gelet op hoedanigheid en hoeveelheid der zaken, daar zegt men, dat deze voor vervangbaar worden gehouden (*res quae pondere, numero, mensura constant*, zoogenaamde *res fungibiles*). In het eerste geval daarentegen gelden ze als niet-vervangbaar.

Of eene zaak vervangbaar is of niet, hangt dus niet af van hare natuurlijke eigenschappen, maar veeleer van de bedoeling, waarmede de partijen daarover eene rechtshandeling aangaan. Wèl is het waar, dat sommige zaken (bijv. geld) doorgaans als vervangbaar, andere daarentegen (bijv. huizen) in den regel als niet-vervangbaar worden behandeld.

Deze onderscheiding komt te pas, o. a. waar eene zaak ter leen wordt gegeven (zie hieronder §§ 184, 185); verg. ook § 126.

Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non

possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest. Paul. l. 2 § 1 D. de reb. cred. (XII, 1).

Sed si non corpus sit legatum, sed quantitas eadem in eodem testamento saepius, divus Pius rescripsit tunc saepius praestandam summam, si evidentissimis probationibus ostendatur testatorem multiplicasse legatum voluisse: idemque et in fideicommisso constituit. Ejusque rei ratio evidens est, quod eadem res saepius praestari non potest, eadem summa volente testatore multiplicari potest. — Sed hoc ita erit accipiendum, si non certum corpus nummorum saepius sit relictum, ut puta centum, quae in arca habet, saepius legavit: tunc enim fundo legato esse comparandum credo. Ulp. l. 34 § 3, § 4 D. de legat. I. (XXX).

Sed si certos nummos (veluti quos in arca habet) aut certam lancem legavit, non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum vel rei legatae continentur neque permutationem recipiunt et exemplo cujuslibet corporis aestimanda sunt. Papin. l. 51 D. eod.

Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur. Paul. l. 37 D. de V. O. (XXXXV, 1).

Dos si pondere numero mensura contineatur, annua bima trima die redditur, nisi si ut praesens reddatur convenerit. Reliquae dotes statim redduntur. Ulp. Fragm., VI § 8.

Talis scriptura: „quas pecunias legavi, quibus dies adpositus non est, eas heres meus annua bima trima die dato“, ad corpora legata non pertinet, sed ad ea quae pondere numero mensura continentur. — Item si legetur pecunia quae in arca est vel vinum quod in apothecis est, dicendum est cessare clausulam, quoniam quotiens species legetur cessare diximus. Ulp. l. 30 pr., § 6 D. de legat. I. (XXX).

§ 63. GELD.

Onder de zaken, die gewoonlijk als vervangbaar worden beschouwd, is vooral van belang het geld, dat als waardemeter, als ruilmiddel en als betaalmiddel in het verkeer eene groote rol speelt (zie hieronder § 175, V).

Oudtijds gebruikten de Romeinen vee, runderen en schapen, als ruilmiddel; later kwamen daarvoor in de plaats baren koper. Omstreeks den tijd der 12 Tafelen kregen zij gemunt geld (pecunia signata forma publica populi Romani): eerst koperen, daarna zilveren en eindelijk gouden munten.

Ovibus duabus multabantur apud antiquos in minoribus delictis, ut in majoribus XXX bobus, nec hunc ultra numerum excedebat multatio; sed posteaquam aere signato uti civitas coepit pecoraque multatitia incuria corrumpentur, unde etiam peculatus crimen usurpari coeptum est, facta aestimatio pecoralis multae, et boves centenis assibus, oves denis aestimatae. Inde suprema multa, id est maxima, appellatur tria milia aeris; item vicessis minoribus delictis. Festus, in *ve. Ovibus*.

Ideo autem aes et libra adhibetur, quia olim aereis tantum nummis utebantur, et erant asses, dupundii, semisses, quadrantes, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat, sicut ex lege XII tabularum intellegere possumus; eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat sed in pondere — asses librales erant, et dupundii —; unde etiam dupundius dictus est quasi duo pondo, quod nomen adhuc in usu retinetur. Semisses quoque et quadrantes pro rata scilicet portione ad pondus examinati erant. — qui dabat olim pecuniam, non numerabat eam, sed appendebat; unde servi quibus permittitur administratio pecuniae, dispensatores appellati sunt et . . . Gajus, Inst. I § 122.

Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurreret, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. Paul. l. 1 pr. D. de contr. empt. (XVIII, 1).

Ten aanzien van het geld onderscheidt men: 1^o. de nominale waarde, welke door den Staat aan de munt wordt gegeven; 2^o. de metaalwaarde, d. i. de waarde van het metaal, waaruit het muntstuk bestaat; 3^o. de koerswaarde, d. i. de waarde, die in het verkeer aan de munt wordt toegekend. Wanneer deze verschillende waarden uiteenloopen — en dit geschiedt vooral in tijden van storing van het muntwezen — dan rijst de vraag, wat bij geldschulden eigenlijk het voorwerp is van de verbintenis: de nominale, de metaal-, of de koerswaarde der in de verbintenis uitgedrukte geldsom.

§ 64. VERBRUIKBARE EN NIET-VERBRUIKBARE ZAKEN.

Verbruikbare zaken zijn de zoodanige, die, zoodra zij volgens hare gewone bestemming gebruikt worden, door dat gebruik te niet gaan of aanmerkelijk in waarde verminderen (eetwaren, wijn, zeep). De overige zaken noemt men niet-verbruikbaar, al gaan ook deze door een herhaald en voortdurend gebruik te niet. Geld wordt als eene verbruikbare zaak beschouwd, omdat de bezitter het niet volgens zijne bestemming kan gebruiken, zonder dat het voor hem verloren is.

Deze onderscheiding heeft practische beteekenis vooral in de leer van het vruchtgebruik (zie hieronder § 162). Met die in vervangbare en niet-vervangbare zaken (zie hierboven § 62) is zij verwant, maar niet identiek.

Constituitur autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et jumentis ceterisque rebus exceptis his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum. Quo numero sunt vinum oleum frumentum vestimenta. Quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur . . . § 2 l. de usu fr. (II, 4).

Senatus consulto cautum est, ut, etiamsi earum rerum, quae in abusu continentur, ut puta vini olei tritici, ususfructus legatus sit, legatario res tradantur, cautionibus interpositis de restituendis eis, cum ususfructus ad legatarium pertinere desiderit. Ulp. Fragm., XXIV § 27.

Nomismatum aureorum vel argenteorum veterum, quibus pro gemmis uti solent, usus fructus legari potest. Pomp. l. 28 D. de usu fr. (VII, 1).

§ 65. DEELBARE EN ONDEELBARE ZAKEN.

In natuurlijken zin zijn alle lichamelijke zaken vatbaar voor verdeling. In rechte gelden echter alleen die zaken als deelbaar, welke gesplitst
Rom. recht. I, 2e druk.

kunnen worden in deelen, die, in omvang kleiner dan het geheel, in aard daaraan gelijk zijn: „*quae sine damno dividi possunt.*” Eene zaak is rechteus ondeelbaar, wanneer door de verdeeling haar wezen zou worden aangerand, hare waarde aanmerkelijk zou verminderen, „*si vel naturaliter indivisae sint vel sine damno divisio earum fieri non potest.*” Deelbaar is een stuk land, een klomp ruw metaal, eene som gelds. Ondeelbaar is een slaaf, een paard, een klok, een diamant.

Illud certum est eum, qui fundum stipulatus usum fructum vel viam accepto facit, in ea esse causa, ut acceptilatio non valeat: qui enim accepto facit, vel totum vel partem ejus, quod stipulatus est, debet accepto facere, haec autem partes non sunt, non magis quam si quis domum stipulatus accepto ferat cementa vel fenestras vel parietem vel diactam. Ulp. l. 13 § 2 D. de accept. (XXXVI, 4).

„Locus” est non fundus, sed portio aliqua fundi: „fundus” autem integrum aliquid est. Et plerumque sine villa „locum” accipimus: ceterum adeo opinio nostra et constitutio locum a fundo separat, ut et modicus locus possit fundus dici, si fundi animo eum habuimus. Non etiam magnitudo locum a fundo separat, sed nostra affectio: et quaelibet portio fundi poterit fundus dici, si jam hoc constituerimus. Nec non et fundus locus constitui potest: nam si eum alii adjunxerimus fundo, locus fundi efficitur. Ulp. l. 60 pr. D. de V. S. (L, 16).

De deelbare zaak is vatbaar voor verdeeling. Heeft deze werkelijk plaats gehad, dan kan men eigenlijk niet meer van deelen spreken: ieder deel is eene zaak op zich zelve geworden. De *communio pro diviso* kan alleen in oneigenlijken zin eene gemeenschap heeten; inderdaad bestaat er slechts nabuurschap.

Si quis partem aedium tradet vel partem fundi, non potest servitutem imponere, quia per partes servitus imponi non potest, sed nec adquiri. Plane si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus. Quod et in aedibus potest dici, si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas dividerit, ut plerique faciunt: nam et hic pro duabus domibus accipi debet. Ulp. l. 6 § 1 D. comm. praed. (VIII, 4).

Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. Paul. l. 25 § 1 D. de V. S. (L, 16).

Inter eos, qui secundum unam ripam praedia habent, insula in flumine nata non pro indiviso communis fit, sed regionibus quoque divisis: quantum enim ante cujusque eorum ripam est, tantum, veluti linea in directum per insulam transducta, quisque eorum in ea habebit certis regionibus. Paul. l. 29 D. de A. R. D. (XXXI, 1).

Nog in een anderen zin wordt van verdeeling en van deelen gesproken. Bij alle zaken, ook bij de ondeelbare, is namelijk intellectueele verdeeling mogelijk (*partes pro indiviso, communio pro indiviso*). Niet de zaak zelve is dan lichamelijk verdeeld, maar veeleer is verdeeld het recht op de zaak, het recht op hare opbrengsten. Ieder deelgenoot mag over zijn onverdeeld aandeel vrij beschikken, maar bij alle handelingen, die het gemeenschappelijke voorwerp betreffen, wordt hij door den wil van zijne deelgenooten beperkt (zie hieronder § 145).

Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore: et ideo si quid

stipulatur vel quaqua alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro parte, qua dominium in eo habent Ulp. l. 5 D. de stip. serv. (XXXXV, 3).

Sed si pars fundi simpliciter, non quae Maevii fuit, legetur, solutio prior non peremit alteram actionem, atque etiam hanc eandem partem aliquo modo suam factam poterit alter heres solvere: neque plures in uno fundo dominium juris intellecto, non divisione corporis optinent. Papin. l. 66 § 2 D. de legat. II. (XXXI).

Pomponius libro trigensimo sexto probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere: quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse: et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili neque in hereditatis petitione locum habet: nunquam enim pro diviso possideri potest. Paul. l. 8 D. de R. V. (VI, 1).

Portionem propriam rebus necdum divisus nemo prohibetur titulo donationis in alium transferre. Diocl. et Maxim. l. 12 C. de donat. (VIII, 53).

Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi jus esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat Papin. l. 28 D. comm. div. (X, 3).

Ook de rechten worden onderscheiden in deelbare en ondeelbare. Deelbaar is bijv. het vruchtgebruik (zie hieronder § 162), ondeelbaar zijn de erfdienstbaarheden (zie § 161). Over de deelbaarheid der verbintenissen, zie § 175, III.

De gevolgen der deelbaarheid en ondeelbaarheid worden in de verschillende zoeven aangehaalde §§ besproken; verg. ook hieronder § 150.

Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est: et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt: et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est. Pomp. l. 17 D. de serv. (VIII, 1).

Quaedam legata divisionem non recipiunt, ut ecce legatum viae itineris actusve: ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere. Sed et si opus municipibus heres facere jussus est, individuum videtur legatum: neque enim ullum balineum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intellegitur, qui ei propriam formam, quae ex consumptione contingit, non dedit: quorum omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint, singuli in solidum tenentur. Haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. Sed potest heredi hoc remedio succurri, ut aestimatione facta legati denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali. Gajus l. 80 § 1 D. ad leg. Falc. (XXXV, 2).

§ 66. EENVOUDIGE EN SAMENGESTELDE ZAKEN. RECHTSZAKEN.

De lichamelijke zaken zijn òf

1^o. eenvoudige, d. w. z. zaken, door de natuur geschapen of door de menschelijke nijverheid voortgebracht, die uit één stuk bestaan, één organisch geheel uitmaken (bijv. een slaaf, een balk, een standbeeld); òf

2^o. samengestelde, d. w. z. zaken, die uit verschillende, door menschenhanden mechanisch vereenigde deelen bestaan (bijv. een huis, een schip, een wagen).

Daarnaast wordt nog gesproken van rechtszaken, welke bestaan uit eene vereeniging van zelfstandige, meestal gelijksoortige voorwerpen, die noch organisch noch mechanisch met elkaar verbonden zijn, maar, om hare gemeenschappelijke bestemming, als eene eenheid gedacht en met één naam genoemd worden (bijv. eene kudde, eene bibliotheek, een kabinet van schilderijen).

Rerum mixtura facta an usucapionem ejusque praecedentem interrumpit, quaeritur. Tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Graece *ἑνωμένον* vocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod *συννημιμένον* vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus legio grex. Primum genus usucapione quaestionem non habet, secundum et tertium habet. Pomp. l. 30 pr. D. de usurp. et usuc. (XXXXI, 3).

Bij de eenvoudige zaken kunnen geene deelen als zelfstandige zaken worden onderscheiden; alle deelen zijn altijd aan dezelfde rechtsbetrekkingen onderworpen. Worden er werkelijk deelen afgescheiden, dan blijven die onderworpen aan dezelfde rechtsbetrekkingen, waaraan vroeger het geheel onderworpen was.

Bij de samengestelde zaken daarentegen kan het voorkomen, dat de verschillende deelen vóór de vereeniging aan verschillende rechtsbetrekkingen onderworpen waren. Over den invloed, dien de samenvoeging tot ééne zaak oefent op den rechtstoestand der deelen, zie hieronder § 151.

Bij de rechtszaak behoudt ieder voorwerp zijn eigen rechtstoestand. Doch waar over zoodanige rechtszaak eene rechtshandeling wordt aangegaan, brengt de bedoeling der partijen in den regel mede, dat zij als eenheid gedacht en, onafhankelijk van de verwisseling of den ondergang der afzonderlijke voorwerpen, voortdurend als dezelfde zaak beschouwd worde. Zoo bij het legaat van eene kudde of bibliotheek; zoo ook bij het vruchtgebruik, bij het pandrecht (zie hieronder § 169); verg. over het beroemde vraagstuk van de vindicatie eener kudde: § 155.

Item quaecumque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separantur et tunc vindicentur. . . . At in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, singulae oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse. Quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret: nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur. Paul. l. 23 § 5 D. de R. V. (VI, 1).

De tertio genere corporum videndum est. Non autem grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. Quid ergo est? Etsi ea natura ejus est, ut adjectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio. Nec si quid emptum immixtum fuerit gregi augendi ejus gratia, ideo possessio causa mutabitur, ut, si reliquus grex domini mei sit, haec quoque ovis, sed singulae suam causam habebunt, ita ut, si quae furtivae erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiantur. Pomp. l. 30 § 2 D. de usurp. et usuc. (XXXXI, 3).

Grege legato et quae postea accedunt ad legatarium pertinent. Ulp. l. 21 D. de legat. I. (XXX).

Si grege legato aliqua pecora vivo testatore mortua essent in eorumque locum aliqua essent substituta, eundem gregem videri: et si deminutum ex eo grege pecus esset et vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desisset esse: quemadmodum insula legata, si combusta esset, area possit vindicari. Pomp. l. 22 D. eod.

Si grex legatus fuerit posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quae post testamentum factum gregi adiciuntur, legato cedere Julianus ait: esse enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicuti aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus. § 18 l. de legat. (II, 20).

Sed si gregis usum fructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fetu fructuarius summittere debet, ut et Juliano visum est, et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere. Recte enim colere debet et quasi bonus pater familias uti debet. § 38 l. de rer. div. (II, 1).

Sed quod dicitur debere eum summittere, totiens verum est, quotiens gregis vel armenti vel equitii, id est universitatis usus fructus legatus est: ceterum si singulorum capitum, nihil supplebit. Ulp. l. 70 § 3 D. de usu fr. (VII, 1).

Grege pignori obligato quae postea nascuntur tenentur: sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur. Marcian. l. 13 pr. D. de pign. (XX, 1).

§ 67. HOOFDZAKEN EN BIJZAKEN. HULPZAKEN.

Tusschen verschillende zaken kan eene zoodanige verhouding bestaan, dat de eene als hoofdzaak, de andere als bijzaak wordt aangemerkt (*res principalis, accessio*). De eigenschap van hoofdzaak is niet onveranderlijk, maar slechts relatief; zij is afhankelijk van de betrekking, waarin de mensch bij zijne rechtshandelingen de zaken tot elkander brengt of beschouwt. De boom bijv. is bijzaak ten aanzien van den bodem, hoofdzaak ten aanzien van de vruchten.

De bijzaken zijn van tweeërlei aard:

I. Eigenlijk gezegde bijzaken. Deze verliezen haar zelfstandig bestaan om zich geheel met de hoofdzaak te vereenigen, zich daarin op te lossen; zij worden bestanddeelen van de hoofdzaak en volgen daarom in alles haar lot (*accessio cedit principali*). Bijzaak van den grond is alles wat organisch daarmede samenhangt (boomen, vruchten) of wat zoodanig met den bodem is verbonden, dat het daarmede slechts één geheel uitmaakt (*superficies; quod solo inaedificatur, solo cedit*).

Quintus Mucius scribit: dominus fundi de praedio arbores stantes vendiderat et pro his rebus pecuniam accepit et tradere volebat: emptor quaerebat, quid se facere oporteret, et verebatur, ne hae arbores ejus non viderentur factae. Pomponius: arborum, quae in fundo continentur, non est separatam corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit: sed ex empto habet actionem. Pomp. l. 40 D. de act. empt. vend. (XIX, 1).

..... Sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret. Paul. l. 44 § 1 D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

Numquam superficies sine solo capi longo tempore potest. Ulp. l. 26 D. de usurp. et usuc. (XXXXI, 3).

Si fundus hypothecae datas sit, deinde alluvione major factus est, totus obligabitur. Marcian. l. 16 pr. D. de pign. (XX, 1).

Domus pignori data exusta est eamque arcam emit Lucius Titius et exstruxit: quaesitum est de jure pignoris. Paulus respondit pignoris persecutionem perseverare et ideo jus soli superficiem secutam videri, id est cum jure pignoris: sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumptus in exstrukione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, recipere. Paul. l. 29 § 2 D. eod.

II. Hulpzaken. Deze hebben en behouden haar zelfstandig bestaan; zij lossen zich niet op in de hoofdzaak. Wegens hunne voortdurende bestemming ten nutte en ten dienste van de hoofdzaak worden zij echter, naar de opvatting van het verkeer, gerekend tot deze te behooren. Wordt over de hoofdzaak eene rechtshandeling aangegaan (verkoop, verpanding, legaat), dan wordt, zonder nadere bepaling, de hulpzaak daaronder begrepen geacht. Intusschen kan, door de afspraak of volgens de bedoeling der partijen bij het aangaan der rechtshandeling, daarin wijziging gebracht worden.

Als hulpzaken worden bijv. beschouwd: een stuk land dat is aangekocht ter wille van de hoofdplaats van bebouwing; de sleutel met betrekking tot het huis; evenzoo de sleutel ten aanzien van de klok of kist; de lijst bij de schilderij; de etui bij den kijker, enz. Verbinding met de hoofdzaak is noch vereischte noch kenmerk. Ook de grootte of kostbaarheid is niet beslissend.

Si fundum Cornelianum pro emptore longa possessione capiam et partem ex vicini fundo ei adiciam, utrum eam quoque partem reliquo tempore pro emptore capiam an integro statuto tempore? Respondi: partes, quae emptioni fundi adiciuntur, propriam ac separatam condicionem habent, et ideo possessionem quoque earum separatim nancisci oportere et longam possessionem earum integro statuto tempore impleri. Julian. l. 7 § 1 D. pro empt. (XXXXI, 4).

Utra autem utrius materiae sit accessio, visu atque usu rei, consuetudinis patris familiaris aestimandum est. Florentin. l. 29 § 1 D. de auro (XXXIV, 2).

Ante domum mari junctam molibus jactis ripam constituit et uti ab eo possessa domus fuit, Gajo Sejo vendidit: quaero, an ripa, quae ab auctore domui conjuncta erat, ad emptorem quoque jure emptionis pertineat. Respondit eodem jure fore venditam domum, quo fuisset priusquam veniret. Scaev. l. 52 § 3 D. de act. empt. vend. (XIX, 1).

Qui domum possidebat, hortum vicinum aedibus comparavit ac postea domum legavit. Si hortum domus causa comparavit, ut amoeniorem domum ac salubriorem possideret, aditumque in eam per domum habuit et aedium hortus additamentum fuit, domus legato continebitur. Papin. l. 91 § 5 D. de legat. III. (XXXII).

Si quis post testamentum factum fundo Titiano legato partem aliquam adjecerit, quam fundi Titiani destinaret, id quod adjectum est exigi a legatario potest (et similis est causa alluvionis) et maxime si ex alio agro, qui fuit ejus cum testamentum faceret, eam partem adjecit. Pomp. l. 24 § 2 D. de legat. I. (XXX).

Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur, ut puta putealia. Ulp. l. 13 § 31 D. de act. empt. vend. (XIX, 1).

Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet: aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, ut puta seras claves claustra: multa etiam defossa esse neque tamen fundi aut villae haberi, ut puta vasa vinaria torcularia,

quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent. Ulp. l. 17 pr. D. eod.

Sunt tamen quaedam, quae omnimodo legatum sequuntur: ut lectum legatum contineat et fulcra et armariis et loculis claustra et claves cedunt. Ulp. l. 52 § 9 D. de legat. III. (XXXII).

Malum navis esse partem, artemonem autem non esse Labeo ait, quia pleraeque naves sine malo inutiles essent, ideoque pars navis habetur: artemo autem magis adjectamento quam pars navis est. Javol. l. 242 pr. D. de V. S. (L, 16).

Nam quod liquidae materiae sit quia per se esse non potest, rapit secum in accessionis locum id sine quo esse non potest: vasa autem accessio legatae penus, non legata sunt: denique penu consumpta vasa non debentur. Sed et si penum cum vasis specialiter sit legatum, vasa non debebuntur vel consumpta penu vel adempta. Paul. l. 4 pr. D. de penu leg. (XXXIII, 9).

Ter nadere bepaling van het begrip hulpzaak worde nog het volgende opgemerkt:

1^o. de hulpzaak moet bestemd zijn om de *hoofdzaak* te dienen. Wat alleen dienstbaar is aan het nut of het genoegen van den tijdelijken eigenaar der hoofdzaak of wat met zijn beroep in verband staat, is geen hulpzaak. Zoo zijn bijv. het vee en de bouwgereedschappen (*instrumentum fundi*) geene hulpzaken; evenmin het huisraad;

Fundo legato instrumentum ejus non aliter legato cedit, nisi specialiter id expressum sit: nam et domo legata neque instrumentum ejus neque supellex aliter legato cedit, quam si id ipsum nominatim expressum a testatore fuerit. Callistr. l. 14 D. de suppell. leg. (XXXIII, 10).

Fistulae autem et canales et crateres et si qua sunt alia ad aquas salientes necessaria, item serae et claves magis domus portio quam domus instrumentum sunt. Ulp. l. 12 § 24 D. de instructo (XXXIII, 7).

.... Fistulae quoque, quae salientibus junguntur, quamvis longe excurrant extra aedificium, aedium sunt: item canales: pisces autem qui sunt in piscina non sunt aedium nec fundi, Ulp. l. 15 D. de act. empt. vend. (XIX, 1).

non magis quam pulli aut cetera animalia, quae in fundo sunt. Pomp. l. 16 D. eod.

Fundo vendito vel legato sterculinum et stramenta emptoris et legatarii sunt, ligna autem venditoris vel heredis, quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt. In sterculino autem distinctio Trebatii probanda est, ut, si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emptorem sequatur, si vendendi, venditorem, nisi si aliud actum est: nec interest, in stabulo jaceat an acervus sit. Ulp. l. 17 § 2 D. eod.

2^o. die bestemming moet eene blijvende zijn;

Labeo generaliter scribit ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii: ut puta fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium, verum tamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt. Ulp. l. 17 § 7 D. eod.

Dolia fictilia, item plumbea, quibus terra adgesta est, et in his viridaria posita aedium esse Labeo Trebatius putant. Ita id verum puto, si ita illigata sint aedibus, ut ibi perpetuo posita sint. Javol. l. 26 pr. D. de instructo (XXXIII, 7).

Straturam loci alicujus ex tabulis factis, quae aestate tollerentur et hieme ponentur, aedium esse ait Labeo, quoniam perpetui usus paratae essent: neque ad rem pertinere, quod interim tollerentur. Javol. l. 242 § 4 D. de V. S. (L, 16).

3^o. die bestemming moet verwezenlijkt zijn; wat nog niet is in dienst gesteld, geldt niet als hulpzaak.

Ea, quae ex aedificio detracta sunt ut reponantur, aedificii sunt: at quae parata sunt ut imponantur, non sunt aedificii. — Pali, qui vineae causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt, sed qui exempti sunt hac mente ut collocentur, fundi sunt. Ulp. l. 17 § 10, § 11 D. de act. empt. vend. (XIX, 1).

Tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in ruti et caesis habentur: aliud juris est in his, quae detractae sunt ut reponerentur: aedibus enim accedunt. Javol. l. 18 § 1 D. eod.

Hetgeen noch bij-, noch hulpzaak is, noemen de Romeinen: *ruta caesa*.

Quintus Mucius scribit, qui scripsit „ruta caesa quaeque aedium fundive non sunt“, bis idem scriptum: nam ruta caesa ea sunt quae neque aedium neque fundi sunt. Pomp. l. 66 § 2 D. de contr. empt. (XVIII, 1).

§ 68. VRUCHTEN. RENTEN.

Tot de bijzaken behooren de vruchten. Het begrip daarvan eischt afzonderlijke bespreking, omdat het bij verschillende rechtsbetrekkingen toepassing vindt (zie hieronder § 112, n^o. 5, § 126, § 162).

Onder vruchten verstaat men, in rechtskundigen zin, de natuurlijke voortbrengselen van eene zaak, welke deze, volgens hare bestemming in het verkeer, op gezette tijden afwerpt, zonder dat zij zelve daardoor wordt vernietigd.

Fructus rei est vel pignori dare licere. Javol. l. 49 D. de usur. (XXII, 1).

Si fundum viro uxor in dotem dederit isque inde arbores deciderit, si haec fructus intellegantur, pro portione anni debent restitui (puto autem, si arbores caeduae fuerunt vel gremiales, dici oportet in fructu cedere), si minus, quasi deteriorem fundum fecerit, maritus tenebitur. Sed et si vi tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere, non magis, quam si thesaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur, sed pars ejus dimidia restituetur quasi in alieno inventi. Ulp. l. 7 § 12 D. sol. matr. (XXIV, 3).

Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. Hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit. Quid tamen si fuerit etiam partus usus fructus relictus, an habeat in eo usum fructum? Et cum possit partus legari, poterit et usus fructus ejus. — Fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere. Ulp. l. 68 pr., § 1 D. de usu fr. (VII, 1).

In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. — Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit. Gajus l. 28 D. de usur. (XXII, 1).

Ancillarum etiam partus et partuum partus quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur ut pariant, augent tamen hereditatem: quippe cum ea omnia fiunt hereditaria, dubium non est, quin ea possessor, si aut possideat aut post petitam hereditatem dolo malo fecit quo minus possideret, debeat restituere. Ulp. l. 27 pr. D. de H. P. (V, 3).

In sommige opzichten ondergaat dit begrip eenige uitbreiding. Zoo worden, ofschoon zij de eigenschap missen om periodiek terug te keeren, delfstoffen als vruchten beschouwd, voor zoover zij regelmatige opbrengst der zaak mogen heeten. Zoo wordt ook de jacht tot de vruchten ge-

rekend, waar zij als geregelde bron van inkomsten van den bodem is aan te merken.

„Frugem” pro reditu appellari, non solum frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Julianus scribit Paul. l. 77 D. de V. S. (L, 16).

Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit et fundum fructuosiore fecerit, marmor, quod caesum neque exportatum est, mariti et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor: nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia. — Sed si cretifodinae, argenti fodinae vel auri vel ejus alterius materiae sint vel harenae, utique in fructu habebuntur. Ulp. l. 7 § 13, § 14 D. sol. matr. (XXIV, 3).

Sed si lapidicinas habeat et lapidem caedere velit, vel cretifodinas habeat vel harenas, omnibus his usurum Sabinus ait quasi bonum patrem familias: quam sententiam puto veram. Ulp. l. 9 § 2 D. de usu fr. (VII, 1).

Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet. Julian. l. 26 D. de usur. (XXII, 1).

Zoolang de vruchten nog met de moederzaak zijn verbonden (*fructus pendentes*), volgen zij, als deelen daarvan, noodzakelijk den rechtstoestand der hoofdzaak (zie hierboven § 67, I). Eerst na de afscheiding kunnen zij het voorwerp worden van zelfstandige rechtsbetrekkingen. In sommige gevallen wordt reeds door elke afscheiding een recht op de vruchten verworven (zoo bij den erfpachter), in andere gevallen eerst door inbezitneming (gelijk bij den vruchtgebruiker); zie nader hieronder § 153.

Met het oog op de verplichtingen van den bezitter, tegen wien eene actie tot opvordering van eigendom is ingesteld, wordt verder onderscheiden, of de door hem genoten vruchten nog voorhanden of reeds verteerd zijn, terwijl soms ook rekening wordt gehouden met vruchten die niet getrokken zijn, maar getrokken hadden kunnen worden (verzuimde vruchten), zie hieronder § 112.

Fructus pendentes pars fundi videntur. Gajus l. 44 D. de R. V. (VI, 1).

Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua justa causa aequae bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus quos percepit ejus esse pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero, qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere. — Is, ad quem usus fructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si eos ipse percepit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, ad heredem ejus non pertinent, sed domino proprietatis adquiruntur. Eadem fere et de colono dicuntur. § 35, § 36 l. de rer. div. (II, 1).

Fructus intelleguntur deductis impensis, quae quaerendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio exoptulat, verum etiam in praedonibus, sicut Sabino quoque placuit. Paul. l. 36 § 5 D. de H. P. (V, 3).

Tot de vruchten brengt men ook die opbrengsten, welke niet uit de zaak zelve voortkomen, maar tengevolge van daarover aangegane rechtshandelingen op gezette tijden worden verkregen: huren, pachten, renten, enz. (non natura pervenit, sed jure percipitur, zegt Papinianus

in l. 62 pr. D. de R. V., VI, 1). In tegenstelling van de natuurlijke vruchten noemt men ze burgerlijke vruchten.

Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione. Pomp. l. 121 D. de V. S. (L, 16).

Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in ceteris iudiciis bonae fidei servatur. Hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus. Ulp. l. 34 D. de usur. (XXII, 1).

Prædiorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. Ulp. l. 36 D. eod.

Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. Operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones: item vecturae navium et jumentorum. Ulp. l. 29 D. de H. P. (V, 3).

Rente (*foenus, usurae*) is de vergoeding, welke eenerzijds genoten wordt voor het gemis en anderzijds gegeven wordt voor het gebruik van eene som gelds of eene hoeveelheid andere vervangbare zaken. Zij bestaat uit zaken van dezelfde soort als de hoofdsom (*sors*) en wordt gewoonlijk in percenten daarvan uitgedrukt.

De verplichting om rente te betalen is eene accessoire, afhankelijk van het verschuldigd zijn van eene hoofdsom. Deze verplichting moet steeds eene bijzondere oorzaak hebben; zij kan steunen op eene rechtshandeling — eene overeenkomst (hetzij in den vorm eener stipulatie, of als bijgevoegd beding bij eene bonae-fidei-overeenkomst, zie hieronder §§ 183 en 184) of een testament — of onmiddellijk op een wettelijk voorschrift (zie bijv. hieronder § 139, § 177, § 190).

Eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum, sive personali sive hypothecaria, ceciderunt, non posse super usuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem dicendo ex his temporibus eas velle sibi persolvi, quae non ad triginta vel quadraginta praeteritos annos referuntur, et adserendo singulis annis earum actiones nasci: principali enim actione non subsistente satis supervacuum est super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere. Justinian. l. 26 pr. C. de usur. (IV, 32).

Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti: ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur. Paul., Sent. II, 14 § 1.

Pecuniae, quam in usus suos converterunt tutores, legitimas usuras praestant, sed hoc ita demum, si evidenter doceantur pecuniam in usus suos convertisse: ceterum non utique qui non faeneravit vel non deposuit, in suos usus vertit, et ita divus Severus decrevit. Doceri igitur debet in usus suos pecuniam vertisse. Ulp. l. 7 § 4 D. de adm. tut. (XXVI, 7).

In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. Marcian. l. 32 § 2 D. de usur. (XXII, 1).

Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta. In primis pretium, quanti res venit. Item usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, acquissimum est eum usuras pretii pendere. Ulp. l. 13 § 20 D. de act. empt. vend. (XIX, 1).

Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum haec non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur. Hermogen. l. 49 § 1 D. eod.

Si deposita pecunia is qui eam suscepit usus est, non dubium est etiam usuras debere praestare. Sed si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri: non enim duae sunt actiones alia sortis alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur. Gordian. l. 4 C. depos. (IV, 34).

Het Romeinsche Recht heeft het bedingen van rente aan verschillende beperkingen onderworpen. Vooreerst, wat het bedrag der geoorloofde rente betreft. Volgens de wet der 12 Tafelen was het maximum $8\frac{1}{3}\%$ voor het oude jaar van tien maanden (*foenus unciarium*). Gedurende de Republiek gaven tal van woekerwetten (*leges fenebres*) eene nadere regeling. Bij sommige daarvan werd zelfs de rente geheel verboden — zie o. a. Gajus, Inst. IV § 23. In de laatste tijden der Republiek en in den Keizertijd was het maximum 12% (*usurae centesimae*¹⁾. Justinianus bepaalde de geoorloofde rente als regel op 6% ; aanzienlijke personen zouden echter slechts 4% , kooplieden daarentegen tot 8% mogen vorderen. Over het *foenus nauticum*, zie hieronder § 184.

Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes. — Ideoque jubemus illustribus quidem personis sive eas praecedentibus minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum in quocumque contractu vili vel maximo stipulari: illos vero, qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae suam stipulationem moderari; in trajecticiis autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum: ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum posse stipulari et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem usurae exigi solent. Justinian. l. 26 § 1, § 2 C. de usur. (IV, 32).

Andere beperkingen zijn de volgende: 1^o. men mag geene rente van rente nemen (*anatocismus*); 2^o. de rente houdt op te loopen, zoodra de vervallen en onbetaalde renten (volgens de Novellen ook: de geregeld betaalde renten) tot een bedrag zijn geklommen, met het kapitaal gelijkstaande.

Placuit, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit sive usurarum usuras, quod illicite adjectum est pro non adjecto haberi et licitas peti posse. Marcian. l. 29 D. de usur. (XXII, 1).

Ut nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur, et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissime cautum. Si enim usuras in sortem redigere fuerat concessum et totius summae usuras stipulari, quae differentia erat debitoribus, qui re vera usurarum usuras exigebantur? Hoc certe erat non rebus sed verbis tantummodo leges ponere. — Quapropter hac apertissima lege definimus nullo modo licere cuidam usuras praeteriti vel futuri temporis in sortem redigere et earum iterum usuras stipulari, sed, si hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere et nullum aliarum usurarum incrementum sentire, sorti autem antiquae tantummodo incrementum usurarum accedere. Justinian. l. 28 C. de usur. (IV, 32).

Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae. Ulp. l. 26 § 1 D. de cond. ind. (XII, 6).

Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus, nec si pignora quaedam pro debito creditori data sint, quorum occasione quaedam veteres

¹⁾ De Romeinen rekenen de rente bij de maand: *usurae centesimae* beteekent een honderdste deel van het kapitaal, 1% , in de maand. Om lagere procenten aan te duiden neemt men de *usurae centesimae* als eenheid (*as*) en noemt de lagere renten naar de deelen van den *as*: *uncia* $\frac{1}{12}$, *sextans* $\frac{2}{12}$, *quadrans* $\frac{3}{12}$, *triens* $\frac{4}{12}$, *quincunx* $\frac{5}{12}$, *semis* $\frac{6}{12}$, *septunx* $\frac{7}{12}$, *bes* $\frac{8}{12}$, *dodrans* $\frac{9}{12}$, *dextans* $\frac{10}{12}$, *dewx* $\frac{11}{12}$. *Usurae trientes* is dus 4% rente per jaar.

leges et ultra duplum usuras exigi permittebant. — Quod et in bonae fidei judiciis ceterisque omnibus in quibus usurae exiguntur servari censemus. Justinian. l. 27 § 1, § 2 C. de usur. (IV, 32).

Si usuras exactas tutor vel curator usibus suis retinuerint, earum usuras agnoscere eos oportet: sane enim parvi refert, utrum sortem pupillarem an usuras in usus suos converterint. Ulp. l. 7 § 12 D. de adm. tut. (XXVI, 7).

De rente vooruit te ontvangen, is niet verboden.

Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat. Florentin. l. 57 pr. D. de pact. (II, 14).

Non male dictum est, si creditor usuras in futurum acceperit, deinde pecuniam nihilo minus petat, antequam id tempus praetereat, cujus temporis usuras accepit, an doli exceptione repellatur. Et potest dici dolo eum facere: accipiendo enim usuras distulisse videtur petitionem in id tempus, quod est post diem usurarum praestitarum, et tacite convenisse interim se non petiturum. Ulp. l. 2 § 6 D. de doli exc. (XXXIV, 4).

§ 69. WAARDE DER ZAKEN.

Met het oog op hare bruikbaarheid hebben de zaken eene waarde. Deze is niet standvastig, maar afhankelijk van tijd en plaats. Waar in rechte de waarde eener zaak bepaald moet worden, let men dus op de waarde van een bepaalde tijd en plaats. Met individueele neigingen (zoogenaamd *pretium affectionis*) wordt geen rekening gehouden (zie hieronder § 176).

Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. Nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset. Sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest, nec exspectandum est, dum vendat, sed in praesentia, non qua filius alienus, sed qua homo aestimatur. . . . Paul. l. 63 pr. D. ad leg. Falc. (XXXV, 2).

Waar door den rechter de waarde eener zaak moet worden geschat, zal hij in den regel deskundigen raadplegen. In sommige gevallen heeft de eischer het recht, door zijn eed, de waarde der zaak aan te geven (*jusjurandum in litem*); zoo bij bonae-fidei-acties, waar de gedaagde, tot teruggave eener zaak verplicht, weigerachtig blijft aan die verplichting te voldoen, of daartoe door opzet of grove schuld niet in staat is (zie bijv. hieronder § 155); zoo ook, waar de waarde der zaak op geene andere wijze is vast te stellen. De rechter kan echter een maximum bepalen, waarboven de eischer niet zal mogen gaan; hij kan ook eene overdreven waardeering inkorten.

Sive nostrum quid petamus sive ad exhibendum agatur, interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur: cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor. Paul. l. 2 D. de in lit. jur. (XII, 3).

Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem jurandum est, veluti si promissor Stichum moram fecerit et Stichus decesserit, quia iudex aestimare sine relatione jurisjurandi non potest rem quae non extat. Marcian. l. 5 § 4 D. eod.

In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei judiciis in litem juratur. — Sed iudex potest praefinire certam summam, usque ad quam iuret: licuit enim ei a primo nec deferre. — Item et si juratum fuerit, licet iudici vel absolvere vel minoris condemnare. Marcian. l. 5 pr., § 1, § 2 D. eod.

Hoofdstuk IV.

OVER HET ONTSTAAN EN TE NIET GAAN VAN RECHTEN.

Totum autem jus consistit aut in acquirendo aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc agitur quemadmodum quid ejusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat. Ulp. l. 41 D. de legibus (1, 3).

§ 70. ONTSTAAN, VERANDERING EN TE NIET GAAN VAN RECHTEN IN HET ALGEMEEN.

Men zegt, dat een recht (in subjectieven zin) wordt verkregen, wanneer de voorwaarden zijn verwezenlijkt, waaronder de rechtsorde eene zekere bevoegdheid of een zeker samenstel van bevoegdheden aan een bepaalden persoon toekent. Het recht verandert of gaat te niet, wanneer de voorwaarden aanwezig zijn, waaraan de rechtsorde verandering of opheffing dier bevoegdheden verbindt (zie nader hieronder §§ 92 en 93).

De verkrijging van een recht door een bepaalden persoon gaat niet noodwendig samen met het ontstaan van dat recht: het kan immers reeds aan een ander hebben toebehoord; eveneens sluit verlies van het recht door den rechthebbende geen absoluten ondergang van dat recht in zich.

De voorwaarden voor het verkrijgen van een recht zijn de volgende:

- 1^o. dat het subject bevoegd is tot die verkrijging;
- 2^o. dat het voorwerp van het recht daartoe geschikt is;
- 3^o. dat er iets heeft plaats gehad, waaraan de rechtsorde de vestiging van het recht des verkrijgers vastknoopt;
- 4^o. dat deze een redelijk, zij het ook niet juist een geldelijk belang heeft bij dat recht.

Nadere toelichting is noodig met betrekking tot het derde punt.

Het geheel der feiten, waaraan het objectieve recht zeker gevolg verbindt, noemen de Duitschers den *Thatbestand*. Deze bestaat uit één of meer feiten, *rechtsfeiten* (*juristische, rechtsbegründende, rechtserzeugende Thatsachen*) geheeten.

Deze rechtsfeiten zijn van verschillenden aard; men onderscheidt:

1^o. handelingen, wilsuitingen van privaatspersonen, en wel:

a. geoorloofde, in overeenstemming met de rechtsorde verrichte: rechtshandelingen;

b. ongeoorloofde, in strijd met de rechtsorde verrichte;

2^o. toevallige gebeurtenissen, zooals bijv. geboorte, dood, tijdsverloop, ontstaan van een eiland, aanspoeling (zie hieronder § 151).

Waar voor de verkrijging van een recht geene vrijwillige handeling van den verkrijger vereischt wordt, daar zegt men, hoewel minder nauwkeurig, dat het recht op grond der wet (*ipso jure, lege, tacite*) wordt verkregen.

Wij bespreken nu in §§ 72—90 de rechtshandelingen, in § 91 de ongeoorloofde handelingen. Wat de toevallige gebeurtenissen aangaat, zoo behandelen wij in § 94 alleen den invloed van den tijd. Het is ondoenlijk, alle rechtsfeiten op te sommen; voor een deel komen zij in verschillende hoofdstukken ter sprake.

Vooraf gaan nog eenige algemeene opmerkingen.

Voor het intreden van een rechtsgevolg is nu eens een enkel rechtsfeit voldoende, dan weder moeten twee of meer rechtsfeiten samengaan, hetzij gelijktijdig of achtereenvolgens; voor de verkrijging eener erfenis bijv. is noodig het bestaan van een testament, de dood van den erflater, de aanvaarding door den erfgenaam; zoo eischt de verjaring (zie hieronder § 149) de aanwezigheid van verschillende rechtsfeiten.

Niet altijd brengen rechtsfeiten onmiddellijk een stellig rechtsgevolg te weeg. Vaak blijft het van latere gebeurtenissen afhankelijk, of en welk rechtsgevolg zal te voorschijn treden. In den tusschentijd bestaat er dan een onzekere, zwevende toestand.

Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum propter jus postliminii: quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt. Idcirco reversus et liberos habebit in potestate, quia postliminium fingit eum qui captus est semper in civitate fuisse: si vero ibi decesserit, exinde, ex quo captus est pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminii jus quoque potestatis parentis in suspenso esse.... § 5 I. quib. mod. jus pot. (I, 12).

Cum servus legatur, et ipsius servi status et omnium, quae personam ejus attingunt, in suspenso est. Nam si legatarius repulerit a se legatum, numquam ejus fuisse videbitur: si non repulerit, ex die aditae hereditatis ejus intellegitur. Secundum hanc regulam et de jure eorum, quae per traditionem servus acceperit aut stipulatus fuerit, deque his, quae legata ei vel donata fuerunt, statuatur, ut vel heredis vel legatarii servus singula gessisse existimetur. Julian. l. 86 § 2 D. de legat. l. (XXX).

In den regel werken rechtsfeiten alleen voor de toekomst, doch somtijds wordt aangenomen, dat zij vroeger hebben plaats gehad, dan in werkelijkheid het geval is; men spreekt dan van terugwerkende kracht.

Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intellegitur. Florentin. l. 54 D. de A. v. O. H. (XXIX, 2).

Het Romeinsche Recht maakt dikwijls gebruik van fictiën, ten deele een gevolg van de eigenaardige plaats, die de Praetor inneemt (zie hierboven § 19). De rechtsorde verbindt dan aan een zeker feit een rechtsgevolg, door het zoo voor te stellen, alsof niet dat feit, maar een ander heeft plaats gevonden, of ook wel door te fingeeren, dat, naast het werkelijk bestaande, nog andere feiten aanwezig zijn; zie Gajus, Inst. IV §§ 34—38, en hierboven § 38 over de fictie der Lex Cornelia.

§ 71. SOORTEN VAN VERKRIJGING.

Een recht wordt verkregen òf op oorspronkelijke (originaire) wijze, wanneer de verkrijger zijn recht niet ontleent aan een ander (zoo bij toeëigening, verjaring), òf op afgeleide (derivative) wijze, wanneer de verkrijger zijn recht wèl afleidt van een ander (bijv. bij levering ten gevolge van verkoop, bij erfopvolging). In het eerste geval is het recht van den verkrijger geheel zelfstandig; in het tweede is zijn recht afhankelijk van dat van den vroegeren gerechtigde: *hetzelfde* recht, dat vroeger aan dezen toekwam, gaat nu over op den verkrijger. Men spreekt dan van eene opvolging (*successio*), van een opvolger (*successor*) en een voorganger of auteur (*auctor*).

Opvolging is niet bij alle rechten mogelijk. Zij is uitgesloten bij familie-rechten, bij de rechten van vruchtgebruik en gebruik, enz.

De oorspronkelijke verkrijging gaat niet altijd gepaard met ontstaan van het recht; als men bijv. door verjaring een recht verwerft, kan het zijn, dat dit recht vroeger reeds bestaan heeft; toch is er eene oorspronkelijke wijze van verkrijging, omdat er geen band bestaat tusschen het vroegere recht en het latere; er heeft wel plaats eene op elkaar volging, maar geene opvolging.

Omgekeerd kan de verkrijging eene afgeleide zijn, al heeft het nu verworven recht vroeger nooit als zelfstandig recht bestaan; bijv. indien de eigenaar een servituut of pandrecht vestigt op zijn eigendom: zoogenaamde constitutieve verkrijging (in tegenstelling van de translatieve).

Quod nostrum non est, transferemus ad alios: veluti is qui fundum habet, quamquam usum fructum non habeat, tamen usum fructum cedere potest. Paul. l. 63 D. de usu fr. (VII, 1).

Overal waar sprake is van eene afgeleide wijze van verkrijging, treedt de opvolger in de rechten van den voorganger. Hij heeft in den regel — bestaan er uitzonderingen (zie § 14 I. de usuc. II, 6)? — geen beter, geen meer omvattend recht dan zijn auteur; het recht blijft bij hem onderworpen aan alle lasten en beperkingen, waaraan het bij den auteur onderworpen was. Anders is het met die beperkingen, welke alleen den *persoon* van den voorganger betroffen. Bij eigendomsoverdracht bijv. wordt de verkrijger niet verbonden door de persoonlijke verplichtingen, die de vorige eigenaar ten aanzien van de overgedragene zaak had op zich genomen: deze verbinden alleen den persoon, die de verbintenis aanging, maar beperken niet het eigendomsrecht zelf.

Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet. Ulp. l. 54 D. de R. J. (L, 17).

Non debeo melioris condicionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit. Paul. l. 175 § 1 D. eod.

Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert. — Quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit: si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber, uti fuit: et si forte servitutes debebantur fundo qui traditus est, cum jure servitutium debitarum transfertur. Si quis igitur fundum dixerit liberum, cum traderet, eum qui servus sit, nihil juri servitutis fundi detrahit, verumtamen obligat se debetique praestare quod dixit. Ulp. l. 20 pr., § 1 D. de A. R. D. (XXXXI, 1).

Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto. Gajus l. 25 § 1 D. loc. (XIX, 2).

Lucius Titius promisit de fundo suo centum milia modiorum frumenti annua praestare praediis Gaji Seji: postea Lucius Titius vendidit fundum additis verbis his: „quo jure quaque condicione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt itaque habebuntur“: quaero, an emptor Gajo Sejo ad praestationem frumenti sit obnoxius. Respondit emptorem Gajo Sejo secundum ea quae proponerentur obligatum non esse. Scaev. l. 81 § 1 D. de contr. empt. (XVIII, 1).

Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto actione conventus quod tua interest praestare cogitur. Alex. l. 6 C. de her. vel act. vend. (IV, 39).

De opvolging wordt onderscheiden in:

1^o. bijzondere, opvolging onder bijzonderen titel, *successio in rem, in singularum rerum dominium*, en

2^o. algemeene, opvolging onder algemeenen titel, *successio per universitatem, successio in universum jus*.

Bij de eerste volgt de verkrijger op in een of meer bepaalde rechten. Bij de laatste volgt hij op in het geheel (of een evenredig gedeelte) van eens anders rechten en verplichtingen: in het geheel der rechten, en daardoor middellijk in de bijzondere rechten, waaruit die eenheid bestaat, daaronder somtijds zelfs in rechten, die op zich zelve niet vatbaar zijn voor overdracht of waarvan de overdracht een anderen, strengeren vorm zou eischen; in het geheel der verplichtingen, ook in die, welke niet met bepaalde voorwerpen zijn verbonden.

..... In locum successisse accipimus, sive per universitatem sive in rem sit successum. Ulp. l. 1 § 13 D. quod legat. (XXXIII, 3).

Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant. Pomp. l. 37 D. de A. v. O. H. (XXIX, 2).

Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et res, cujus aliquis commercium non habet: nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus ejus efficitur. Paul. l. 62 D. de A. R. D. (XXXXI, 1).

Eene opvolging onder algemeenen titel kan niet willekeurig door de partijen worden in het leven geroepen; zij is alleen mogelijk in de gevallen, bij de wet aangeduid. Slechts dan komt zij te pas, als het subject van een vermogen, door natuurlijke of burgerlijken dood, is verdwenen. Het oude Romeinsche Recht kende dergelijke opvolging in een aantal gevallen, waarvan er ten tijde van Justinianus slechts enkele zijn overgebleven; zoo o. a. bij de *adrogatio*, in het latere Romeinsche recht zeer beperkt (zie hieronder § 133); bij de *in manum conventio*, in het Justiniaansche recht vervallen (zie hieronder § 125); bij de *bonorum emptio*, een ouden, later verdwenen vorm van executie (zie hieronder § 117); bij de verkrijging volgens het *Senatusconsultum Claudianum*, door Justinianus afgeschaft (zie hierboven § 38). Zoo bleven bij Justinianus alleen nog over de verschillende wijzen van erfopvolging, waarover zie Bijzonder Gedeelte, Hoofdst. IV; verg. ook over de *addictio bonorum libertatum conservandorum gratia*, hierboven § 40.

Sunt autem etiam alterius generis successiones quae neque lege XII tabularum neque praetoris edicto, sed eo jure quod consensu receptum est, introductae sunt. — Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit, mulierve in manum convenit, omnes ejus res incorporales et corporales quaeque ei debitae sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur, exceptis his quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertinorum quae per jusjurandum contracta est, et lites contestatae legitimo judicio. Gajus, Inst. III § 82, § 83.

Mulier bona sua omnia in dotem dedit: quaero, an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur. Paulus respondit eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus conveniri ejus non posse, sed non plus esse in promissione bonorum quam quod superest deducto aere alieno. Paul. I. 72 pr. D. de J. D. (XXIII, 3).

Eene andere onderscheiding is, dat de verkrijging van rechten geschiedt of om niet (*ex causa lucrativa*) of onder bezwarenden titel. Het laatste heeft plaats, waar de verkrijger voor hetgeen hij verwerft een equivalent geeft (bijv. bij koop of huur); het eerste, waar hij verwerft zonder eenige daar tegenover staande opoffering (zoo bij erfenis, legaat of schenking).

*ex causa
onerata*

§ 72. BEGRIP EN SOORTEN VAN RECHTSHANDELINGEN.

Onder handeling verstaat men elke wilsuiting, die zich naar buiten openbaart. Handelingen zijn positief of negatief, naarmate zij bestaan in doen of niet-doen; zij zijn verder geoorloofd of ongeoorloofd.

Onder de geoorloofde handelingen zijn voor ons vooral van belang de rechtshandelingen. In het begrip *rechtshandeling* vatten wij samen alle wilsverklaringen van een privaat persoon, welke ten doel hebben, economische gevolgen te weeg te brengen, die door de rechtsorde in het algemeen gebillijkt en tot rechtsgevolgen verheven worden (huwelijk, testament, koop). Dat de handelende persoon die rechtsgevolgen, geheel of gedeeltelijk, heeft voorzien of gekend, is niet noodig.

Delicten (zie hieronder § 91) zijn ook wilsverklaringen, maar geene rechtshandelingen. Wel is ook hier het doel van den handelende om

economische gevolgen te weeg te brengen; doch dit doel en deze gevolgen worden juist door de rechtsorde bestreden. De rechtsgevolgen, die hier ontstaan, zijn geheel onafhankelijk van des daders wil.

De rechtshandelingen worden op de volgende wijzen onderscheiden:

I. Eenzijdige en meezijdige rechtshandelingen. De eerste komen tot stand door de wilsverklaring van één persoon; hiertoe behooren toe-eigening, eenzijdige belofte, uiterste wilsbeschikking, aanvaarding eener erfenis, enz. De tweede vereischen de overeenstemmende wilsverklaringen van twee of meer personen, al behoeft de wil van beide partijen niet juist gelijktijdig verklaard te zijn. Overal waar dergelijke overeenstemmende wilsverklaringen een rechtsgevolg te weeg brengen, kan men in ruimen zin van eene overeenkomst spreken; daaronder valt dan bijv. het huwelijk (zie hieronder § 122), daaronder vallen ook verschillende verschijnselen op het gebied van het staats-, straf- en volkenrecht. In een meer beperkten zin komt het begrip overeenkomst voor in het verbintenissenrecht, zie hieronder § 181. Over de wijze, waarop overeenkomsten, die altijd meezijdige rechtshandelingen zijn, op hunne beurt weder worden verdeeld in een- en meezijdige, zie hieronder § 182.

Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus. — Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. Ulp. l. 1 §§ 1—3 D. de pact. (II, 14).

Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. . . . Ulp. l. 3 pr. D. de poll. (L, 12).

Unde dicitur uno casu hoc verbo peregrinum quoque obligari posse, veluti si imperator noster principem alicujus peregrini populi de pace ita interroget pacem futuram spondes? Vel ipse eodem modo interrogetur. Quod nimium subtiliter dictum est, quia si quid adversus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed jure belli res vindicatur. Gajus, Inst. III § 94.

II. Handelingen onder de levenden, die bestemd zijn om nog bij het leven der partijen hunne betrekkingen te veranderen, en handelingen ter zake des doods, die eerst met het overlijden van een der partijen in werking treden, en dus door den dood bekrachtigd moeten worden.

Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur: potest dici inofficiosi querellam cessare, si quartam in donatione habet aut, si minus habeat, quod deest viri boni arbitrato repleatur: aut certe conferri oportere id quod donatum est. Ulp. l. 25 pr. D. de inoff. test. (V, 2).

III. Handelingen om niet en handelingen onder bezwarenden titel.

Si quis autem ex causa legati vindicet aut is, cui ex causa donationis res praestita est, vindicet, an de dolo exceptionem patiatur ex causa ejus, in cuius locum successerit? Et magis putat Pomponius summovendum: et ego puto exceptione eos esse repellendos, cum lucrativam causam sint nacti: aliud est enim emere, aliud ex his causis succedere. Ulp. l. 4 § 29 D. de doli exc. (XXXXIV, 4).

IV. Handelingen, bij de beoordeeling waarvan de rechter streng gebonden is aan de door partijen gebezigde woorden (*negotia stricti juris*), en handelingen, waarbij de rechter vrijheid heeft, naar de omstandigheden, volgens billijkheid en goede trouw, te beslissen (*negotia bonae fidei*).

V. Rechtshandelingen, waarvoor een bepaalde vorm is voorgeschreven, en handelingen, die geen bepaalde vorm vereischen (zie hieronder § 76).

VI. Rechtshandelingen, die steunen op het *jus civile*, en zoodanige die steunen op het *jus gentium*. Deze onderscheiding, in het oudere recht van veel gewicht, heeft ten tijde van Justinianus hare practische beteekenis verloren.

VII. Zelfstandige en bijkomende (accessoire) rechtshandelingen. De laatste zijn in hun bestaan afhankelijk van eene andere rechtshandeling; daartoe behooren bijv. de pandovereenkomst, de borgtocht, enz.

§ 73. VEREISCHTEN DER RECHTSHANDELING IN HET ALGEMEEN.

Zal eene rechtshandeling de regelmatige gevolgen te weeg brengen, dan moet zij aan zekere vereischten voldoen. Ontbreekt iets van hetgeen noodig is, dan is de rechtshandeling ongeldig (zie hieronder § 87), en wel zoo, dat zij geheel nietig is, dus in het geheel geene werkingen heeft, of wel zoo, dat zij aanvankelijk de gewone gevolgen heeft, maar vernietigd kan worden.

Een eerste vereischte voor de geldigheid der rechtshandeling is de bevoegdheid der handelende personen: niet van alle menschen wordt de wilsverklaring in rechte erkend (zie hieronder § 74). Verder moet er inderdaad een *wil* verklaard zijn (zie § 75); welke de invloed is van verschillende motieven, die het regelmatig ontstaan van den wil kunnen storen, wordt in §§ 79, 80 en 81 onderzocht. Die bestaande wil moet voorts op behoorlijke wijze zijn verklaard (zie § 76). Eindelijk moet de inhoud der wilsverklaring rechtens geoorloofd zijn (zie § 77). Zoo hebben wij achtereenvolgens vier vereischten te bespreken:

- 1^o. bevoegdheid der handelende personen;
- 2^o. werkelijke wil;
- 3^o. voldoende wilsverklaring;
- 4^o. geoorloofde inhoud.

In § 78 komt dan nog de vraag ter sprake, in hoever bij het tot stand komen van rechtshandelingen de medewerking van derden mogelijk is.

§ 74. BEVOEGDHEID DER HANDELENDE PERSONEN.

De bevoegdheid om rechtshandelingen te verrichten — niet te verwarren met de rechtsbevoegdheid (zie hierboven § 33) — wordt ontzegd aan de volgende personen:

1^o. krankzinnigen (zie hierboven § 52), tenzij gedurende heldere tusschenpoelen. Een curator handelt voor hen;

In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intellexerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest. Paul. l. 5 D. de R. J. (L, 17).

Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est. Pomp. l. 40 D. eod.

Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. Sed pupillus tutore auctore incipiet possidere . . . Paul. l. 1 § 3 D. de A. v. A. P. (XXXXI, 2).

Praeterea testamentum facere non possunt imberbes, quia nullum eorum animi iudicium est: item furiosi, quia mente earent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes factus aut furiosus postea compos mentis factus fuerit et decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur, certe eo quod ante furorem fecerint testamento valente: nam neque testamenta recte facta neque aliud ullum negotium recte gestum postea furor interveniens peremit. § 1 l. quib. non est perm. (II, 12).

2^o. kinderen beneden zeven jaren (*infantes*), die door hun voogd worden vertegenwoordigd (zie hierboven § 51).

Degenen die tijdelijk, door welke oorzaken ook, hun wilsvermogen missen, zijn onbevoegd tot handelen, zoolang die toestand duurt.

In adversa corporis valetudine mente captus eo tempore testamentum facere non potest. Paul. l. 17 D. qui test. (XXVIII, 1).

Divortium non est nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. Itaque quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse: ideoque per calorem misso repudio si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur. Paul. l. 3 D. de divort. (XXIV, 2).

Quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse. Ideoque brevi reversa uxor nec divor-tisse videtur. Paul. l. 48 D. de R. J. (L, 17).

Rechtspersonen handelen door middel van hunne vertegenwoordigers (zie hierboven § 57).

Gedeeltelijke onbevoegdheid komt voor in de volgende gevallen:

1^o. personen van zeven tot veertien of twaalf jaren behoeven den bijstand van hun voogd voor alle handelingen, waardoor zij hun toestand niet enkel verbeteren. Zij mogen geen testament maken (zie hierboven § 51);

Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest: adquirere autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate potest: sed credendo obligare sibi non potest, quia sine tutoris auctoritate nihil alienare potest. Gajus l. 9 pr. D. de auct. (XXVI, 8).

Pupillus quantum ad adquirendum non indiget tutoris auctoritate: alienare vero nullam rem potest nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est: quae sententia vera est. Marcian. l. 11 D. de A. R. D. (XXXXI, 1).

2^o. verkwisters, aan wie het beheer hunner goederen is ontzegd, ver-keeren in denzelfden toestand als de zoeven genoemde onmondigen (zie hierboven § 52);

Julianus scribit eos, quibus per praetorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum eis deminutio sit interdicta. Ulp. l. 10 pr. D. de cur. fur. (XXVII, 10).

Is cui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest et, si fecerit, ipso jure non valet: quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit. Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamenti facti-
onem habeat. Ulp. l. 18 pr. D. qui test. (XXVIII, 1).

3^o. mondigen, die den leeftijd van vijf en twintig jaren nog niet hebben bereikt (*minores*), zijn bevoegd tot handelen, indien zij geen curator hebben (zie hierboven § 51 en hieronder § 142). Deze kan hun slechts in enkele gevallen worden opgedrongen. Overigens kunnen zij zelf de benoeming van een curator uitlokken. Is deze opgetreden, dan heeft de minderjarige zijne toestemming noodig voor het vervreemden van goederen (ook voor het aangaan van verbintenissen?);

Item inviti adulescentes curatores non accipiunt praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest. § 2 l. de curat. (I, 23).

Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res venum dedisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis. Diocl. et Maxim. l. 3 C. de in int. rest. min. (II, 21).

Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. Modest. l. 101 D. de V. O. (XXXV, 1).

4^o. vrouwen missen in het Justiniaansche recht slechts in enkele opzichten de bevoegdheid tot handelen; bepaaldelijk mogen zij zich niet verbinden voor de schuld van een ander (zie hierboven § 50);

Vellejano senatus consulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent. — Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis et pleraque ipso jure non valent, ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris. Paul. l. 1 pr., § 1 D. ad SC. Vellej. (XVI, 1).

5^o. zij, die van het gebruik van een zintuig verstoken zijn of die niet kunnen schrijven, zijn onbevoegd tot het verrichten van die rechtshandelingen, waarvoor juist het gebruik van dat zintuig of kennis der schrijfkunst noodig is (zie hierboven § 52).

§ 75. DE WERKELIJKE WIL.

De wilsverklaring, als vereischte voor de rechtshandeling, omvat tweeërlei: de wil en de verklaring. Het is niet genoeg, dat de wil bestaat; hij moet ook zijn geuit, kenbaar geworden. Zoolang de wil opgesloten blijft in het binnenste van partijen, heeft hij geen rechtsgevolg: „etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur”, zegt Celsus in l. 7 § 2 D. de suppell. leg. (XXXIII, 10). Over de wijze, waarop de wil kan worden kenbaar gemaakt, zie hieronder § 76.

In den regel drukt de verklaring een wil uit, die bestaat; doorgaans stemmen wil en verklaring met elkander overeen. Doch hoe, indien ze van elkander afwijken? Moet, naast de verklaring van den wil, nog als

vereischte worden gesteld, dat degene die de verklaring afgaf werkelijk wilde, wat hij verklaarde te willen? Mag deze bewijzen, dat inderdaad de wil niet bij hem bestond, ook wanneer dit bewijs alleen geleverd kan worden door een beroep op omstandigheden, die niet naar buiten waarneembaar waren op het oogenblik der verklaring? Over de beantwoording dier vragen naar het Romeinsche Recht heerscht in onzen tijd veel verschil van meening. Een bevestigend antwoord schijnt in het algemeen meer in overeenstemming met de uitspraken der Romeinsche rechtsbronnen (zie ook hieronder § 181). Waar slechts een schijnwil aanwezig is, komt geene rechtshandeling tot stand; de verklaarde wil is niet de werkelijke, en de werkelijke wil is niet verklaard.

Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti „frater meus” „patronus meus”, placet neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est. Ulp. l. 9 pr. D. de hered. inst. (XXVIII, 5).

In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus: itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur. Paul. l. 3 D. de reb. dub. (XXXIV, 5).

Dat de werkelijke wil afwijkt van de verklaring, is op tweeërlei wijze mogelijk: of de handelende persoon is zich er van bewust, dat hij iets anders verklaart dan hij werkelijk wil, of hij is zich daarvan niet bewust.

I. Het eerste heeft o. a. plaats, wanneer de verklaring bij wijze van scherts, als voorbeeld bij het onderwijs, of op het tooneel wordt uitgesproken.

Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per jocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixerero „spondeo”? et tu responderis „spondeo”, nascetur obligatio. Paul. l. 3 § 2 D. de O. et A. (XXXIV, 7).

..... „Ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: „ego te heredem facio”, aut „tibi bona mea relinquo”, non oportet hoc pro testamento observari. Nec illorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti: alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui adfirmarent se audisse dicentem aliquem relinquere se bona cui visum sit, et per hoc judicia vera subvertuntur.” Florentin. l. 24 D. de test. mil. (XXIX, 1).

Een ander, practisch belangrijker geval, waarin met bewustheid de werkelijke wil afwijkt van de verklaring, is dat der simulatie. Daar wordt door partijen iets anders verklaard dan door hen gewild is, om naar buiten den schijn te geven, alsof het verklaarde werkelijk was bedoeld. De simulatie geschiedt met verschillende doeleinden:

of 1^o. om het te doen voorkomen, alsof men eene rechtshandeling wilde, terwijl men inderdaad niets bedoelt (bijv. een gesimuleerde verkoop om schuldeischers te benadeelen); rechtens komt hier niets tot stand;

Contractus imaginarii etiam in emptionibus juris vinculum non optinent, cum fides facti simulatur non intercedente veritate. Modest. l. 54 D. de O. et A. (XXXIV, 7).

Nuda et imaginaria venditio pro non facta est et ideo nec alienatio ejus rei intellegitur. Paul. l. 55 D. de contr. empt. (XVIII, 1).

Simulatae nuptiae nullius momenti sunt. Gajus l. 30 D. de R. N. (XXIII, 2).

Imaginarios enim nuntios (id est repudia) nullius esse momenti, sive nuptiis fingant

se renuntiassent sive sponsalibus, etiam veteribus juris auctoribus placuit. Dioel. et Maxim. l. 3 § 3 C. de repud. (V, 17).

of 2°. om andere dan de bij de rechtshandeling genoemde personen te bevoordeelen;

of 3°. om onder de in schijn aangegane rechtshandeling eene andere te verbergen.

In de beide laatste gevallen geldt niet de geveinsde, maar de bedoelde, door partijen verborgen rechtshandeling (plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur), mits deze geoorloofd is en de vereischten er voor aanwezig zijn. Is de werkelijk gewilde handeling verboden, dan komt er niets tot stand: het verklaarde geldt niet, omdat het niet gewild is, het gewilde geldt niet, omdat het niet geoorloofd is.

Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere. Ulp. l. 36 D. de contr. empt. (XVIII, 1).

Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero vilioris pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. Hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio vilioris nullius momenti est. Ulp. l. 38 D. eod.

Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit. Ulp. l. 46 D. loc. (XIX, 2).

Circa venditionem quoque Julianus quidem minoris factam venditionem nullius esse momenti ait: Neratius autem (cujus opinionem Pomponius non improbat) venditionem donationis causa inter virum et uxorem factam nullius esse momenti, si modo, cum animum maritus vendendi non haberet, ideoque venditionem commentus sit, ut donaret: enimvero si, cum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem haecenus non valere, quatenus facta est locupletior: itaque si res quindecim venit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum praestanda sunt, quia in hoc locupletior videtur facta. Ulp. l. 5 § 5 D. de don. i. v. et u. (XXIV, 1).

In contractibus rei veritas potius quam scriptura prospici debet. Valer. et Gallien. l. 1 C. plus valere quod agitur (IV, 22).

Emptio pignoris causa facta non quod scriptum, sed quod gestum est inspicitur. Dioel. et Maxim. l. 3 C. eod.

Si quis gestum a se fecerit alium egisse scribi, plus actum quam scriptum valet. Iud. l. 4 C. eod.

Met deze gesimuleerde handelingen mogen niet worden verward de schijnhandelingen, die in het oudere Romeinsche Recht veelvuldig voorkomen. Ook deze zijn in werkelijkheid niet, wat ze uiterlijk schijnen. Doch ze worden verricht, niet met de bedoeling om iemand te misleiden omtrent den waren aard der rechtshandeling, maar alleen om een algemeen bekend technisch doel te bereiken, om voor zekere rechtshandelingen den vorm aan te wenden, die door de voorschriften van het objectieve recht wordt vereischt; zoo bij de *coemptio fiduciae causa* (zie hieronder § 122), bij de eigendomsoverdracht door *in jure cessio* (zie hieronder § 146), enz.

Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid

cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur. Gajus, Inst. II § 103.

Per sponsonem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsonem: „si homo quo de agitur ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes?"; deinde formulam edimus qua intendimus sponsonis summam nobis dari oportere; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse. — Non tamen haec summa sponsonis exigitur. Non enim poenalis est, sed praepudicialis, et propter hoc solum fit ut per eam de re judicetur. Unde etiam is cum quo agitur, non restipulatur. Ideo autem appellata est „pro praede litis vindiciarum“ stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur. Gajus, Inst. IV § 93, § 94.

Waar de handelende persoon tegenover een ander eene van zijn werkelijken wil afwijkende verklaring uitspreekt om dezen te misleiden (zoogenaamde *reservatio mentalis*), daar wordt hij aan zijne verklaring gebonden geacht; in zoodanig geval een beroep op den afwijkenden wil toe te staan, ware in strijd met de goede zeden.

II. In de tweede plaats is het mogelijk, dat de handelende persoon onbekend er mede is, dat zijne verklaring niet met zijn werkelijken wil overeenstemt (bijv. hij verspreekt zich, teekent eene akte zonder ze te lezen). Evenzoo kan het bij eene tweezijdige rechtshandeling voorkomen, dat de partijen het schijnbaar eens zijn, dat hunne verklaringen overeenstemmen, doch de overeenstemming van den werkelijken wil der beide partijen ontbreekt (*misverstand*). In die gevallen komt er niets tot stand, indien althans de niet-overeenstemming van wil en verklaring of de niet-overeenstemming van den wil der beide partijen een essentiëel bestanddeel der rechtshandeling betreft. Men spreekt hier wel eens van dwaling, of — op het voetspoor van Savigny — van onechte dwaling. Ten onrechte. Immers dat de handeling geen rechtsgevolg heeft, is niet toe te schrijven aan de dwaling, maar aan de omstandigheid, dat de wil, of de overeenstemming van wil, ontbreekt.

Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, velut locationis quam fieri mandaveras, subscribere, te non relecto, sed fidem habente, suavit, neutrum contractum in utroque alterutrius consensu deficiente constitisse procul dubio est. Diocl. et Maxim. l. 5 C. plus valere quod agitur (IV, 22).

Nec ignorans nec invitus quisque donat. Unde si de hoc fundo non cogitasti, ejus velut donationi consensisse continetur instrumento, majores veritate rei quam scriptura vires obtinente intellegis, de quo non cogitasti nec specialiter subscripsisti, nihil te perdidisse. Diocl. et Maxim. l. 10 C. de donat. (VIII, 53).

Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti „frater meus“ „patronus meus“, placet neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est. — Et si in re quis erraverit, ut puta dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debet hoc, sive ipse scripsit sive scribendum dictaverit. Ulp. l. 9 pr., § 1 D. de hered. inst. (XXVIII, 5).

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuum accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuum esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos

consumpserit licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. — Si ego quasi deponens tibi dederō, tu quasi mutuum accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuum pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi: sed in utroque casu consumptis nummis conditioni sine doli exceptione locus erit. Ulp. l. 18 pr., § 1 D. de reb. cred. (XII, 1).

Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset, veluti si hominem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris. § 23 l. de inut. stip. (III, 19).

In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempsonianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiat, apparet nullam esse emptionem. Ulp. l. 9 pr. D. de contr. empt. (XVIII, 1).

Waar de wil wèl bestaat, maar in het leven is geroepen door dwaling, bedrog of dwang, valt te onderzoeken, welken invloed de aanwezigheid van die motieven oefent op de werking der aldus tot stand gekomen rechtshandeling, zie hieronder §§ 79—81.

§ 76. DE VERKLARING VAN DEN WIL.

De vorm, waarin partijen hun wil kenbaar maken, is nu eens aan hun eigen goedvinden overgelaten, dan weder wordt door het recht een bepaalde vorm voorgeschreven, waarin de wilsverklaring moet plaats hebben, bijv. het uitspreken van zekere woorden, het opmaken eener schriftelijke akte, de medewerking der Overheid, tegenwoordigheid van getuigen (zie ook hieronder § 181). Het doel, dat de wetgever met deze vormen beoogt, kan wezen òf verrassing te voorkomen en bedaard overleg bij de partijen te bevorderen; òf het tot stand komen der rechtshandeling, in tegenstelling van vooraf gevoerde onderhandelingen, duidelijk te constateeren; òf voor de toekomst een bewijsmiddel te verzekeren; òf de openbaarheid der handeling te waarborgen, enz. Tegenover deze voordeelen, aan het gebruik der vormen verbonden, staan ook bezwaren: het verplicht stellen van den vorm brengt altijd eene belemmering van het verkeer, eene beperking der vrijheid mede; de inachtneming van den vorm kan tijdroovend en kostbaar zijn; bovendien sleept verzuim der voorgeschreven vormen meestal nietigheid na zich. Het oudere Romeinsche Recht eischte voor een aantal rechtshandelingen een bepaalden vorm, zoo o. a. voor de adoptie, de emancipatie, de vrijlating van slaven, de eigendomsoverdracht, de erfstelling, de onterving, zoo ook voor de procesvoering. In het latere Romeinsche Recht zijn vele van die vormen vervallen.

Waar door de wet geen bepaalde vorm wordt verlangd, is het onverschillig, op welke wijze partijen hun wil verklaren. Alle middelen, die in het verkeer beschouwd worden als voldoende kenteeken voor het bestaan van den wil, kunnen in aanmerking komen.

Gewoonlijk onderscheidt men uitdrukkelijke en stilzwijgende wilsverklaring. De eerste heeft plaats, waar de wil kenbaar gemaakt wordt door middelen, die voor het verklaren van zoodanigen wil bestemd zijn.

Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur, quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur. Paul. l. 38 D. de O. et A. (XXXIV, 7).

Si pater naturalis loqui quidem non possit, alio tamen modo quam sermone manifestum facere possit velle se filium suum in adoptionem dare: perinde confirmatur adoptio, ac si jure facta esset. Callistr. l. 29 D. de adopt. (I, 7).

Sed et nutu solo pleraque consistunt. Modest. l. 52 § 10 D. de O. et A. (XXXIV, 7).

Nemo dubitat recte ita heredem nuncupari posse „hic mihi heres esto“, cum sit coram, qui ostenditur. Paul. l. 59 pr. D. de hered. inst. (XXVIII, 5).

Delegare scriptura vel nutu, ubi dari non potest, debitorem suum quis potest. Ulp. l. 17 D. de novat. (XXXVI, 2).

Van stilzwijgende wilsverklaring spreekt men daar, waar uit eene handeling, met een ander doel verricht, het bestaan van den wil kan en mag worden afgeleid. Zoo wordt hij die, tot eene erfenis groepen, zich als erfgenaam gedraagt, geacht die erfenis te aanvaarden. De schuld-eischer, die zijn schuldenaar het bewijs der schuld teruggeeft, wordt gerekend die schuld kwijt te schelden. Wie zich een jaar rente laat vooruit betalen, verklaart stilzwijgend, dat hij gedurende dien tijd het kapitaal niet zal opvorderen. Zie nog hieronder § 164, IV en § 173, A, 3^o.

Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. Et generaliter Julianus scribit eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit: pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Ceterum si quid pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio jure dominus, apparet non videri pro herede gessisse. Ulp. l. 20 pr. D. de A. v. O. H. (XXIX, 2).

Laqueo ait convenire posse vel re: vel per epistolam vel per nuntium inter absentes quoque posse. Sed etiam tacite consensu convenire intellegitur: et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit. Paul. l. 2 D. de pact. (II, 14).

Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat. Florentin. l. 57 pr. D. eod.

Respondit non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu: denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem. Scaev. l. 5 D. ratam rem (XXXVI, 8).

Tegen zoodanige gevolgtrekking of tegen eene gevreesde verkeerde uitlegging zijner handeling kan de handelende persoon zich vrijwaren door eene uitdrukkelijke verklaring in tegenovergestelden zin (*protest*), mits zijne handeling ook die uitlegging gedooft. Dergelijk protest wordt meer in het bijzonder *voorbehoud* genoemd, wanneer het strekt om te voorkomen, dat uit de handeling een afstand van recht zou worden afgeleid.

Et ideo solent testari liberi, qui necessarii existunt, non animo heredis se gerere quae gerunt, sed aut pietatis aut custodiae causa aut pro suo. Ut puta patrem sepe-livit vel justa ei fecit: si animo heredis, pro herede gessit: enimvero si pietatis causa hoc fecit, non videtur pro herede gessisse. Servos hereditarios pavit jumenta aut pavit aut distraxit: si hoc ut heres, gessit pro herede: aut si non ut heres, sed

ut custodiat, aut putavit sua, aut dum deliberat quid fecit, consulens ut salvae sint res hereditariae, si forte ei non placuerit pro herede gerere, apparet non videri pro herede gessisse. Proinde et si fundos aut aedes locavit vel fulsit vel si quid aliud fecit non hoc animo, quasi pro herede gereret, sed dum ei, qui substitutus est vel ab intestato heres exstaturus, prospicit, aut res tempore perituras distraxit: in ea causa est, ut pro herede non gesserit, quia non hoc animo fuerit. Ulp. l. 20 § 1 D. de A. v. O. II. (XXIX, 2).

Sed interdum is, qui sumptum in funus fecit, sumptum non recipit, si pietatis gratia fecit, non hoc animo quasi recepturus sumptum quem fecit: et ita imperator noster rescripsit. Igitur aestimandam erit arbitro et perpendendum, quo animo sumptus factus sit, utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit vel ipsius humanitatis, an vero misericordiae vel pietati tribuens vel affectioni. Potest tamen distingui et misericordiae modus, ut in hoc fuerit misericors vel pius qui funeravit, ut eum sepeliret, ne insepultus jaceret, non etiam ut suo sumptu fecerit: quod si iudici liqueat, non debet eum qui convenitur absolvere: quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat? Oportebit igitur testari, quem quo animo funerat, ne postea patiatur quaestionem. — Plerique filii cum parentes suos funerant, vel alii qui heredes fieri possunt, licet ex hoc ipso neque pro herede gestio neque aditio praesumitur, tamen ne vel miscuisse se necessarii vel ceteri pro herede gessisse videantur, solent testari pietatis gratia facere se sepulturam. Quod si supervacuo fuerit factum, ad illud se munire videntur, ne miscuisse se credantur, ad illud non, ut sumptum consequantur: quippe protestantur pietatis gratia id se facere. Plenius igitur eos testari oportet, ut et sumptum possint servare. Ulp. l. 14 § 7, § 8 D. de relig. (XI, 7).

Quemadmodum per contrarium si maritus uxore denuntiante custodes miserit, nullum praepjudicium sibi facit. Licebit igitur ei partem editum ex se negare nec ei nocebit, quod ventrem custodierit: et ita Marcellus libro septimo digestorum scripsit: ait enim, sive quis neget uxorem sive ex se praegnatem, sine praepjudicio recte mittet custodes, maxime si missurus id ipsum protestetur. Ulp. l. 1 § 11 D. de agnosc. et alend. lib. (XXV, 3).

Si in venditione pignoris consenserit creditor vel ut debitor hanc rem permutet vel donet vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari, nisi salva causa pignoris sui consensit vel venditioni vel ceteris: nam solent multi salva causa pignoris sui consentire. . . . Ulp. l. 4 § 1 D. quib. mod. pign. (XX, 6).

De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur: non enim permittendum erit eum institore contrahere, sed si quis nolit contrahi, prohibeat: ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione. Ulp. l. 11 § 2 D. de inst. act. (XIV, 3).

Stilzwijgen kan alleen dan als toestemming gelden, wanneer de wet dit bepaalt of de omstandigheden van dien aard zijn, dat door de goede trouw in het verkeer spreken zou worden gevorderd, indien men niet wilde toestemmen; zie over stilzwijgende vernieuwing der huurovereenkomst, hieronder § 191.

Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare. Paul. l. 142 D. de R. J. (L, 17).

Si filius familias absente patre, quasi ex mandato ejus pecuniam acceperit, cavisset et ad patrem litteras emisit, ut eam pecuniam in provincia solveret, debet pater, si actum filii sui improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis. Paul. l. 16 D. de SC. Mac. (XIV, 6).

Item qui precario ad tempus rogavit, finito tempore, etiamsi ad hoc temporis non rogavit, tamen precario possidere videtur: intellegitur enim dominus, cum patitur eum qui precario rogaverit possidere, rursus precario concedere. Ulp. l. 4 § 4 D. de prec. (XXXIII, 26).

Si, ut proponis, pater quondam mariti tui, in cuius fuit potestate, cognitis nuptiis vestris non contradixit, vereri non debes, nepotem suum ne non agnoscat. Alex. l. 5 C. de nupt. (V, 4).

Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt: et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet: Julian. l. 11 D. de spons. (XXIII, 1). sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur. Ulp. l. 12 pr. D. cod.

§ 77. DE INHOUD DER WILSVERKLARING.

De inhoud eener rechtshandeling is in het algemeen overgelaten aan de willekeur der partijen. Hij kan betrekking hebben op het familie-, zaken-, verbintenissen-, of erfrecht. Toch zijn er somtijds zekere grenzen aangewezen, die de partijen niet mogen overschrijden (verg. hierboven § 12, over de tegenstelling van aanvullend en dwingend recht). Welke die grenzen zijn, komt bij de bijzondere onderwerpen ter sprake, zie bijv. hierboven § 68 over de beperkingen bij het bedingen van interessen. In het algemeen kan men zeggen, dat de inhoud niet mag bestaan in iets, dat natuurlijk of juridiek onmogelijk is, noch in iets dat strijdt met de wetten of goede zeden (zie hieronder § 181).

✓ Ait praetor: „Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo”. Ulp. l. 7 § 7 D. de pact. (II, 14).

✓ Impossibilium nulla obligatio est. Cels. l. 185 D. de R. J. (L, 17).

Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor ut detur quod dari non potest: nisi per quem stetit, quominus facere id possit. Paul. l. 35 pr. D. de V. O. (XXXXV, 1).

✓ Si ita stipulatus fuero: „te sisti? nisi steteris, hippocentaurum dari?” proinde erit, atque „te sisti” solummodo stipulatus essem. Cels. l. 97 pr. D. cod.

✓ Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti: Ulp. l. 26 D. cod. Veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoque praetoris continetur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari. Pomp. l. 27 pr. D. cod.

Si quis scripserit testamento fieri, quod contra jus est vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid. Marcian. l. 112 § 3 D. de legat. I. (XXX).

In den regel maakt het onbestaanbare van eene enkele bepaling de handeling voor het overige niet krachteloos, ten ware het overige zoo zeer met het onbestaanbare samenhangt of daarvan afhankelijk is, dat het op zich zelf niet kan blijven bestaan.

Niettegenstaande de groote verscheidenheid in den mogelijken inhoud der rechtshandelingen, onderscheidt men de volgende bestanddeelen:

1^o. noodzakelijke (zoogenaamde *essentialia negotii*), welke onmisbaar zijn, zal de rechtshandeling haar eigenaardig karakter behouden; zoo bijv. bij de koopovereenkomst de bepaling van den koopprijs: *emptionis substantia constitit ex pretio*; zoo bij het testament de instelling van een erfgenaam: *testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio* (Gajus, Inst. II § 229);

2^o. regelmatige (zoogenaamde *naturalia negotii*), die op grond van de voorschriften der wet geacht worden in de handeling begrepen te zijn, wanneer ze niet opzettelijk door partijen zijn uitgesloten; bijv. de verplichting van den verkooper tot vrijwaring (zie hieronder § 190), de aansprakelijkheid van den schuldenaar voor nalatigheid (zie hieronder § 91);

✕ Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes ^{concordat} actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea praestantur, quae naturaliter insunt hujus iudicii potestate. Ulp. l. 11 § 1 D. de act. empt. vend. (XIX, 1).

3^o. toevallige (zoogenaamde *accidentalia negotii*), welke alleen dan voorkomen, wanneer zij door de partijen opzettelijk in de wilsverklaring zijn opgenomen. Hiertoe behooren alle regelingen, die strekken tot afwijking van de onder 2^o. bedoelde rechtsvoorschriften; hiertoe behooren vooral ook de voorwaarde, de termijn en de last, waarover straks in §§ 82—86 zal worden gehandeld. Verg. ook hieronder § 190 over verschillende bijzondere bedingen, die veelal bij den koop worden aangetroffen.

§ 78. MEDEWERKING VAN ANDEREN BIJ HET AANGAAN VAN RECHTSHANDELINGEN.

Bij het aangaan van rechtshandelingen kan op verschillende wijzen de medewerking van derden, die overigens geen partij zijn, te pas komen.

I. Men kan zich van de hulp van een derde bedienen, alleen om de wilsverklaring over te brengen. Die derde is dan slechts het werktuig, waardoor men zijn wil verklaart; wij kunnen hem *helper* of *bode* noemen; de Romeinen spreken van *nuntius*. Of deze bevoegd is rechtshandelingen aan te gaan of niet, is geheel onverschillig; evenmin is het noodig, dat hij de handeling, waartoe hij medewerkt, begrijpt. De rechtshandeling wordt niet door den bode gesloten, maar door den persoon zelf, dien het aangaat.

Constituere autem et praesentes et absentes possumus, sicut pacisci, et per nuntium et per nosmet ipsos, et quibuscumque verbis. Ulp. l. 14 § 3 D. de pec. const. (XIII, 5).

Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur. Paul. l. 15 D. eod.

Obligatio mandati consensu contrahentium consistit. — Ideo per nuntium quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest. Paul. l. 1 pr., § 1 D. mand. (XVII, 1).

II. De werkzaamheid van een derde kan verder hierin bestaan, dat hij handelend optreedt nevens de hoofdpersonen. De rechtshandeling zelve blijft hem vreemd; maar zijne medewerking — die eene juridische en niet, zooals in het vorige geval, eene bloot werktuigelijke is — vormt eene noodzakelijke aanvulling van eens anders rechtshandeling. Zoo wordt soms voor den vorm (zie hierboven § 76) de tusschenkomst der Overheid of de medewerking van vormgetuigen geëischt. Zoo moet de voogd of de curator bijstand of toestemming verleenen, zal de handeling van den onmondige of minderjarige geldig zijn. Zoo kan de vaststelling van een of

ander bestanddeel der rechtshandeling, bijv. de bepaling van den koopprijs (zie hieronder § 190), aan het oordeel van een derde worden overgelaten.

Generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei judiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris ejus condicio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse. Ulp. l. 22 § 1 D. de R. J. (L, 17).

Illa institutio „quos Titius voluerit“ ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permessa est: nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. Gajus l. 32 pr. D. de hered. inst. (XXVIII, 5).

III. De werkzaamheid van een derde kan eindelijk hierin gelegen zijn, dat hij de rechtshandeling voor en in naam van een ander ¹⁾ verricht, zoodanig dat ze, ten aanzien van hare gevolgen, geacht wordt verricht te zijn door dengene, te wiens behoefte gehandeld is. Dit is de eigenlijke, onmiddellijke vertegenwoordiging. Het karakteristieke daarvan is, dat de vertegenwoordiger zelfstandig, naar eigen inzicht, handelt — daarin verschilt hij van den bode, die als instrument den wil van zijn zender verklaart — terwijl alle uit zijne handeling voortvloeiende rechten en verplichtingen onmiddellijk werken ten behoeve of ten laste van den vertegenwoordigde, in diens persoon gevestigd worden. Het effect der handeling is dus hetzelfde, alsof de vertegenwoordigde zelf had gehandeld. Vandaar ook dat de bevoegdheid om de bedoelde rechten te verkrijgen en de vorm, waarin de rechtshandeling moet worden verricht, naar hem en niet naar den vertegenwoordiger moeten worden beoordeeld.

De vertegenwoordiging is of eene noodzakelijke of eene vrijwillige. De noodzakelijke vertegenwoordiging voorziet in de behoeften van hen, die onbevoegd zijn zelf rechtshandelingen te verrichten. Zoo handelt de voogd voor zijn pupil, die den leeftijd van zeven jaren nog niet heeft bereikt, de curator voor den krankzinnige. Zoo wordt ook de rechtspersoon vertegenwoordigd door hare bestuurders. De vrijwillige vertegenwoordiging komt te pas bij hen, die wel rechtens bevoegd zijn zelf te handelen, maar daarin feitelijk verhinderd zijn, of om de eene of andere reden de voorkeur eraan geven, dat een ander namens hen handelt. De noodzakelijke vertegenwoordiging steunt op het voorschrift der wet, de vrijwillige berust op den vrijen wil der belanghebbenden. Bij de eerste ontleent de vertegenwoordiger zijne macht aan den aard zijner betrekking, bij de laatste berust zijne bevoegdheid op de hem verstrekte volmacht, welke tevens de grenzen dier bevoegdheid bepaalt. Over de gelijkstelling van eene latere goedkeuring met eene voorafgaande volmacht, zie hieronder § 88.

De noodzakelijke vertegenwoordiging werd reeds vroeg in het Romeinsche Recht toegelaten. De vrijwillige onmiddellijke vertegenwoordiging daarentegen wordt in beginsel niet erkend — over de vertegenwoordiging in het proces, zie hieronder § 100. Als regel geldt nog in het latere Romeinsche recht, dat niemand door zijne handeling onmiddellijk voor een ander rechten kan verkrijgen. De geheele handeling wordt als krachteloos

¹⁾ Reeds hierdoor onderscheidt de vertegenwoordiger zich van hem, die een be-
ding ten behoeve van een derde sluit (zie hieronder § 181).

beschouwd: *empti actionem nec illi nec tibi adquisisti, dum tibi non vis nec illi potes*, zegt l. 6 C. si quis alteri (IV, 50).

Si actori municipum vel tutori pupilli vel curatori furiosi vel adulescentis ita constituatur municipibus solvi vel pupillo vel furioso vel adulescenti, utilitatis gratia puto dandam municipibus vel pupillo vel furioso vel adulescenti utilem actionem. Ulp. l. 5 § 9 D. de pec. const. (XIII, 5).

Usus autem procuratoris perquam necessarius est, ut qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt vel non possunt, per alios possint vel agere vel conveniri. Ulp. l. 1 § 2 D. de procur. (III, 3).

Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest. Scaev. l. 73 § 4 D. de R. J. (L, 17).

Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium surrant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus. Paul. l. 11 D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil adquiri posse indubii juris est. Si igitur procurator non sibi, sed ei, ejus negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem pactus est idque pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio acquisita est. Servis autem res traditae dominis adquiruntur. Diocl. et Maxim. l. 1 C. per quas pers. (IV, 27).

Ex his apparet per liberos homines quos neque juri nostro subjectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos in quibus neque usumfructum habemus neque justam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. Tantum de possessione quaeritur, an per liberam personam nobis adquiratur. Gajus, Inst. II § 95.

Dat de Romeinen de onmiddellijke vertegenwoordiging hebben kunnen ontberen, moet vooral daaraan worden toegeschreven, dat zij in hunne kinderen en slaven geschikte werktuigen bezaten voor verwerving. Al wat de slaaf, of de zoon die in de vaderlijke macht is, verkrijgt, verkrijgt hij voor den meester of voor den vader (zie hierboven § 37, en hieronder §§ 131, 132, alwaar tevens de wijzigingen zijn vermeld, door het latere recht ten aanzien der kinderen aangebracht), niet als vertegenwoordiger, maar krachtens den regel des rechts. Op den wil van den slaaf of van het kind komt het in het geheel niet aan. In het algemeen worden hier alleen rechten, geene verplichtingen voor den vader of meester gevestigd; maar ook voor zoover bij uitzondering het laatste het geval is (zie hieronder § 207), is er geene vertegenwoordiging: de handelende zelf is in de eerste plaats verbonden, de vader of meester slechts secundair.

Adquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate manu mancipiove habemus. Itaque si quid mancipio puta acceperint aut traditum eis sit vel stipulati fuerint, ad nos pertinet. — Item si heredes instituti sint legatumve eis sit, et hereditatem jussu nostro adeuntes nobis adquirunt et legatum ad nos pertinet. Ulp. Fragm., XIX § 18, § 19.

Overigens kan men het doel, dat met de vertegenwoordiging beoogd wordt, ook nog langs een omweg bereiken. De derde, wiens medewerking men bij de handeling wil gebruiken, handelt dan op eigen naam, hij wordt subject der rechtshandeling, alleen voor hem heeft zij gevolgen;

doch hij draagt later door eene nieuwe rechtshandeling alle gevolgen en werkingen op den eigenlijken belanghebbende over. In strengen zin is hier geene vertegenwoordiging, wanneer men namelijk voor het begrip van vertegenwoordiging verlangt, dat de werking der handeling vreemd blijft aan dengene die handelt. Toch spreekt men hier wel van middel-lijke, onvolkomene vertegenwoordiging, en noemt dengene die aldus handelt een stillen vertegenwoordiger.

Ook waar de onmiddellijke vertegenwoordiging toegelaten is, kunnen er bijzondere redenen bestaan om niettemin den meer omslachtigen vorm der middellijke vertegenwoordiging te kiezen. Zij bewijst groote diensten waar, zooals bij de Romeinen, de onmiddellijke vertegenwoordiging in het algemeen is uitgesloten. Hare werkingen naderen in vele opzichten die van de onmiddellijke vertegenwoordiging, doordien de tusschenpersoon genoodzaakt kan worden, de door hem verkregen rechten op den lastgever over te dragen, terwijl deze kan worden gedwongen om de in zijn belang aangegane verbintenissen over te nemen. Soms wordt zelfs die overdracht en overgang aangenomen, zonder dat eene opzettelijke daartoe strekkende handeling heeft plaats gehad. Bij enkele rechtshandelingen is ook de middellijke vertegenwoordiging niet mogelijk, zoo bij het maken van een testament.

Ofschoon uitgaande van eene principiële uitsluiting der onmiddellijke vertegenwoordiging, heeft het Romeinsche Recht toch, gedrongen door een steeds toenemend verkeer, dat beginsel niet in alle strengheid gehandhaafd. Het is ervan afgeweken:

1^o. bij de verkrijging van bezit (zie hieronder § 157);

Per liberam personam ignorantem quoque acquiri possessionem et, postquam scientiam intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam juris pridem receptum est. Sever. et Antonin. l. 1 C. de adq. et ret. poss. (VII, 32).

Per liberam personam, quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur. Paul., Sent. V, 2 § 2.

Ea quae civiliter acquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus. Modest. l. 53 D. de A. R. D. (XXXXI, 1).

2^o. bij eigendomsverkrigging, waar deze op bezitsverkrigging steunt: bij toeëigening, levering, verjaring;

Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium. Ulp. l. 20 § 2 D. de A. R. D. (XXXXI, 1).

Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem an voluntate ejus aliquis. Qua ratione, si cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur permissa fuerit et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis. Gajus l. 9 § 4 D. eod.

3^o. bij het pandrecht;

Cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiritur

ei cujus nomine pecunia credita est per hujusmodi numerationem conditio, non autem hypotheca vel pignus, quae procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus adquiritur, talem differentiam expellentes sancimus et conditionem et hypothecariam actionem vel pignus ipso jure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire. — Si enim procuratori necessitas legibus imposita est domino contractus cedere actionem, quare non ab initio quemadmodum in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in hypothecis et pignoribus simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem seu pignoris vinculum vel retentionem sibi adquisitam? Justinian. l. 3 C. per quas pers. (IV, 27).

Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de pignore vel ratam habente me conventionem vel mandante, quasi inter me et colonum meum convenisse videatur. Ulp. l. 21 pr. D. de pign. (XX, 1).

4^o. bij de bonorum possessio;

Acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semetipsum vel per alium. Quod si me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet, cum ratum habero id quod actum est. Denique si ante decessero quam ratum habeam, nulla dubitatio est quin non competet mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui neque heres meus ratum habere potest, cum ad eum non transeat jus bonorum possessionis. Ulp. l. 3 § 7 D. de bon. poss. (XXXVII, 1).

5^o. bij verbintenissen, in zoover dat hij, in wiens naam iets ter leen gegeven is, eene actie tot terugvordering verkrijgt tegen den ontvanger (zie hieronder § 184).

In mutui datione oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filius familias et servus dantes peculiares nummos obligant: id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint. Paul. l. 2 § 4 D. de reb. cred. (XII, 1).

Behoudens deze uitzonderingen, geldt nog bij Justinianus, als het ware spreekwoordelijk, de regel: per liberam personam nihil adquiri potest.

Ex his itaque apparet per liberos homines, quos neque juri vestro subjectos habetis neque bona fide possidetis, item per alienos servos, in quibus neque usum fructum habetis neque justam possessionem, nulla ex causa vobis adquiri posse. Et hoc est, quod dicitur per extraneam personam nihil adquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam veluti per procuratorem placet non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem secundum divi Severi constitutionem et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis praescriptionem, si dominus non sit. § 5 l. per quas pers. nob. adq. (II, 9).

§ 79. DWALING.

Waar de werkelijke wil bestaat of, bij meerzijdige rechtshandelingen, de wil der handelende personen met elkander overeenstemt, daar komt, gelijk wij hierboven in § 75 zagen, eene rechtshandeling tot stand. Die wil kan echter, hetzij bij een der partijen of bij beide, ontstaan zijn onder den invloed van onjuiste voorstellingen, hetzij de persoon zich van de omstandigheden, waarop het aankomt, eene verkeerde of in het geheel geene voorstelling heeft gevormd. Men spreekt dan van dwaling.

De vraag rijst, welke invloed aan dergelijke dwaling toekomt met betrekking tot het effect der wilsverklaring.

Bij uiterste wilsbeschikkingen heeft dwaling in de motieven ongeldigheid ten gevolge, indien vaststaat, dat de erflater niet zou hebben gewild, indien hij den waren stand van zaken had gekend.

Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse. Papin. l. 72 § 6 D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Si pater tuus cum quasi filium heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset, isque postea subditicius esse ostensus est, auferendam ei successionem divi Severi et Antonini placitis continetur. Gordian. l. 4 C. de hered. inst. (VI, 24).

Bij handelingen onder de levenden daarentegen is dwaling in de motieven der handeling slechts in bepaalde gevallen van invloed. Vooreerst, waar de onjuiste voorstelling is opgewekt door arglistige handelingen, door kunstgrepen van een ander, speciaal van de wederpartij (bedrog, zie hieronder § 80). Verder kan de juistheid der motieven, uitdrukkelijk of stilzwijgend, als voorwaarde van de handeling zijn gesteld.

Demonstratio falsa est, veluti si ita scriptum sit: „servum Stichum, quem de Titio emi” „fundum Tusculanum, qui mihi a Sejo donatus est”. Nam si constat, de quo homine, de quo fundo senserit testator, ad rem non pertinet, si is, quem emisse significavit, donatus esset, aut quem donatum sibi esse significaverat, emerit. — Igitur et si ita servus legatus sit: „Stichum cocum”, „Stichum sutorem Titio lego”, licet neque cocus neque sutor sit, ad legatarium pertinebit, si de eo sensisse testatorem conveniat: nam et si in persona legatarii designanda aliquid erratum fuerit, constat autem, cui legare voluerit, perinde valet legatum ac si nullus error interveniret. — Quod autem juris est in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, veluti ita „Titio fundum do, quia negotia mea curavit”, item „fundum Titius filius meus praecipito, quia frater ejus ipse ex arca tot aureos sumpsit”: licet enim frater hujus pecuniam ex arca non sumpsit, utile legatum est. — At si condicionaliter concepta sit causa, veluti hoc modo: „Titio, si negotia mea curavit, fundum do”: „Titius filius meus, si frater ejus centum ex arca sumpsit, fundum praecipito”, ita utile erit legatum, si et ille negotia curavit et hujus frater centum ex arca sumpsit. Gajus l. 17 pr., §§ 1—3 D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit. Pomp. l. 52 D. de cond. ind. (XII, 6).

Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. Paul. l. 65 § 2 D. eod.

Somtjds brengt echter dwaling in het motief te weeg, dat de rechtshandeling ongeldig is, ook zonder dat de juistheid der voorstelling uitdrukkelijk of stilzwijgend tot voorwaarde is gemaakt. Dit geschiedt, waar de dwaling zeer gewichtige bestanddeelen der wilsverklaring betreft, waar zij bijv. loopt over de identiteit van den persoon, met of voor wien de rechtshandeling wordt aangegaan — indien het namelijk juist op dien bepaalden persoon aankomt — of over belangrijke eigenschappen van de

zaak, die het voorwerp der rechtshandeling is. De Romeinsche juristen houden deze gevallen en die van misverstand (zie hierboven § 75) niet altijd scherp uiteen.

Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti „frater meus” „patronus meus”, placet neque cum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est. Ulp. l. 9 pr. D. de hered. inst. (XXVIII, 5).

Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est. Cels. l. 32 D. de reb. cred. (XII, 1).

Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope *obscura* est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. In ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur. Ulp. l. 9 § 2 D. de contr. empt. (XVIII, 1).

Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur. Julian. l. 41 § 1 D. eod.

Betreft de dwaling andere minder gewichtige punten, bijv. eigenschappen der zaak, die van ondergeschikt belang zijn, of den naam der zaak, dan heeft zij geen invloed op de geldigheid der handeling.

Falsa demonstratio neque legatario neque fideicommissario nocet neque heredi instituto, veluti si fratrem dixerit vel sororem vel nepotem vel quodlibet aliud: et hoc ita juris civilis ratione et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est. Marcian. l. 33 pr. D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat. Ulp. l. 9 § 1 D. de contr. empt. (XVIII, 1).

Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim emptio valet. Paul. l. 10 D. eod.

Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla venditio est. Ulp. l. 11 § 1 D. eod.

Niet altijd dus levert dwaling grond op tot bestrijding van rechtshandelingen, die onder haren invloed zijn aangegaan. Veel te algemeen zijn de spreuken: „non videntur qui errant consentire” (l. 116 § 2 D. de R. J., L, 17) of „errantis voluntas nulla est” (l. 8 C. de jur. et fact. ign. I, 18). Toch heeft de dwaling in vele opzichten een belangrijken invloed op de rechtsbetrekkingen. Door dwaling worden de nadeelige gevolgen uitgesloten, die aan arglist en kwade trouw verbonden zijn: „non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quamvis in jure erret”, zegt Ulpianus in l. 25 § 6 D. de H. P. (V, 3). Zij belet soms de toepassing van een voor den dwalende nadeelig rechtsmiddel: *exceptio Senatusconsulti Macedoniani* (zie hieronder § 184),

exceptio Senatusconsulti Vellejani (zie hieronder § 206). Dwaling is eene noodzakelijke voorwaarde om te kunnen gebruik maken van de voordeelen van het bezit te goeder trouw: vruchttrekking, verjaring, *actio Publiciana*. Zij kan een onmisbaar element vormen voor eene actie, met name bij de actie tot terugvordering van hetgeen onverschuldigd werd betaald (zie hieronder § 203). Eene dergelijke rol speelt zij bij de actie van den koper wegens verborgen gebreken der verkochte zaak (zie hieronder § 190).

Item si quis aliqua existimatione deceptus crediderit ad se hereditatem pertinere, quae ad eum non pertineat, et rem hereditariam alienaverit, aut si is, ad quem usus fructus ancillae pertinet, partum ejus existimans suum esse, quia et fetus pecudum ad fructuarium pertinet, alienaverit, Gajus l. 36 § 1 D. de usurp. et usuc. (XXXXI, 3).

furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur. Gajus l. 37 pr. D. eod.

Si is, ad quem legitima hereditas pertinet, putaverit defunctum servum suum esse et quasi peculium ejus nactus sit, placet non obligari eum hereditati. Idem ergo dicemus, ut ait Pomponius, si quasi libertini sui, cum ingenuus esset, bona ejus occupavit. Nam ut quis pro herede gerendo obstringat se hereditati, scire debet, qua ex causa hereditas ad eum pertineat: veluti adgnatus proximus justo testamento scriptus heres, antequam tabulae proferantur, cum existimaret intestato patrem familias mortuum, quamvis omnia pro domino fecerit, heres tamen non erit. Et idem juris erit, si non justo testamento scriptus heres prolatis tabulis, cum putaret justum esse, quamvis omnia pro domino administraverit, hereditatem tamen non adquiret. Paul. l. 22 D. de A. v. O. H. (XXIX, 2).

Si quis patrem familias esse credit non vana simplicitate deceptus nec juris ignorantia, sed quia publice pater familias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatus consultum. Ulp. l. 3 pr. D. de SC. Mac. (XIV, 6).

Si mulier tamquam in usus suos pecuniam acceperit alii creditura, non est locus senatus consulto: alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid acturae sint. Paul. l. 11 D. ad SC. Vellej. (XVI, 1).

Immo tunc locus est senatus consulto, cum scit creditor eam intercedere. Paul. l. 12 D. eod.

Consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subjectos jurisdictioni ejus et in eum consentiant. Ceterum si putent ejus jurisdictionem esse, non erit ejus jurisdictio: error enim litigatorum, ut Julianus quoque libro primo digestorum scribit, non habet consensum.... Ulp. l. 2 pr. D. de jud. (V, 1).

Waar iemand in de gelegenheid is zich op zijne dwaling te beroepen, hetzij om een voordeel te verkrijgen hetzij om een nadeel af te wenden, kan hij zich meestal niet op elke dwaling beroepen, maar alleen op eene verschoonbare. Als verschoonbaar wordt gewoonlijk beschouwd eene dwaling in de feiten; als toerekenbaar daarentegen eene dwaling in het recht; „regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere”, zegt Paulus in l. 9 pr. D. de jur. et fact. ign. (XXII, 6). Deze regel gaat echter niet altijd door. Zoo wordt eene dwaling in de feiten niet verschoonbaar geacht, als zij de kenmerken draagt van grove nalatigheid: „nec stultis solet succurri, sed errantibus.” Zoo kan anderzijds onder bijzondere omstandigheden

ook dwaling in het recht verschoonbaar zijn. Bij jeugdige personen, vrouwen, soldaten en niet-ontwikkelden (*rustici*) wordt zij in meerdere of mindere mate verontschuldigd.

Ignorantia vel facti vel juris est. — Nam si quis nesciat decessisse eum, cuius bonorum possessio defertur, non cedit ei tempus: sed si sciat quidem defunctum esse cognatum, nesciat autem proximitatis nomine bonorum possessionem sibi deferri, aut se sciat scriptum heredem, nesciat autem quod scriptis heredibus bonorum possessionem praetor promittit, cedit ei tempus, quia in jure errat. Idem est, si frater consanguineus defuncti credat matrem potiore esse. — Si quis nesciat se cognatum esse, interdum in jure, interdum in facto errat. Nam si et liberum se esse et ex quibus natus sit sciat, jura autem cognationis habere se nesciat, in jure errat: at si quis (forte expositus) quorum parentum esset ignoret, fortasse et serviat alicui putans se servum esse, in facto magis quam in jure errat. Paul. l. 1 pr., § 1, § 2 D. de jur. et fact. ign. (XXII, 6).

In omni parte error in jure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. Nerat. l. 2 D. eod.

Scientiam eam observandam Pomponius ait, non quae cadit in juris prudentes, sed quam quis aut per se aut per alios adsequi potuit, scilicet consulendo prudentiores, ut diligentiorum patrum familias consulere dignum sit. Ulp. l. 2 § 5 D. quis ordo (XXXVIII, 15).

Cum quis jus ignorans indebitam pecuniam persolverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est. Dioel. et Maxim. l. 10 C. de jur. et fact. ign. (I, 18).

Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis, ut nec scrupulosa inquisitio exigenda: scientia enim hoc modo aestimanda est, ut neque negligentia crassa aut nimia securitas satis expedita sit neque delatoria curiositas exigatur. Ulp. l. 6 D. de jur. et fact. ign. (XXII, 6).

Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiciatur: quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam, verum ejus, qui cum eam rem ut (curet), diligenter inquirendo notam habere possit. — Sed juris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendam existimat, si juris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia: quod raro accipiendum est. Paul. l. 9 § 2, § 3 D. eod.

§ 80. BEDROG.

Bedrog heeft plaats, wanneer iemand een ander tot het aangaan eener rechtshandeling beweegt, door hem opzettelijk in dwaling te brengen, of door arglistig van eene bestaande dwaling gebruik te maken, zij het ook door te zwijgen.

Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per ejusmodi dissimulationem deserviant et tumentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. Ulp. l. 1 § 2 D. de dolo malo (IV, 3).

Si quis in vendendo praedictio confinem celaverit, quem emptor si audisset, empturus non esset, teneri venditorem. Gajus l. 35 § 8 D. de contr. empt. (XVIII, 1).

Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat. Florentin. l. 43 § 2 D. eod.

Consilii non fraudulentum nulla obligatio est: ceterum si dolus et calliditas intereesit, de dolo actio competit. Ulp. l. 47 pr. D. de R. J. (L, 17).

Bedrog is niet denkbaar zonder dwaling; dat de bedrogene door rechtsmiddelen wordt geholpen, geschiedt intusschen niet omdat hij dwaalde, maar omdat hij bedrogen werd. Al is dus ook de dwaling, die door bedriegelijke middelen is in het leven geroepen, eene zoodanige, die op zich zelve geen invloed zou oefenen op de aangegane rechtshandeling (zie hierboven § 79), zoo worden niettemin in geval van bedrog den bedrogene rechtsmiddelen gegeven, om de voor hem nadeelige gevolgen der handeling af te wenden. Ofschoon bij den bedrogene de wil om de handeling aan te gaan bestaat, kan toch het recht niet gedoogen, dat het in het verkeer noodzakelijke vertrouwen geschonden en de bedrieger ten koste van den bedrogene verrijkt wordt.

Si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse praeses provinciae aditus animadvertent, sciens contrarium esse dolum bonae fidei, quae in huiusmodi maxime contractibus exigitur, rescindi venditionem iubebit. Dioel. et Maxim. l. 5 pr. C. de resc. vend. (IV, 44).

✗ Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem supplitate juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest: quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio.... Ulp. l. 36 D. de V. O. (XXXV, 1).

Wat betreft de rechtsmiddelen, die het Romeinsche Recht ter zake van bedrog toekent, zoo moet onderscheiden worden tusschen *negotia bonae fidei* en *negotia stricti juris* (zie hierboven § 72, IV).

Bij de eerste is geen afzonderlijk rechtsmiddel noodig. De bedrogene kan, wanneer hij uit hoofde der rechtshandeling wordt aangesproken, zich op het bedrog beroepen door de *exceptio doli* tegen te werpen (zie hieronder § 107, 9^o); dit kan zelfs nog tijdens de behandeling der zaak bij den iudex geschieden: exceptio doli iudicis bonae fidei inest. Heeft hij uitvoering gegeven aan de overeenkomst, waartoe hij door bedriegelijke middelen is gebracht, dan komt de gewone contractactie hem te hulp. Hij kan vernietiging der geheele rechtshandeling vorderen, indien deze zonder het gepleegde bedrog niet zoude zijn aangegaan, of schadevergoeding, indien het bedrog alleen invloed heeft gehad op de voorwaarden, waaronder de handeling is tot stand gekomen.

Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier redatur. Ulp. l. 11 § 5 D. de act. empt. vend. (XIX, 1).

Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, ^{de dolo}puta de artificio, mentitus est aut de peculio, empti eum iudicio teneri, ut praestaret emptori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatu esset vel eo artificio instructus. — Per contrarium quoque idem Julianus scribit, cum Terentius Victor decessisset relicto herede fratre suo et res quasdam ex hereditate et instrumenta et mancipia Bellicus quidam subtraxisset, quibus subtractis facile, quasi minimo valeret hereditas, et sibi ea venderetur per-

suasit: an venditi iudicio teneri possit? Et ait Julianus competere actionem ex vendito in tantum, quanto plaris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent. Ulp. l. 13 § 4, § 5 D. eod.

Bij de *negotia stricti iuris* kon men zich oudtijds op bedrog alleen dan beroepen, wanneer de afwezigheid van bedrog opzettelijk was bedongen (*clausula doli*, zie hieronder § 188). Nog ten tijde der Republiek werden de *exceptio doli* en de *actio doli* ingevoerd (zie hieronder § 201, n^o. 2). Daarnevens ontwikkelt zich de *in integrum restitutio* wegens bedrog (zie hieronder § 119), waaraan zooveel mogelijk de voorkeur wordt gegeven boven de *actio doli*, omdat deze oenteert.

Verba autem edicti talia sunt: „Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur, iudicium dabo”. Ulp. l. 1 § 1 D. de dolo malo (IV, 3).

Is, qui decepit aliquem, ut hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur, nisi fortasse ipse creditor erat et solus erat: tunc enim sufficit contra eum doli mali exceptio. Fur. Anthian. l. 40 D. eod.

Nec intra has solum species consistet hujus generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si frans ab adversario intervenerit, succurri oportebit, cum etiam de dolo malo actio competere soleat, et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest. Marcell. l. 7 § 1 D. de I. I. R. (IV, 1).

§ 81. DWANG.

Van dwang spreekt men in tweeërlei zin. Vooreerst, waar iemand met lichamelijk geweld een ander als werktuig gebruikt om den schijn te weeg te brengen, alsof deze eene rechtshandeling wilde aangaan, bijv. iemand stuurt eens anders hand en laat hem aldus eene schuldbekentenis onder teekenen. Hier komt inderdaad geene rechtshandeling tot stand; degene, die schijnbaar handelt, wil in werkelijkheid niet, hij is slechts instrument.

Tutor si invitus retentus sit per vim, non valet quod agitur: neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem, ut si somno aut morbo comitiali occupatus taccisset. Ulp. l. 1 § 1 D. de auct. (XXVI, 8).

In de tweede plaats spreekt men van dwang (zoogenaamde compulsieve dwang), waar iemand werkt op eens anders wilsvrijheid, door hem wederrechtelijk met eenig kwaad te bedreigen, indien hij de verlangde handeling niet verricht. Naar de opvatting van het Romeinsche Recht bestaat hier de wil: de door dwang opgewekte vrees heft den wil niet op, maar noopt tot willen. Er komt eene rechtshandeling tot stand. Maar dit neemt niet weg, dat op den wil een ongeoorloofde invloed is geoefend, en dat het in strijd zou zijn met het doel van het recht, de handhaving der persoonlijke vrijheid en veiligheid, indien den gedwongene geene middelen werden gegeven om tegen de handeling op te komen. Daarvoor nu zorgt de Praetor. De gedwongen handeling is dus in het algemeen vernietigbaar; in enkele gevallen slechts neemt het Romeinsche Recht absolute nietigheid aan.

Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur. Paul. l. 21 § 5 D. quod met. c. (IV, 2).

Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur: maluisse hoc videtur. Cels. l. 22 D. de R. N. (XXIII, 2).

Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare contra bonos mores est. Ulp. l. 116 pr. D. de R. J. (L, 17).

Si metus causa adeat aliquis hereditatem, fiet ut, quia invitus heres existat, detur abstinendi facultas. Papin. l. 85 D. de A. v. O. H. (XXIX, 2).

Verbi gratia si metu coactus aut dolo inductus aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, palam est jure civili te obligatum esse et actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est: sed iniquum est te condemnari ideoque datur tibi exceptio metus causa aut doli mali aut in factum composita ad impugnandam actionem. § 1 l. de except. (IV, 13).

Ille servus liber non erit, qui vi coegerit, ut eum dominus manumittat, et ille perterritus scripsit liberum eum esse. Marcian. l. 9 pr. D. qui et a quib. manum. (XXXX, 9).

Evenals bij bedrog wordt, naar gelang der omstandigheden, de handeling geheel ongedaan gemaakt of haar gevolg geheel of gedeeltelijk opgeheven. Bij *negotia bonae fidei* is ook hier geen bijzonder rechtsmiddel noodig. Ten aanzien van *negotia stricti juris* verschaft de Praetor Octavius hulp door de invoering der *actio in exceptio quod metus causa* (zie hieronder § 201, n^o. 1). Daarnaast bestaat nog eene *in integrum restitutio* wegens dwang (zie hieronder § 119).

De *actio quod metus causa* sleept veroordeeling tot het viervoudige bedrag na zich, wanneer de gedaagde geen gevolg geeft aan 's rechters voorloopige uitspraak (*actio arbitraria*, zie hieronder § 107, n^o. 10).

Ait praetor: „Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo.” Olim ita edicebatur „quod vi metusve causa”: vis enim fiebat mentio propter necessitatem impostam contrariam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. Sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur. Ulp. l. 1 D. quod met. c. (IV, 2).

Ex hoc edicto restitutio talis facienda est, id est in integrum, officio iudicis, ut, si per vim res tradita est, retradatur et de dolo sicut dictum est repromittatur, ne forte deterior res sit facta. Et si acceptilatione liberatio intervenit, restituenda erit in pristinum statum obligatio, usque adeo, ut Julianus scribat libro quarto digestorum, si pecunia debita fuit, quae accepta per vim facta est, nisi vel solvatur vel restituta obligatione iudicium accipiatur, quadruplo eum condemnandum. Sed et si per vim stipulanti promiserit, stipulatio accepta facienda erit. Sed et si usus fructus vel servitutes amissae sunt, restituendae erunt. Ulp. l. 9 § 7 D. eod.

Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur: quadruplabitur autem omne quodcumque restitui oportuit. Satis clementer cum reo praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare. Post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita. — Haec autem actio cum arbitraria sit, habet reus licentiam usque ad sententiam ab arbitro datam restitutionem, secundum quod supra diximus, rei facere: quod si non fecerit, jure meritoque quadrupli condemnationem patietur. Ulp. l. 14 § 1, § 4 D. eod.

De rechtsmiddelen ter zake van dwang hebben eene ruimere strekking

dan die ter zake van bedrog: zij zijn onpersoonlijk ingericht (zie hieronder § 107, n^o. 1), d. w. z. zij kunnen niet alleen, gelijk in geval van bedrog, gebezigd worden tegen hem die het onrecht heeft gepleegd, maar ook tegen iederen derde, die door bezit, genoten voordeel of door welke omstandigheid ook, in staat is de geleden schade te vergoeden.

In hac actione non quaeritur, utrum is qui convenitur an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse. Nam eum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit: et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuisse, ut alicui acceptam pecuniam faceret vel rem traderet vel quid aliud faceret. Nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur. Ulp. l. 14 § 3 D. quod met. c. (IV, 2).

Illud verum est, si ex facto debitoris metum adhibentis fidejussores acceptilatione liberati sunt, etiam adversus fidejussores agi posse, ut se reponant in obligationem. Gajus l. 10 pr. D. eod.

Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis: sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem. Etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur ejus, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio in rem scripta est „si in ea re nihil metus causa factum est“, ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiciatur, verumtamen hoc jure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocumque adhibito exceptio obici possit. Ulp. l. 4 § 33 D. de doli exe. (XXXXIV, 4).

Intusschen geeft niet elke vreesaanjaging aanleiding tot toepassing der genoemde rechtsmiddelen, maar alleen die, welke aan de volgende vereischten voldoet:

1^o. de vrees moet zijn opgewekt door eene bedreiging met eenig belangrijk kwaad, bijv. eene bedreiging tegen leven, lijf of vrijheid, hetzij van den bedreigde zelf of van zijne naaste betrekkingen;

Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed majoris malitatis. Ulp. l. 5 D. quod met. c. (IV, 2).

Ego puto etiam servitutis timorem similiumque admittendum. Paul. l. 4 D. eod.

Metus autem causa abesse videtur, qui justo timore mortis vel cruciatus corporis contreritus abest: et hoc ex affectu ejus intellegitur. Sed non sufficit quolibet terrore abductum timuisse, sed hujus rei disquisitio judicis est. Ulp. l. 3 D. ex quib. caus. maj. (IV, 6).

Nec timorem infamiae hoc edicto contineri Pedius dicit libro septimo, neque alicujus vexationis timorem per hoc edictum restitui. Proinde si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc edictum non restituitur, quoniam neque vi neque metus causa factum est. Ulp. l. 7 pr. D. quod met. c. (IV, 2).

Accusationis institutae vel futurae metu alienationem seu promissionem factam rescindi postulantis improbum desiderium est. Diocl. et Maxim. l. 10 C. de his quae vi (II, 19).

Haec, quae diximus ad edictum pertinere, nihil interest in se quis veritus sit an in liberis suis, cum pro affectu parentes magis in liberis tercantur. Paul. l. 8 § 3 D. quod met. c. (IV, 2).

2^o. het kwaad, waarmede gedreigd wordt, moet een dadelijk aanwezig, niet slechts een mogelijk of toekomstig zijn;

Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus: et ita Pomponius libro vicensimo octavo scribit. Ait enim metum illatum accipiendum, id est si illatus est timor ab aliquo. . . . Ulp. l. 9 pr. D. quod met. c. (IV, 2).

3^o. de vrees moet, met het oog op den toestand van den bedreigde, gegrond zijn geweest;

Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus. Gajus l. 6 D. quod met. c. (IV, 2).

Vani timoris justa excusatio non est. Cels. l. 184 D. de R. J. (L, 17).

4^o. de bedreiging — niet juist het kwaad, waarmede bedreigd wordt — moet onrechtmatig zijn; de vrees, die men zich zelven te wijten heeft, komt niet in aanmerking;

Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam quam magistratus recte intulit, scilicet jure licito et jure honoris quem sustinet. Ceterum si per injuriam quid fecit populi Romani magistratus vel provinciae praeses, Pomponius scribit hoc edictum locum habere: si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorsit. Ulp. l. 3 § 1 D. quod met. c. (IV, 2).

Si mulier contra patronum suum ingrata facta sciens se ingratam, cum de suo statu periclitabatur, aliquid patrono dederit vel promiserit, ne in servitute redigatur: cessat edictum, quia hunc sibi metum ipsa infert. Paul. l. 21 pr. D. eod.

5^o. de vrees moet zijn opgewekt juist om de aangegane nadeelige rechtshandeling in het leven te roepen.

Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit. Sed licet vim factam a quocumque praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si quo magis te de vi hostium vel latronum vel populi tuerer vel liberarem, aliquid a te accepero vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim summisi: ceterum si alienus sum a vi, teneri me non debere, ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor. Ulp. l. 9 § 1 D. quod met. c. (IV, 2).

Julianus ait eum, qui vim adhibuit debitori suo ut ei solveret, hoc edicto non teneri propter naturam metus causa actionis quae damnum exigit: quamvis negari non possit in Julianum eum de vi incidisse et jus crediti amisisse. Ulp. l. 12 § 2 D. eod.

Waar deze vereischten niet aanwezig zijn, kunnen toch andere, gewoonlijk minder ver reikende, rechtsmiddelen van toepassing zijn.

§ 82. DE VOORWAARDE. BEGRIP.

Voorwaarde (*condicio*) in de technische beteekenis — in ruimeren zin noemt men voorwaarde elk bij eene rechtshandeling voorkomend beding — is dat bestanddeel eener wilsverklaring, waardoor de werking van den wil afhankelijk wordt gemaakt van eene toekomstige, onzekere gebeurtenis.

De voorwaarde is een integreerend bestanddeel der wilsverklaring, niet, zooals wel beweerd wordt, eene bijbepaling of toevoeging, welke zou kunnen worden afgescheiden van eene daartegenover en op zich zelf staande hoofdbepaling. Als ik aan iemand een huis verkoop onder eene voorwaarde, dan is er niet een verkoop als hoofdbepaling en eene voorwaarde als bijbepaling; neen, de voorwaardelijke verkoop vormt één

onscheidbaar geheel. Practisch belang heeft deze opvatting ten aanzien van het bewijs in het proces (zie hieronder § 113). Wanneer de eischer eene onvoorwaardelijke verbintenis stelt en de gedaagde het bestaan eener voorwaardelijke erkent, dan zal op den eischer het bewijs rusten. Het gaat niet aan te zeggen, dat partijen het eens zijn over de hoofdbepaling en alleen verschil hebben over de bijbepaling, welke door den gedaagde wordt ingeroepen en dus door hem zoude moeten worden bewezen. Neen, partijen zijn het hier in het geheel niet eens; de eischer stelt eene andere wilsverklaring dan de gedaagde; die, welke hij stelt, de onvoorwaardelijke namelijk, is niet door den gedaagde erkend en moet dus door den eischer worden bewezen.

Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quae interrogatus erit non responderit, veluti si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra: aut si ille pure stipuletur, tu sub condicione promittas, vel contra, si modo scilicet id exprimas, id est si cui sub condicione vel in diem stipulanti tu respondeas: „praesenti die spondeo.” Nam si hoc solum respondeas „promitto”, breviter videris in eadem diem aut condicionem spondidisse: nec enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quae stipulator expresserit. § 5 l. de inut. stip. (III, 19).

De voorwaarde maakt de *werking* van den wil en de wilsverklaring onzeker, niet hun *bestaan*. Als een erflater schrijft: Titius heres esto, si navis ex Asia venerit, dan is zijn wil geen oogenblik onzeker of zwevende. Hij weet zeer bepaald, wat hij wil: als de voorwaarde vervuld wordt, zal Titius erfgenaam zijn; als zij niet vervuld wordt, zal Titius het niet zijn. Onzeker is alleen, welke werking de wilsverklaring zal hebben.

De voorwaarde is eene eigenaardige bepaling, door partijen omtrent de werking hunner wilsverklaring gemaakt. Waar het effect eener wilsverklaring reeds krachtens rechtsvoorschrift afhankelijk is van eene onzekere gebeurtenis, daar wordt deze niet voorwaardelijk genoemd, al is door partijen die afhankelijkheid nog ten overvloede uitgesproken. Bijv. ik stel Titius in tot erfgenaam „indien hij mij overleeft”; de onzekerheid, die hier bestaat, zou er even goed zijn, op grond der bepalingen van het recht, al ware die zoogenaamde voorwaarde niet in de verklaring opgenomen (*condiciones tacitae, condiciones juris*).

Condiciones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est quae tacite inesse videantur, non faciunt legata condicionalia. Papin. l. 99 D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

„Cornelius et Maevius, uter eorum volet, heres esto”: uterque vult: Trebatius neutrum fore heredem, Cartilius utrumque: tu cui adsentiaris? Proculus: Cartilio adsentio et illam adjectionem „uter eorum volet” supervacuum puto: id enim etiam ea non adjecta futurum fuit, ut, uter vellet, heres esset, uter nollet, heres non esset. Quod si hi ex numero necessariorum heredum essent, tum id non frustra adjectum esse et non solum figuram, sed vim quoque condicionis continere: dicerem tamen, si uterque heres esse vellet, utrumque heredem esse. Procul. l. 70 D. de hered. inst. (XXVIII, 5).

Inest autem condicio legati, veluti cum ita legamus: „quod ex Arescusa natum fuerit, heres dato” aut „fructus, qui ex eo fundo percepti fuerint, heres dato” aut „servum, quem alii non legavero, Sejo dato”. Pomp. l. 1 § 3 D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Quaedam autem condiciones etiam supervacuae sunt, veluti si ita scribat: „Titius heres esto. Si Titius hereditatem meam adierit, Maevio decem dato”: nam pro non scripto ea condicio erit, ut omnimodo ad heredem Maevii legatum transeat, etiamsi Maevius ante aditam hereditatem decesserit. Et idem, si ita fuerit scriptum: „si Titius hereditatem meam adierit, intra dies centum Maevio decem dato”: nam hoc legatum in diem erit, non sub condicione, quia definitio Labeonis probanda est dicentis id demum legatum ad heredem legatarii transire, quod certum sit debitum iri, si adeatur hereditas. Pomp. l. 22 § 1 D. quando dies leg. (XXXVI, 2).

Dotis promissio non ideo minus valebit, quod ignorante initio patre nuptiae non fuerint, si postea consenserit, cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam condicionem accipiat. . . . Papin. l. 68 D. de J. D. (XXIII, 3).

Eene ware voorwaarde is er alleen dan, wanneer de gebeurtenis, waarvan de werking van den wil afhankelijk is gesteld, toekomstig en onzeker is. Ontbreekt een dezer vereischten, dan is er slechts in schijn eene voorwaarde; de eigenaardige gevolgen eener voorwaarde komen dan niet voor. Zoo, wanneer de bedoelde gebeurtenis niet toekomstig is, maar reeds heeft plaats gehad of op hetzelfde oogenblik plaats grijpt, al is ook de uitslag aan partijen nog onbekend. Evenzoo, wanneer de gebeurtenis niet onzeker is, wanneer namelijk de werking van den wil afhankelijk is gesteld van het plaats hebben van een feit, dat noodwendig geschieden moet („indien X sterft”), of van het achterwege blijven van een feit, dat onmogelijk geschieden kan („indien gij met den vinger den hemel niet aanraakt”).

Condiciones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem aut omnino non differunt: veluti „si Titius consul fuit” vel „si Maevius vivit, dare spondes?” Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint. § 6 l. de V. O. (III, 15).

Cum ad praesens tempus condicio confertur, stipulatio non suspenditur et, si condicio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes condicionem ignorent, veluti „si rex Parthorum vivit, centum mihi dari spondes?” Eadem sunt et cum in praeteritum condicio confertur. Papin. l. 37 D. de reb. cred. (XII, 1).

Respicendum enim esse, an, quantum in natura hominum sit, possit scire eam debitu iri. Scaev. l. 38 D. eod.

Itaque tunc potestatem condicionis optinet, cum in futurum confertur. Papin. l. 39 D. eod.

Si quem ita institutum ponamus: „ille, si eum codicillis heredem scripsi, heres esto”, valet institutio etiam in filio qui in potestate est, cum nulla sit condicio, quae in praeteritum confertur vel quae in praesens, veluti „si rex Parthorum vivit”, „si navis in portu stat”. Ulp. l. 10 § 1 D. de cond. inst. (XXVIII, 7).

Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari. Ulp. l. 9 § 1 D. de novat. (XXXVI, 2).

Quod si ea condicione debetur, quae omnimodo exstatura est, solum repeti non potest, licet sub alia condicione, quae an impleatur incertum est, si ante solvatur, repeti possit. Ulp. l. 18 D. de cond. ind. (XII, 6).

„Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato.” Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur: non potest enim condicio non existere. Papin. l. 79 pr. D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Si in non faciendo impossibilis condicione institutione heredis sit expressa, secundum omnium sententiam heres erit, perinde ac si pure institutus esset. Ulp. l. 51 § 1 D. de hered. inst. (XXVIII, 5).

Impossibilis condicio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat: aliter atque si talis condicio inseratur stipulationi „si in caelum non ascenderit”: nam utilis et praesens est et pecuniam creditam continet. Ulp. l. 7 D. de V. O. (XXXXV, 1).

Terwijl de voorwaarde in het algemeen zoowel bij rechtshandelingen ter zake des doods als bij die onder de levenden toegelaten is, zijn er sommige handelingen, die geene voorwaarde, zelfs geene oneigenlijke, dulden, zoodat ze door bijvoeging eener voorwaarde nietig worden, zoo bijv. de bijstand van den voogd (zie hieronder § 139), de *mancipatio* (zie hieronder § 146), de *acceptilatio* (zie hieronder § 212). Bij andere rechtshandelingen zijn slechts enkele bepaalde voorwaarden uitgesloten; zoo kan de erfstelling niet plaats hebben onder eene ontbindende voorwaarde; zoo verdraagt de instelling van den *suus heres* geene niet-potestatieve voorwaarde (zie daarover nader in het Erfrecht).

Sed et si quis ita dixerit: „si solvendo hereditas est, adeo hereditatem”, nulla aditio est. African. l. 51 § 2 D. de A. v. O. II. (XXIX, 2).

Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adjectionem. Nonnumquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ita demum egisse acceptilatio intellegitur, si obligationis condicio exstiterit: quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum. Papin. l. 77 D. de R. J. (L, 17).

Sub condicione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur; nec ad rem pertinet, an ea condicio sit inserta, quae non expressa tacite inesse videatur. Fragm. Vat. § 329.

Filius, qui fuit in potestate, sub condicione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmit patris, ac si condicio non esset in ejus potestate: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. Papin. l. 15 D. de cond. inst. (XXVIII, 7).

§ 83. VERVOLG. VERSCHILLENDE SOORTEN VOORWAARDEN.

De voorwaarden worden onderscheiden in

I. *stellige* en *ontkennende*, naarmate de werking der wilsverklaring afhankelijk is gesteld van het al of niet plaats hebben eener gebeurtenis. In het eerste geval wordt de voorwaarde vervuld, zoodra de gebeurtenis plaats heeft; in het tweede geval is zij niet vervuld, voordat het zeker is, dat de gebeurtenis niet meer kan plaats grijpen. Daar die zekerheid dikwijls zeer lang kan uitblijven, of misschien zelfs nimmer bij het leven van den voorwaardelijk gerechtigde zal verkregen worden, heeft het Romeinsche Recht eene bijzondere bepaling gemaakt voor uiterste wilsbeschikkingen, waarbij een niet-doen van den bevoordeelde als voorwaarde is gesteld: deze kan dadelijk in het genot treden van hetgeen hem is toegezegd, mits zekerheid stellende, dat hij het ontvangene zal teruggeven, indien hij later toch de bedoelde handeling verricht (*cautio Muciana*);

Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti „si Titius consul

factus fuerit, quinque aureos dare spondes?" Si quis ita stipuletur „si in Capitolium non ascendero, dare spondes?" perinde erit, ac si stipulatus esset cum morietur dari sibi § 4 l. de V. O. (III, 15).

Sed et si ita stipulatus fuero: „si in Capitolium non ascenderis" vel „Alexandriam non ieris, centum dari spondes?" non statim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascendere vel Alexandriam pervenire potueris, sed cum certum esse coeperit te Capitolium ascendere vel Alexandriam ire non posse. Papin. l. 115 § 1 D. de V. O. (XXXV, 1).

Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta „si in Capitolium non ascenderis", „si Stichum non manumiseris" et in similibus: et ita Aristoni et Neratio et Juliano visum est: quae sententia et constitutione divi Pii comprobata est. Nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est. Ulp. l. 7 pr. D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Is, cui sub condicione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem jure civili, deficiente condicione, hoc legatum eave hereditas pertinere potest. Gajus l. 18 D. eod.

Cum sub hac condicione fundus alicui legatus esset „si servum non manumiserit" et, si manumiserit, legatum fundi ad Maevium translatum esset, legatarius de non liberando satisdedit et legatum accepit et postea liberavit: quaero, an aliquid Maevio detur. Respondit, si cui ita legatum erit „si servum non manumiserit", satisfactione interposita accipere ab herede legatum poterit et, si postea servum manumiserit, commissa stipulatione heredi vel fundum vel quanti ea res est restituet eoque casu heres ei, cui ex sequenti condicione legatum debuerit, restituet. Javol. l. 67 D. eod.

II. *willekeurige, toevallige en gemengde voorwaarden (condiciones potestativae, casuales, mixtae)*, naarmate, van het standpunt van den voorwaardelijk gerechtigde, de vervulling afhangt van zijn wil, van uiterlijke omstandigheden — waartoe ook behoort de wil van een derde — of van beide te gelijk.

De schuldenaar kan verbonden zijn onder eene voorwaarde, waarvan hij zelf de uitvoering in de hand heeft, bijv. het verrichten of niet-verrichten eener daad, die in zijne macht staat. Maar de verbintenis onder de voorwaarde: „indien ik wil", is ongeldig, omdat deze hoegenaamd geene gebondenheid medebrengt. Over den koop op de proef, zie hieronder § 190;

Sub hac condicione „si volam" nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis: nam nec heres promissoris ejus, qui numquam dare voluerit, tenetur, quia haec condicio in ipsum promissorem numquam exstitit. Pomp. l. 8 D. de O. et A. (XXXIV, 7).

Si ita legetur: „heres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit", utile legatum est, quamvis in potestate ejus sit ascendere vel non ascendere. Paul. l. 3 D. de legat. II. (XXXI).

Si stipulatus hoc modo fuero: „si intra biennium Capitolium non ascenderis, dari?", non nisi praeterito biennio recte petam. Pomp. l. 27 § 1 D. de V. O. (XXXV, 1).

Si sic legatum vel fidei commissum sit relictum „si aestimaverit heres" „si comprobaverit" „si justum putaverit", et legatum et fideicommissum debetur, quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum. Ulp. l. 75 pr. D. de legat. I. (XXX).

Haec venditio servi „si rationes domini computasset arbitrio" condicionalis est: condicionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio. Sed

utrum haec est venditionis condicio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero si arbitrio viri boni? Nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, si voluerit, vel stipulanti sic spondeat „si voluero, decem dabo”: neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. Placuit itaque veteribus magis in viri boni arbitrium id collatum videri quam in domini. Si igitur rationes potuit accipere nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta condicio emptionis est et ex empto venditor conveniri potest. Ulp. l. 7 pr. D. de contr. empt. (XVIII, 1).

III. *opschortende en ontbindende* voorwaarden. Bij de eerste wordt het aanvangen van de beoogde werking der wilsverklaring afhankelijk gesteld van eene toekomstige onzekere gebeurtenis. Bij de laatstgenoemde heeft de rechtshandeling dadelijk hare gewone gevolgen, maar is de opheffing daarvan afhankelijk van de bedoelde gebeurtenis: de handeling bestaat, maar het is onzeker, of zij zal blijven bestaan. In het eerste geval zeggen de Romeinen: *sub condicione contrahitur, negotium condicione suspenditur*; in het tweede geval heet het: *pura emptio est, quae sub condicione resolvitur*. De toevoeging eener ontbindende voorwaarde kan men ook beschouwen als eene bijkomende handeling, waardoor, onder zekere opschortende voorwaarde, de werking der handeling zelve wordt opgeheven.

Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur. Ulp. l. 1 D. de leg. comm. (XVIII, 3).

Si res ita distracta sit, ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione. Ulp. l. 3 D. de contr. empt. (XVIII, 1).

Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. Et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis. Ulp. l. 2 pr. D. de in diem add. (XVIII, 2).

Sabinus, si sic empta sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia. Sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur quam implebitur. — Si in diem additio facta sit, id est nisi si quis meliorem conditionem attulerit, perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere Julianus putabat: alii et hanc sub condicione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est. Paul. l. 2 § 3, § 4 D. pro empt. (XXXI, 4).

Eigenaardige soorten voorwaarden zijn nog:

IV. *de onmogelijke*. Eene voorwaarde is onmogelijk, wanneer het ten tijde dat zij gesteld wordt zeker is, dat zij nooit kan vervuld worden, hetzij ten gevolge van natuurwetten of van voorschriften der rechtsorde, hetzij op grond van algemeene regels of wegens de bijzondere omstandigheden van het geval.

Condicionum duo sunt genera: aut enim possibilis est, aut impossibilis: possibilis, quae per rerum naturam admitti potest, impossibilis, quae non potest: quarum ex eventu altera expectatur, altera (impossibilis) submovetur. Paul., Sent. III, 4b § 1.

Cum quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam et hujusmodi res, quae publicis usibus in pepe-

tuum relictae sint: ubi omnino condicio jure impleri non potest vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset. Nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio. Venulejus l. 137 § 6 D. de V. O. (XXXXV, 1).

Falsam condicionem Cassius et Caelius Sabinus impossibilem esse dixerunt, veluti: „Pamphilus, si quod Titio debeo solverit, liber esto”, si modo nihil Titio fuit debitum: quod si post testamentum factum testator pecuniam exsolvit, defecisse condicionem intellegi. Papin. l. 72 § 7 D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Si ancillae alienae, cum ea nubisset, legatum sit, Proculus ait utile legatum esse, quia possit manumissa nubere. Pomp. l. 58 D. eod.

Si quis ita institutus sit, si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset: cum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit condicionem evanescere quasi impossibilem. Ulp. l. 6 D. de cond. inst. (XXVIII, 7).

De onmogelijke voorwaarde brengt bij rechtshandelingen onder de levenden nietigheid der handeling te weeg. Bij uiterste wilsbeschikkingen echter heeft het Romeinsche Recht het gevoelen der Sabinianen aangenomen, volgens hetwelk de voorwaarde voor niet geschreven wordt gehouden en de beschikking overigens van kracht blijft;

Non solum stipulationes impossibili condicioni adplicatae nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque contractus, veluti emptiones locationes, impossibili condicione interposita aequae nullius momenti sunt, quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment adposita ea condicione, quam sciant esse impossibilem. Maecian. l. 31 D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

Item si quis sub ea condicione stipuletur quae existere non potest, veluti si digito caelum tetigerit, inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde debere putant, ac si sine condicione relictum esset; diversae scholae auctores nihilo minus legatum inutile existimant quam stipulationem. Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest. Gajus, Inst. III § 98.

Impossibilis condicio in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur. § 10 l. de hered. inst. (II, 14).

V. de *onzedelijke*. Of eene voorwaarde onzedelijk is of niet, hangt af van hare strekking. Niet elke voorwaarde, die voor hare vervulling het bedrijven eener onzedelijke daad vooronderstelt, is onzedelijk. Wanneer bijv. iemand zijn erfgenaam bezwaart met de uitkeering van een legaat, indien hij overspel pleegt, dan is die voorwaarde niet onzedelijk. Wanneer daarentegen iemand zijn erfgenaam belast met een legaat, indien hij geen overspel pleegt, dan is die voorwaarde wèl onzedelijk. Wat als ongeoorloofd of onzedelijk is te beschouwen, hangt geheel af van de opvattingen en begrippen, die op een bepaalden tijd bij een zeker volk heerschen.

Ten opzichte van hare werking worden de onzedelijke voorwaarden evenzoo behandeld als de onmogelijke;

Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionione. Ulp. l. 7 § 3 D. de pact. (II, 14).

Stipulationis utiliter interponendae gratia mulier ab eo, in cujus matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinae tempore matrimonii consuetudinem

repetisset. Nihil causae esse respondi, cur ex stipulatu, quae ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta condicione pecuniam adsequi non possit. Papin. l. 121 § 1 D. de V. O. (XXXXV, 1).

Stipulatio hoc modo concepta: „si heredem me non feceris, tantum dare spondes?“ inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio. Julian. l. 61 D. eod.

Condiciones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem optinent scriptae vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt aut hujusmodi quas praetores improbaverunt pro non scriptis habentur et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adjecta non esset, capitur hereditas legatumve. Marcian. l. 14 D. de cond. inst. (XXVIII, 7).

Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali condicione „si reliquias ejus in mare abiciat“: quaerebatur, cum heres institutus condicioni non paruisset, an expellendus est ab hereditate. Modestinus respondit: laudandus est magis quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abjecit, sed memoria humanae condicionis sepulturae tradidit. Sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem condicionem posuit, neque compos mentis esset. Igitur si perspicuis rationibus haec suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi. Modest. l. 27 pr. D. eod.

VI. de *onverstaanbare*, dat zijn die, waarvan de bedoeling niet kan worden opgespoord. Zij maken de van haar afhankelijke rechtshandeling nietig.

„Si Titius heres erit, Sejus heres esto: si Sejus heres erit, Titius heres esto.“ Julianus inutilem esse institutionem scribit, cum condicio existere non possit. Marcian. l. 16 D. de cond. inst. (XXVIII, 7).

Qui quadringenta habebat, trecenta legavit: deinde fundum tibi dignum centum aureis sub hac condicione legavit, si legi Falcidiae in testamento suo locus non esset: quaeritur, quid juris est. Dixi τῶν ἀπόρων hanc quaestionem esse, qui tractatus apud dialecticos τοῦ ψευδομένου dicitur. Etenim quidquid constituerimus verum esse, falsum repperietur. Namque si legatum tibi datum valere dicamus, legi Falcidiae locus erit ideoque deficiente condicione non debetur. Rursus si, quia condicio deficiat, legatum valitum non sit, legi Falcidiae locus non erit: porro si legi locus non sit, existente condicione legatum tibi debetur. Cum autem voluntatem testatoris eam fuisse appareat, ut propter tuum legatum ceterorum legata minui nollet, magis est, ut statuere debeamus tui legati condicionem defecisse. African. l. 88 pr. D. ad leg. Falc. (XXXV, 2).

§ 84. VERVOLG. DE WERKING DER HANGENDE, VERVULDE OF ONTBREKENDE VOORWAARDE.

Elke rechtshandeling onder eene voorwaarde, hetzij opschortende of ontbindende, kan in tweeërlei toestand gedacht worden. Eerst bestaat er een toestand van onzekerheid, zoolang namelijk de voorwaarde nog niet vervuld is, maar wel vervuld kan worden (*pendente condicione*). Die onzekerheid kan op tweeërlei wijze in zekerheid veranderen, of door het ontbreken der voorwaarde (*condicio deficit, extincta est*), of door de vervulling der voorwaarde (*condicio existit, impleta est*).

In condicionibus primum locum voluntas defuncti optinet eaque regit condiciones. Denique et in ea condicione „si filia mea cum Titio nupta erit“ placuit non semper mortis tempus observari, sed voluntate patrocinate tardius produci. Ulp. l. 19 pr. D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Si quis ita stipulatus fuerit: „decem aureos das, si navis venit et Titius consul factus est?” non alias dabitur, quam si utrumque factum sit. Idem in contrarium: „dare spondes, si nec navis venit nec Titius consul factus sit?” exigendum erit, ut neutrum factum sit. Huic similis scriptura est: „si neque navis venit neque Titius consul factus est?” At si sic: „dabis, si navis venit aut Titius consul factus sit?” sufficit unum factum. Et contra: „dabis, si navis non venit aut Titius consul factus non est?” sufficit unum non factum. Scaev. l. 129 D. de V. O. (XXXXV, 1).

Hierbij worde opgemerkt, dat soms de voorwaarde voor vervuld wordt gehouden, schoon zij in werkelijkheid niet vervuld is, m. a. w. dat soms van hare vervulling wordt afgezien. Dit geschiedt:

1°. wanneer degene, die bij de niet-vervulling der voorwaarde belang heeft, de vervulling opzettelijk verhindert;

In jure civili receptum est, quotiens per eum, ejus interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. Quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. Quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret. Ulp. l. 161 D. de R. J. (L, 17).

Jure civili receptum est, quotiens per eum, ejus interest condicionem impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset: quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret. Julian. l. 24 D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Quicumque sub condicione obligatus curaverit, ne condicio existeret, nihilo minus obligatur. Paul. l. 85 § 7 D. de V. O. (XXXXV, 1).

2°. bij uiterste wilsbeschikkingen, wanneer voor de vervulling de medewerking van een derde noodig is, maar deze zijne medewerking weigert.

Si ita heres institutus sim, si decem dedero, et accipere nolit cui dare jussus sum, pro impleta condicione habetur. Paul. l. 3 D. de cond. inst. (XXVIII, 7).

Si quis testamento hoc modo scripserit: „filius meus si Titium adoptaverit, heres esto: si non adoptaverit, exheres esto” et filio parato adoptare Titius nolit se adrogandum dare, erit filius heres quasi expleta condicione. Julian. l. 11 D. cod.

„Titius si status in municipio posuerit, heres esto.” Si paratus est ponere, sed locus a municipibus ei non datur, Sabinus Proculus heredem eum fore et in legato idem juris esse dicant. Pomp. l. 14 D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Vestigen wij thans vooreerst de aandacht op de *ontbindende* voorwaarde. Zoolang deze hangende is, bestaat er alleen onzekerheid, of datgene wat tot stand gekomen is, zal stand houden; maar de mogelijkheid, dat dit misschien niet het geval zal zijn, oefent vooralsnog geen invloed. Zoolang de onzekerheid duurt, heeft de rechtshandeling hare volledige werking.

Ontbreekt de ontbindende voorwaarde, dan blijkt, dat alles, wat tot stand gekomen is, in stand zal blijven. De eenige verandering, die plaats heeft, is deze, dat datgene wat tot nu toe aan eene mogelijke ontbinding onderworpen was, dit voor het vervolg niet meer is.

Wordt de ontbindende voorwaarde vervuld, dan vervalt de werking der rechtshandeling; elke uitvoering, die daaraan gegeven was, wordt opgeheven; wat ontvangen is, moet worden gerestituëerd; wat verricht is, wordt zooveel mogelijk ongedaan gemaakt.

Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est (scilicet: quae sub condicione resolvitur), Julianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit. Ulp. l. 2 § 1 D. de in diem add. (XVIII, 2).

Sed et Marcellus libro quinto digestorum scribit pure vendito et in diem addicto fundo si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset: ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret. Ulp. l. 4 § 3 D. eod.

Si mortis causa res donata est et convaluit qui donavit, videndum, an habeat in rem actionem. Et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare: mortuo eo tunc is cui donatum est. Si vero sic, ut iam nunc haberet, redderet, si convaluisset vel de proelio vel peregre redisset, potest defendi in rem competere donatori, si quid horum contigisset, interim autem ei cui donatum est. Sed et si morte praeventus sit is cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori. Ulp. l. 29 D. de mort. c. donat. (XXXIX, 6).

Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita et forte emptor, antequam melior condicio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata, quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet. Ulp. l. 3 D. quib. mod. pign. (XX, 6).

Si hominem emisti, ut, si aliqua condicio extitisset, inemptus fieret, et is tibi traditus est et postea condicio emptionem resolvit: tempus, quo apud emptorem fuit, accedere venditori debere existimo, quoniam eo genere retro acta venditio esset redhibitioni similis, in qua non dubito tempus ejus qui redhibuerit venditori accessurum, quoniam ea venditio proprie dici non potest. Javol. l. 19 D. de usurp. et usuc. (XXXI, 3).

Imperator Severus rescripsit: „Sicut fructus in diem addictae domus, cum melior condicio fuerit allata, venditori restitui necesse est, ita rursus quae prior emptor medio tempore necessario probaverit erogata, de reditu retineri vel, si non sufficiat, solvi aequum est.“ Et credo sensisse principem de empti venditi actione. Ulp. l. 16 D. de in diem add. (XVIII, 2).

Bij de *opschortende* voorwaarde kan de voorwaardelijk gerechtigde, terwijl de voorwaarde hangende is, zijn recht nog niet doen gelden, omdat het onzeker is, of er wel ooit iets verschuldigd zal worden: dies neque cedit neque venit (l. 213 pr. D. de V. S., L, 16); wat de schuldenaar gedurende dien tijd bij vergissing betaalt, kan hij als onverschuldigd terugvorderen (zie hieronder § 203, n^o. 1). Is krachtens eene rechtshandeling onder eene opschortende voorwaarde eene zaak overgegeven, dan is de ontvanger nog geen eigenaar. In het algemeen heeft de onzekerheid omtrent de uitkomst ten gevolge, dat de aangegane rechtshandeling voorsnog de beoogde werkingen niet uitoefent.

Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur: sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit.... Marcian. l. 13 § 5 D. de pign. (XX, 1).

Sub condicione debitum per errorem solutum pendente quidem condicione repetitur, condicione autem existente repeti non potest. Pomp. l. 16 pr. D. de cond. ind. (XII, 6).

Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat, si ipsius fundus esset, non videtur possessio tradita, si fundus alienus sit. Hoc amplius existimandum est possessiones sub condicione tradi posse, sicut res sub condicione tradun-

tur neque aliter accipientis fiunt, quam condicio exstiterit. Julian. l. 38 § 1 D. de A. v. A. P. (XXXXI, 2).

Si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emptor usu non capit.... Paul. l. 2 § 2 D. pro empt. (XXXXI, 4).

Ontbreekt de opschortende voorwaarde, dan wordt daardoor beslist, dat de beoogde rechtsgevolgen nimmer zullen ontstaan.

Wordt zij vervuld, dan oefent de rechtshandeling hare volledige werking uit. Maar van welk tijdstip? Sedert het oogenblik van de vervulling der voorwaarde, of van het oogenblik van het aangaan der rechtshandeling? Velen kennen aan de vervulling der voorwaarde terugwerkende kracht toe, en stellen het voor, alsof bij de vervulling alles zoo moet worden beschouwd, als ware de handeling van den aanvang af zuiver aangegaan. Deze opvatting is echter niet in overeenstemming met verschillende concrete rechtsregels. Zoo moeten de objectieve vereischen der rechtshandeling ten tijde van de vervulling der voorwaarde aanwezig zijn. Zoo behoeven de vruchten, door den voorwaardelijken schuldenaar hangende de voorwaarde genoten, door hem niet te worden uitgekeerd aan dengene, die bij de vervulling der voorwaarde definitief recht krijgt op de zaak. Zoo begint de verjaring der uit eene voorwaardelijke verbintenis voortspuitende vordering eerst te loopen na de vervulling (zie hieronder § 110). Dit alles zoude anders moeten zijn, indien de fictie gold, dat de rechtshandeling van den aanvang af zuiver is geweest.

Aan den anderen kant zijn er echter belangrijke werkingen, die niet eerst beginnen met de vervulling der voorwaarde, maar dagteekenen van het tijdstip, waarop de rechtshandeling is aangegaan. Van dat oogenblik af bijv. moet de voorwaardelijke schuldenaar instaan voor opzet en schuld; de eigendom wordt bij voorwaardelijke levering geacht verkregen te zijn op het tijdstip der overgave; alle beschikkingen, door den schuldenaar hangende de voorwaarde gedaan, vervallen, ofschoon zij werden gedaan door iemand, die daartoe destijds bevoegd was.

Si servum sub condicione legatum heres alienaverit, deinde condicio exstiterit, potest nihilo minus a legatario vindicari nec extinguitur legatum. Gajus l. 69 § 1 D. de legat. I. (XXX).

Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: extinguuntur, si legati condicio existat. Videamus, an adquisitae sequantur legatarium: et magis dicendum est, ut sequantur. Marcell. l. 11 § 1 D. quemadm. serv. amitt. (VIII, 6).

Si fundum a testatore sub condicione legatum heres alii pendente condicione legavit, post existentem condicionem, quae priori testamento praeposita fuerat, neque proprietatem a priore legatario recedit nec locum religiosum in eo fundo heres facere nec servitutum imponere poterit: sed et imposita servitus finietur existente condicione. Pomp. l. 105 D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Servum, qui sub condicione legatus est, interim heres manumittendo liberum non facit. Paul. l. 11 D. de manum. (XXXX, 1).

Ja zelfs, afgezien van de mogelijke vervulling der voorwaarde, heeft de voorwaardelijke rechtshandeling gewichtige gevolgen.

Cum in secundo testamento heredem eum qui vivit instituimus sive pure sive sub condicione (si tamen condicio existere potuit, licet non exstiterit), superius testa-

mentum erit ruptum. Multum autem interest, qualis condicio posita fuerit: nam aut in praeteritum concepta ponitur aut in praesens aut in futurum. In praeteritum concepta ponitur veluti „si Titius consul fuit“: quae condicio si vera est, id est si Titius consul fuit, ita est institutus heres, ut superius testamentum rumpatur: tum enim ex hoc heres esset. Si vero Titius consul non fuit, superius testamentum non est ruptum. Quod si ad praesens tempus condicio adscripta est herede instituto, veluti „si Titius consul est“, eundem exitum habet, ut, si sit, possit heres esse et superius testamentum rumpatur, si non sit, nec possit heres esse nec superius testamentum rumpatur. In futuram autem collatae condiciones si possibiles sunt existere poterunt, licet non exstiterint, efficiunt, ut superius testamentum rumpatur, etiamsi non exstiterint: si vero impossibiles sunt, veluti „Titius si digito caelum tetigerit, heres esto“, placet perinde esse, quasi condicio adscripta non sit, quae est impossibilis. Pomp. l. 16 D. de injusto (XXVIII, 3).

Si quis sub condicione vel ex die tutorem dederit, medio tempore alius tutor dandus est, quamvis legitimum tutorem pupillus habeat: sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare. Ulp. l. 11 pr. D. de test. tut. (XXVI, 2).

Uit het gezegde volgt, dat niet alle werkingen der voorwaardelijke rechtshandeling eerst na de vervulling der voorwaarde beginnen, maar dat zij evenmin alle een aanvang nemen bij het aangaan der rechtshandeling. Men moet zich de zaak aldus voorstellen. Door de voorwaardelijke handeling is reeds dadelijk een kiem van recht geboren. Deze mag door den schuldenaar niet worden verstikt; al is hij nog niet *verbonden*, hij is toch wel *gebonden*. Zoolang de voorwaarde hangende is, bestaat er nog geen stellig, verkregen recht, maar er is toch eene verwachting, die wordt gehandhaafd en beschermd. Het voorwaardelijke recht kan als grondslag strekken voor pand (zie hieronder § 169), voor borgtocht (zie hieronder § 206) en voor schuldvernieuwing (zie hieronder § 211); het gaat, behalve bij verkrijging ter oorzaak des doods, over op de erfgenamen van den voorwaardelijk gerechtigde.

„Conditionales creditores“ dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat. Ulp. l. 54 D. de V. S. (L, 16).

Is, cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor, sed tunc, cum exstiterit condicio, quamvis eum, qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse. Ulp. l. 42 pr. D. de O. et A. (XXXIV, 7).

Creditoribus, qui ex die vel sub condicione debentur et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, aequae separatio dabitur, quoniam et ipsis cautione communi consulatur. Papin. l. 4 pr. D. de separat. (XXXII, 6).

In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub condicione mihi pecunia debita fuerit, et interim testibus quoque id probare possim, qui testes possunt non esse eo tempore, quo condicio extitit, et si summam re exposita ad suspicionem iudicem adducam, debeam vincere: sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti condicio extiterit: quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit. Paul. l. 40 D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

.... Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit. § 4 l. de V. O. (III, 15).

Si quis „si Titius consul factus erit, decem dari“ sponderit, quamvis pendente condicione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum. Julian. l. 57 D. de V. O. (XXXV, 1).

Legato sub condicione relicto si heres, a quo sub condicione legatum est, pendente condicione moriatur, heredem suum obligatum relinquit. Paul. l. 65 D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum. — Sed si sub condicione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit quam condicio fuerit impleta, ne quidem si ea sit condicio, quae in potestate sit legatarii. Ulp. l. 5 pr., § 2 D. quando dies leg. (XXXVI, 2).

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cujus periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum ajunt: idem Pomponius libro nono probat. Quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi jam contracta emptione in praeteritum. Quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. Et quod pretii solutum est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res exstincta fuerit: sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris. Paul. l. 8 pr. D. de peric. et comm. (XVIII, 6).

Op deze wijze worden de verschillende werkingen der voorwaardelijke rechtshandeling verklaard, ook zonder dat men zijne toevlucht neemt tot de fictie der terugwerkende kracht. Door de vervulling wordt niet het tusschentijdvak uitgewischt en alles zoo beschouwd, alsof de rechtshandeling nooit voorwaardelijk geweest ware, maar de vervulling neemt alleen de bestaande onzekerheid weg. De onzekere werkingen, die er reeds waren, worden nu zeker. Slechts in zoover kan men spreken van terugwerking, als de beoogde rechtsgevolgen, die door de nu vervulde voorwaarde zeker worden, niet door die vervulling worden te weeg gebracht, maar uit de toen verrichte rechtshandeling voortvloeien. Het heeft daardoor den schijn, als had de voorwaardelijke handeling volkomen haar beslag gekregen op het oogenblik, waarop zij werd aangegaan.

Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credit pure et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat condicio, ut potior sit qui postea ereditisset. Sed vercor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. Quod et melius est. Gajus l. 11 § 1 D. qui pot. in pign. (XX, 4).

Si filius familias sub condicione stipulatus emancipatus fuerit, deinde exstiterit condicio, patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus. Paul. l. 78 pr. D. de V. O. (XXXV, 1).

Omne aes alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est, licet posteaquam societas distracta est solutum sit. Igitur et si sub condicione promiserat et distracta societate condicio exstitit, ex communi solvendum est: ideoque si interim societas dirimatur, cautiones interponendae sunt. Paul. l. 27 D. pro socio (XVII, 2).

§ 85. DE TIJDSBEPALING.

Tijdsbepaling (*dies*) is dat bestanddeel der wilsverklaring, waardoor eene tijdelijke grens wordt gesteld aan hare werking. Zij strekt ôf om

het oogenblik te bepalen, waarop die werking zal beginnen (*aanvangstermijn*, zoogen. *dies a quo*) òf om het tijdstip aan te wijzen, waarop zij zal eindigen (*eindtermijn*, zoogen. *dies ad quem*). De tijdsbepaling brengt, anders dan de voorwaarde, geene onzekerheid in de werking der rechtshandeling te weeg.

Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem. Ex die veluti „kalendis Martiis dare spondes?” ejus natura haec est, ut ante diem non exigatur. Ad diem autem „usque ad kalendas dare spondes?”... Paul. l. 44 § 1 D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

Het effect van den aanvangstermijn bestaat hierin, dat het recht niet kan worden uitgeoefend vóór den vastgestelden dag. Eerst wanneer de termijn is verschenen, kan de schuldeischer betaling verlangen (zie hieronder § 210); de verjaring der vordering begint eerst op dat oogenblik te loopen (zie hieronder § 110); eerst dan is de schuld vatbaar voor compensatie (zie hieronder § 213). Daar er evenwel geene onzekerheid bestaat, is er niet slechts eene verwachting, maar kan men reeds dadelijk van een recht spreken (*dies cedit, sed nondum venit*), dat op de erfgenamen overgaat, ook bij verkrijging ter oorzaak des doods. Betaalt de schuldenaar bij vergissing vóór den termijn, dan kan hij niet als onverschuldigd betaald terugvorderen (zie hieronder § 203, n^o. 1). Over de vraag, of men zich moet voorstellen dat de tijdsbepaling het recht zelf, of wel dat zij alleen de uitoefening daarvan opschort, bestond reeds onder de Romeinsche juristen verschil van opvatting. Heet het eenerzijds: „*dies adjectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur*”, of „*ex die incipit obligatio*” — anderzijds leest men: „*praesens obligatio est*”, of „*statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest*” (§ 2 I. de V. O., III, 15).

„*Cedere diem*” significat incipere deberi pecuniam: „*venire diem*” significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies: ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit: ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione. Ulp. l. 213 pr. D. de V. S. (L, 16).

Si dies adposita legato non est, praesens debetur aut confestim ad eum pertinet cui datum est: adjecta quamvis longa sit, si certa est, veluti kalendis Januariis centesimis, dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest... Paul. l. 21 pr. D. quando dies leg. (XXXVI, 2).

Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfertur legatum. Ulp. l. 5 pr. D. cod.

In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit. Paul. l. 10 D. de cond. ind. (XII, 6).

Si primus, qui sine hypotheca credidit, post secundum, qui utrumque fecit, ipse hypothecam accepit, sine dubio posterior in hypotheca est: unde si in diem de hypotheca convenit, dubium non est, quin potior sit, licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit. Marcian. l. 12 § 2 D. qui pot. in pign. (XX, 4).

Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest meum: et ita Celsus scribit. Ulp. l. 14 pr. D. de pign. (XX, 1).

Plane si ex die proprietatis alieni legata sit, usus fructus pure, dicendum esse Pomponius ait remittendam esse hanc cautionem fructuario, quia certum sit ad eum

proprietatem vel ad heredem ejus perventuram. Ulp. l. 9 § 2 D. usufr. quemadm. (VII, 9).
 „Centensimis kalendis dari” utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio. Paul. l. 46 pr. D. de V. O. (XXXXV, 1).

Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adjectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verum dies adjectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore. Ulp. l. 41 § 1 D. eod.

De strekking van den eindtermijn is om de werking der rechtshandeling te doen ophouden, wanneer de bepaalde dag is aangebroken. Bij erfdiensbaarheden en stipulaties heeft evenwel het Romeinsche Recht aan den eindtermijn die kracht niet toegekend: naar civielrecht duurt de rechtsbetrekking voort, doch de Praetor geeft eene exceptie, indien de recht-hebbende nog na den termijn het recht wil doen gelden.

Usus fructus et ex certo tempore et usque ad certum tempus et alternis annis adjudicari potest. Ulp. l. 16 § 2 D. fam. ere. (X, 2).

Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore neque ad tempus neque sub conditione neque ad certam condicionem (verbi gratia „quamdiu volam”) constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere. Papin. l. 4 pr. D. de serv. (VIII, 1).

.... Placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum: nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi. Plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoverti poterit... Paul. l. 44 § 1 D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

Qui ita stipulatur: „decem, quoad vivam, dari spondes?”, confestim decem recte dari petit: sed heres ejus exceptione pacti conventi summovendus est: nam stipulatorem id egisse, ne heres ejus peteret, palam est, quemadmodum is, qui usque in kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur. Nam et heres ejus, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, jus eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur. Julian. l. 56 § 4 D. de V. O. (XXXXV, 1).

Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda. Diocl. et Maxim. l. 2 C. de donat. quae sub modo (VIII, 54); vgl. Fragm. Vat. § 283.

Naast den volkomen bepaalden termijn, onderscheidt men de termijnen die zijn aangewezen

a. door eene gebeurtenis, waarvan het wèl zeker is *dat*, maar niet *wanneer* zij zal plaats hebben. Deze tijdsbepaling werkt als een termijn, behalve bij uiterste wilsbeschikkingen, omdat het daar onzeker is, of de bevoordeelde die gebeurtenis zal beleven;

Nam si cum moriar dare promisero et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait: quae sententia vera est. Ulp. l. 17 D. de cond. ind. (XII, 6).

„Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato.” Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur: non potest enim condicio non existere. — „Heres meus, cum ipse morietur, centum Titio dato.” Legatum sub condicione relictum est: quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo. Dies legati non cedit et non est certum ad eum legatum perventurum. Papin. l. 79 pr., § 1 D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Dies incertus condicionem in testamento facit. Papin. l. 75 D. eod.

b. door eene gebeurtenis, waarvan het onzeker is *of*, maar zeker *op welk oogenblik* zij eventueel zal voorvallen. Deze tijdsbepaling is in den regel als voorwaarde bedoeld en werkt dan als zoodanig. Uitlegging der wilsverklaring kan echter ook leiden tot dit resultaat, dat enkel eene opschorting is beoogd;

Si Titio, „cum is annorum quattuordecim esset factus”, legatum fuerit et is ante quartum decimum annum decesserit, verum est ad heredem ejus legatum non transire, quoniam non solum diem, sed et condicionem hoc legatum in se continet „si effectus esset annorum quattuordecim”, qui autem in rerum natura non esset, annorum quattuordecim esse non intellexeretur. Nec interest, utrum scribatur „si annorum quattuordecim factus erit” an ita, cum priore scriptura per condicionem tempus demonstratur, sequenti per tempus condicio, utrobique tamen eadem condicio est. Pomp. l. 22 pr. D. quando dies leg. (XXXVI, 2).

Sejus Saturninus archigubernus ex classe Britannica testamento fiduciarium reliquit heredem Valerium Maximum trierarchum, a quo petit, ut filio suo Sejo Oceano, cum ad annos sedecim pervenisset, hereditatem restitueret. Sejus Oceanus antequam impleret annos, defunctus est: nunc Mallius Seneca, qui se avunculum Seji Oceani dicit, proximitatis nomine haec bona petit, Maximus autem trierarchus sibi ea vindicat ideo, quia defunctus est is cui restituere jussus erat. Quaero ergo, utrum haec bona ad Valerium Maximum trierarchum heredem fiduciarium pertineant an ad Mallium Senecam, qui se pueri defuncti avunculum esse dicit. Respondi: si Sejus Oceanus, cui fideicommissa hereditas ex testamento Seji Saturnini, cum annos sedecim haberet, a Valerio Maximo fiduciario herede restitui debeat, priusquam praefinitum tempus aetatis impleret, decessit, fiduciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem cetera bona Oceani pertinuerint, quoniam dies fideicommissi vivo Oceano cessit, scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisset, quam incertum diem fideicommissi constituisset videatur. Javol. l. 48 D. ad SC. Treb. (XXXVI, 1).

Zie l. 12 C. de usu fr. (III, 33).

c. door eene gebeurtenis, waarvan het onzeker is *of*, en ook onzeker *wanneer* zij eventueel zal plaats hebben. Hoewel gekleed in den vorm van een termijn, werkt deze beschikking als eene voorwaarde.

.... At si incerta, quasi „cum pubes erit”, „cum in familiam nuperit”, „cum magistratum inierit” cum aliquid demum, quod scribenti comprehendere sit commodum, fecerit: nisi tempus condiciove optigit, neque res pertinere neque dies legati cedere potest. Paul. l. 21 pr. D. quando dies leg. (XXXVI, 2).

Cum testator libertatem tempore nuptiarum filii sui vel filiae servo dari jussit, non tempus praestandae libertati praestituit, sed potius condicioni locum fecit, ut non insecutis nuptiis libertas jure posci non possit. Philipp. l. 8 C. de test. manum. (VII, 2).

Ten slotte zij opgemerkt, dat dezelfde rechtshandelingen, die geene voorwaarde dulden, ook geene tijdsbepaling toelaten. Bij de adoptie en de erfstelling echter maakt de tijdsbepaling de handeling niet nietig, maar wordt zij voor niet geschreven gehouden.

Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut post triennium puta eundem mihi in adoptionem des, an actio ulla sit. Et Labeo putat nullam esse actionem: nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere. Paul. l. 34 D. de adopt. (I, 7).

Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio. Papin. l. 34 D. de hered. inst. (XXVIII, 5).

§ 86. DE LAST.

De last (*modus*) is eene bepaling, die alleen voorkomt bij erfstellingen, legaten en schenkingen en dus van beperkter toepassing is dan de voorwaarde en de tijdsbepaling. De last bestaat hierin, dat den ontvanger de verplichting wordt opgelegd om hetgeen hij aldus om niet verkrijgt geheel of gedeeltelijk te besteden voor een aangewezen doel (bijv. tot het bouwen van een weeshuis) of om eene bepaalde handeling te verrichten (bijv. een slaaf vrij te laten).

Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videtur. Gajus l. 17 § 4 D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

De werking van den last verschilt van die der voorwaarde. De last schort niet op, zoodat er altijd overgang plaats heeft op de erfgenamen van den bevoordeelde. Anderzijds neemt degene die het hem toegedachte aanvaardt de verplichting op zich, om den last uit te voeren. „Die Bedingung suspendirt, zwingt aber nicht; der Modus zwingt, suspendirt aber nicht” (Savigny). De voorwaarde eischt, dat er iets gebeurt om te kunnen verkrijgen; de last brengt mede, dat men iets doet met hetgeen men verkregen heeft. Bij de beschikking onder een last kan de bevoordeelde volstaan met zekerheid te stellen; de buiten zijne schuld veroorzaakte onmogelijkheid der vervulling is, anders dan bij de voorwaarde, voor hem onschadelijk. Een en ander heeft ten gevolge, dat de last in sommige gevallen voor den gever een geschikter middel is dan de voorwaarde om het doel te bereiken, zoo bijv. waar de last bestaat in eene voortdurende verplichting of waar groote onkosten noodzakelijk zijn: de bevoordeelde kan dan dadelijk in het bezit treden van hetgeen hem is toegedacht, en daaruit de kosten bestrijden.

Hac scriptura testamenti „Pamphilus liber esto, ita ut filiis meis rationem reddat” an sub condicione libertas data videretur, quaesitum est. Respondi pure quidem datam libertatem et illam adjectionem „ita ut rationes reddat” condicionem libertati non injicere: tamen quia manifesta voluntas testantis exprimeretur, cogendum eum ad rationes reddendas. Julian. l. 17 § 1 D. de manum. test. (XXXX, 4).

Maevia deeedens servis suis nomine Sacco et Eutythiae et Irenae sub condicione libertatem reliquit his verbis: „Saccus servus meus et Eutythia et Irene ancillae meae omnes sub hac condicione liberi sunt, ut monumento meo alternis mensibus lucernam accendant et sollemnia mortis peragant”: quaero, cum adsiduo monumento Maeviae Saccus et Eutythia et Irene non adsint, an liberi esse possunt. Modestinus respondit neque contextum verborum totius scripturae neque mentem testatricis eam esse, ut libertas sub condicione suspensa sit, cum liberos eos monumento adesse voluit: officio tamen iudicis eos esse compellendos testatricis jussioni parere. Modest. l. 44 D. eod.

Mortuo autem vel manumisso Sticho vivo testatore qui ita heres institutus est, si jurasset se Stichum manumissurum, non videbitur defectus condicione heres, quamvis verum sit compellendum eum manumittere, si viveret. Idem est et si ita heres institutus esset quis: „Titius heres esto ita, ut Stichum manumittat” aut „Titio centum ita lego, ut Stichum manumittat”. Nam mortuo Sticho nemo dicit summoendum

eum: non videtur enim defectus condicione, si parere condicioni non possit: implenda est enim voluntas, si potest. Ulp. l. 8 § 7 D. de cond. inst. (XXVIII, 7).

In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro condicione observatur. Sed si per te non stat, quominus voluntati testatoris pareas, sed per eum, cui nubere jussa es, quominus id quod tibi relictum est retineas, non oberit. Antonin. l. 1 C. de his quae sub modo (VI, 45).

Indien de erflater of schenker geacht moet worden geen enkel geldelijk of zedelijk belang te hebben gehad bij de vervulling van de opdracht, zoo geldt deze meer als een wensch of raad, dan als een last.

Titio centum ita, ut fundum emat, legata sunt: non esse cogendum Titium cavere Sextus Caecilius existimat, quoniam ad ipsum dumtaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio fratri alumno minus industria prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur ac postea non alienaretur. Papin. l. 71 pr. D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Door verschillende dwangmiddelen wordt gezorgd, dat de bevoordeelde inderdaad den last volbrengt, voor zoover deze althans niet strijdt met de wet of de goede zeden. Vooreerst wordt van hem zekerheidstelling geëischt, alvorens hij de making of schenking verkrijgt. Verder kan de schenker, of de erfgenaam van den overledene, of de derde die uit den last voordeel zou trekken, of onder omstandigheden de Overheid tot nakoming van den last ageeren. Eindelijk kan somtijds het geschonkene worden teruggevorderd.

Si quis eum, quem ipse manumittere non poterat, legaverit ita, ut eum legatarius manumitteret, etsi a legato non repellatur, non est compellendus, ut manumittat, quoniam totiens secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quotiens contra legem nihil sit futurum. Idque Neratius scripsit, et tamen a legato non esse eum repellendum, quoniam magis legatarium aliquid commodum testator in hoc servo quam heredem habere voluisset. Paul. l. 37 D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Legatum civitati relictum est, ut ex redditibus quotannis in ea civitate memoriae conservandae defuncti gratia spectaculum celebretur, quod illic celebrari non licet: quaero, quid de legato existimes. Respondit, cum testator spectaculum edi voluerit in civitate, sed tale, quod ibi celebrari non licet, iniquum esse hanc quantitatem, quam in spectaculum defunctus destinaverit, lucro heredum cedere: igitur adhibitis heredibus et primoribus civitatis dispiciendum est, in quam rem converti debeat fideicommissum, ut memoria testatoris alio et licito genere celebretur. Modest. l. 16 D. de usu et usu fr. (XXXIII, 2).

Thermus minor quorum arbitrato monumentum sibi fieri vellet testamento scriberat, deinde ita legaverat: „Lucius Publius Corneliis ad monumentum meum aedificandum mille heres meus dato.” Trebatius respondit pro eo habendum ac si ita legatum esset, si satisdedissent se ita id monumentum ex ea pecunia facturos. Labeo Trebatii sententiam probat, quia haec mens testantis fuisset, ut ea pecunia in monumentum consumeretur: idem et ego et Proculus probamus. Javol. l. 40 § 5 D. de cond. et dem. (XXXV, 1).

Cum in testamento scriptum est: „Stichum Titio lego” vel „heres meus dato ita, ut eum Titius manumittat”, dixi petenti legatario Stichum exceptionem doli mali obstaturam, nisi caverit se libertatem secundum voluntatem defuncti praestaturum. Julian. l. 48 D. de fideicom. lib. (XXX, 5).

Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto iudicio (id est praescriptis verbis) apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat. Dioel. et Maxim. l. 9 C. de donat. (VIII, 53).

Dictam legem donationi, si non impossibilem contineat causam, ab eo qui hanc suscepit non impletam conditioni facere locum juris dictat disciplina. Quapropter si titulo liberalitatis res tuas in sponsam conferendo certam dixisti legem, nec huic illa, cum posset, paruit, successores ipsius de repetendis quae dederas, si hoc tibi placuerit, convenire non prohiberis. Dioel. et Maxim. l. 8 C. de cond. ob caus. dat. (IV, 6).

Idem quaerit, si quis testamento caverit, ut servus exportandus veneat, officio familiae eriscundae iudicis contineri, ut voluntas defuncti non intercidat. Sed et cum monumentum jussit testator fieri, familiae eriscundae agent, ut fiat. Idem tamen temptat, quia heredum interest, quos jus monumenti sequitur, praescriptis verbis posse eos experiri, ut monumentum fiat. Ulp. l. 18 § 2 D. fam. erc. (X, 2).

Si defuncto monumentum conditionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator jusserit, non excedat, eum, cui auferitur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto: quamvis enim stricto jure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis. Papin. l. 50 § 1 D. de H. P. (V, 3).

Zie verder l. 7 D. de ann. leg. (XXXIII, 1).

§ 87. ONGELDIGHEID DER RECHTSHANDELINGEN.

Het begrip *ongeldigheid* omvat alle gevallen, waarin eene rechtshandeling de beoogde rechtsgevolgen mist, omdat in eenig opzicht gehandeld is in strijd met de eischen van het recht, of omdat er later iets gebeurd is, waardoor het geldig bestaande krachteloos wordt gemaakt. De ongeldige handeling bevat dus altijd iets gebrekkigs: zij *mag* niet werken, in tegenstelling van die handeling, waarbij volstrekt niets is verricht in strijd met het recht, maar die ten gevolge van toevallige omstandigheden niet *kan* werken, bijv. eene overeenkomst onder eene voorwaarde, die niet wordt vervuld.

De oorzaken der ongeldigheid zijn velerlei. Zij staan in verband met de vereischten van de rechtshandeling in het algemeen en van elke rechtshandeling in het bijzonder. Zoo kan eene rechtshandeling ongeldig zijn, omdat de handelende persoon onbevoegd is (zie hierboven § 74), omdat de vereischte wil of wilsovereenstemming niet bestaat (zie hierboven § 75), omdat den wil een gebrek aankleeft (bijv. bij dwang of bedrog, zie hierboven §§ 79—81), omdat de voorgeschreven vorm niet is in acht genomen (zie hierboven § 76), omdat een der noodzakelijke bestanddeelen ontbreekt, omdat de handeling strijdt met de goede zeden of met een wettelijk verbod (zie hierboven § 77).

Wanneer eene rechtshandeling ongeldig is, vloeit dit altijd hieruit voort, dat zij in een of ander opzicht strijdt met het recht; het omgekeerde: alles wat strijdt met het recht, is ongeldig — gaat niet algemeen door (zie hierboven § 13).

De ongeldigheid wordt onderscheiden in

I. *Nietigheid* en *vernietigbaarheid*. Eene nietige rechtshandeling (negotium nullum) bestaat slechts in schijn, maar rechtens niet; zij brengt

geenerlei rechtsgevolg te weeg. Eenig rechtsmiddel tot hare vernietiging is niet noodig: wat nietig is, behoeft niet meer vernietigd te worden. Hoogstens kan eene rechterlijke uitspraak noodig zijn, om de nietigheid te constateeren.

De vernietigbare rechtshandeling (*negotium quod rescindi potest*) daarentegen bestaat, en oefent hare gewone rechtsgevolgen uit, totdat zij op vordering van eene der partijen door middel van eene actie of exceptie wordt vernietigd (bijv. in geval van bedrog of dwang, zie hierboven §§ 80, 81). Maakt de partij van deze bevoegdheid geen gebruik, dan blijft de handeling bestaan.

Dit onderscheid tusschen nietigheid en vernietigbaarheid der rechtshandelingen openbaart zich in verschillende opzichten. De vernietigbare verbintenis kan door pand of borgtocht verzekerd worden, de nietige niet. De vernietigbare handeling kan alleen worden aangevallen door hem, in wiens belang de vernietigingsgrond door het recht is aangenomen; de nietige is ten aanzien van alle belanghebbenden krachteloos. De vernietigbaarheid kan worden opgeheven, doordien afstand wordt gedaan van het middel waardoor men de handeling zou kunnen aantasten; de nietigheid werkt van rechtswege en kan niet worden opgeheven. De vernietiging werkt eerst in de toekomst; de partijen worden echter zooveel mogelijk in haren vroegeren toestand hersteld, behoudens de inmiddels door derden wettig verkregen rechten. De nietige handeling heeft in het geheel geene gevolgen; herstel komt dus ook niet te pas.

Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fidejussorem accipere certum est, quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessisset, sed ne negotium quidem ullum gestum intellegitur. Quod si pro furioso jure obligato fidejussorem accepero, tenetur fidejussor. Gajus l. 70 § 4 D. de fidej. (XXXXVI, 1).

Si per vim vel metum mortis aut cruciatus corporis venditio vobis extorta est et non postea eam consensu roborastis, juxta perpetui formam edicti intra annum quidem agentes, quo experiundi potestas est, si res non restituatur, quadrupli referetis condemnationem, scilicet reddito a vobis pretio: post annum vero causa cognita eadem actio in simplum permittitur: quae causae cognitio eo pertinet, ut ita demum decernatur, si alia actio non sit. Gordian. l. 4 C. de his quae vi (II, 19).

*Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, *perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit. Paul. l. 60 D. de aed. ed. (XXI, 1).*

II. De ongeldigheid is *geheel* of *gedeeltelijk*. Soms strekt zij zich uit over de geheele rechtshandeling, bijv. wanneer deze verboden is, of er een gebrek schuilt in den vorm, of wanneer het ongeldige gedeelte een noodzakelijk bestanddeel uitmaakt, of wanneer het geldige zoo nauw met het ongeldige in verband staat, dat het daarvan niet kan worden afgescheiden. Is daarentegen de inhoud vatbaar voor splitsing, of betreft de ongeldigheid alleen ondergeschikte punten, dan kan de rechtshandeling gedeeltelijk gelden. De ongeldigheid kan ook in dien zin eene gedeeltelijke zijn, dat zij alleen bestaat ten opzichte van een der partijen (zoo genaamde hinkende contracten, zie bijv. hieronder § 139).

Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent. Paul. l. 129 § 1 D. de R. J. (L, 17).

Placuit, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit sive usurarum usuras, quod illicite adjectum est pro non adjecto haberi et licitas peti posse. Marcian. l. 29 D. de usur. (XXII, 1).

Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum sponderis, Stichi adjectionem pro supervacuo habendam puto: nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem. Ulp. l. 1 § 5 D. de V. O. (XXXV, 1).

Si vir uxori vel contra quid vendiderit vero pretio et donationis causa paciscantur, ne quid venditor ob eam rem praestet, videndum est, quid de ea venditione agatur, utrum res venierit et totum negotium valeat, an vero ut ea sola pactio irrita sit, quemadmodum irrita esset, si post contractam emptionem novo consilio inito id pacti fuisset actum. Et verius est pactum dumtaxat irritum esse. Pomp. l. 31 § 4 D. de don. i. v. et u. (XXIV, 1).

Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. Ulp. l. 13 § 29 D. de act. empt. vend. (XIX, 1).

III. De ongeldigheid is *oorspronkelijk* of *later ontstaan*. Zij is oorspronkelijk, wanneer zij der rechtshandeling van den aanvang af aankleeft; later ontstaan, wanneer zij het gevolg is van omstandigheden, die zijn voorgevallen, nadat de rechtshandeling is tot stand gekomen. In het laatste geval wordt de oorspronkelijk geldige rechtshandeling zoodanig van hare kracht beroofd, dat het is alsof zij nooit een wettig bestaan had gehad (*rumpitur, irritum fit*).

Welke omstandigheden oefenen zulk eenen vernietigenden invloed op geldig tot stand gekomen rechtshandelingen? Wordt de handeling ongeldig, telkens wanneer er eene omstandigheid plaats heeft, die, indien ze tijdens het tot stand komen der handeling had bestaan, haar van den aanvang af ongeldig zou hebben gemaakt? De Romeinen laten zich bij de beantwoording dier vragen in elk bijzonder geval leiden door practische overwegingen.

Aan den eenen kant blijven bijv. huwelijk en testament gelden, al wordt de echtgenoot of erflater daarna krankzinnig; eene overeenkomst houdt stand, al verliezen de partijen na hare afsluiting de handelingsbekwaamheid.

Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non poterunt. Paul. l. 85 § 1 D. de R. J. (L, 17).

Ex contrario si debitor creditori suo quod debet legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum. Quodsi in diem vel sub condicione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repraesentationem. Quodsi vivo testatore dies venerit aut condicio extiterit, Papinianus scripsit utile esse nihilo minus legatum, quia semel constitit. Quod et verum est: non enim placuit sententia existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit, a qua incipere non potest. § 14 I. de legat. (II, 20).

Si quis autem testamentum fecerit, deinde amiserit testamenti factionem vel furore vel quod ei bonis interdictum est, potest ejus peti bonorum possessio, quia jure testamentum ejus valet: et hoc generaliter de omnibus hujusmodi dicitur, qui amittant mortis tempore testamenti factionem, sed ante factum eorum testamentum valet. Ulp. l. 1 § 9 D. de bon. poss. sec. tab. (XXXVII, 11).

Etsi placeat extinguere obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non

potest, non tamen hoc in omnibus verum est. Eece stipulari viam iter actum ad fundum communem socius non potest, et tamen si is, qui stipulatus fuerat, duos heredes reliquerit, non extinguatur stipulatio. Et per partem dominorum servitus adquiri non potest, adquisita tamen conservatur et per partem domini: hoc evenit, si pars praedii servientis vel cui servitur alterius domini esse coeperit. Paul. l. 140 § 2 D. de V. O. (XXXXV, 1).

Aan den anderen kant verliezen huwelijk en testament hunne kracht, wanneer de echtgenoot of erflater het burgerrecht verliest; het testament wordt ongeldig, wanneer de erflater een zoon adopteert of hem een zoon geboren wordt. Zoo vervalt ook de verbintenis, wanneer de bepaalde zaak, die daarvan het voorwerp is, te niet gaat (zie hieronder § 214, II).

Alio quoque modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cum is qui fecerit testamentum, capite deminutus sit; quod quibus modis accidat, primo commentario relatum est. Gajus, Inst. II § 145.

Irritum fit testamentum, quotiens ipsi testatori aliquid contigit, puta si civitatem amittat per subitam servitutem, ab hostibus verbi gratia captus, vel si major annis viginti venum se dari passus sit ad actum gerendum pretiumve participandum. Ulp. l. 6 § 5 D. de injusto (XXVIII, 3).

Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium aut per populum eum qui sui juris est, aut per praetorem eum qui in potestate parentis fuerit, omni modo testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis. Gajus, Inst. II § 138.

Existimo posse id quod meum est sub condicione stipulari, item viam stipulari ad fundum posse, quamquam interim fundus non sit meus: aut, si hoc verum non est et alienum fundum sub condicione stipulatus fuero isque ex lucrativa causa meus esse coeperit, confestim peremeretur stipulatio, et si fundi dominus sub condicione viam stipulatus fuerit, statim fundo alienato evanescit stipulatio, et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere. Marcell. l. 98 pr. D. de V. O. (XXXXV, 1).

Item si servo alieno quid legatum fuerit et postea a testatore redemptus sit, legatum extinguatur: nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur. Marcian. l. 3 § 2 D. de his quae pro non ser. (XXXIV, 8).

IV. De ongeldigheid is *tijdelijk* of *blijvend*, naarmate de ongeldige rechtshandeling van het haar aanklevend gebrek al of niet kan worden gezuiverd. In het algemeen blijft de rechtshandeling ongeldig, ook al is later de grond der ongeldigheid weggevallen.

Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. Paul. l. 29 D. de R. J. (L, 17).

Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint. Javol. l. 201 D. eod.

Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest. Licinn. Ruf. l. 210 D. eod.

Indien degene, die zich op de ongeldigheid kon beroepen, de rechtshandeling uitdrukkelijk of stilzwijgend erkent of bekrachtigt (zie hieronder § 88), nadat de reden der ongeldigheid heeft opgehouden te bestaan, of indien hij door afstand van zijne middelen tot bestrijding of door verjaring daarvan de bevoegdheid verliest om nietigverklaring te vorderen, dan wordt de rechtshandeling te zijnen aanzien onaantastbaar. Maar men

kan dan eigenlijk niet spreken van een geldig worden; immers, de rechtshandeling werkte reeds als eene geldige, zij blijft nu als zoodanig werken, omdat de mogelijkheid om haar te bestrijden wegvalt.

Ten slotte nog de vraag, of eene rechtshandeling die, om de eene of andere reden ongeldig, niet de door partijen bedoelde rechtsgevolgen heeft, maar wel alle vereischten voor eene andere in zich vereenigt, nu als die andere werkt, m. a. w. of de oorspronkelijk bedoelde maar ongeldige rechtshandeling nu wordt omgezet in eene geldige maar niet bedoelde (zoog. *conversio actus juridici*). In het algemeen heeft deze omzetting niet plaats, omdat de secundair mogelijke handeling door partijen niet is bedoeld. Zoo geldt bijv. eene nietige stipulatie niet als *constitutum*, het huwelijk van een 7 tot 14 jarige niet als verloving, het voorgenomen maar ongeldige testament niet als codicil.

Het tegendeel wordt aangenomen, wanneer de partijen opzettelijk hebben verklaard, dat, indien de handeling niet kan hebben de oorspronkelijk bedoelde werking, zij althans de secundair mogelijke zal te weeg brengen (zie over de zoogenaamde *clausula codicillaris* hieronder in het Erfrecht); evenzoo, wanneer de beide rechtshandelingen, al is het in verschillenden vorm, toch in hoofdzaak dezelfde werkingen hebben.

Eum, qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, non constitui sibi, dicendum est de constituta experiri non posse, quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum sit. Ulp. l. 1 § 4 D. de pec. const. (XIII, 5).

Quaesitum est apud Julianum, an sponsalia sint, ante duodecimum annum si fuerint nuptiae collatae. Et semper Labeonis sententiam probavi existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptiae esse coeperit: si vero non praecesserint, hoc ipso quod in domum deducta est non videri sponsalia facta. Quam sententiam Papinianus quoque probat. Ulp. l. 9 D. de spons. (XXIII, 1).

Saepeissime rescriptum et constitutum est eum, qui testamentum facere opinatus est nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse: ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur. Ulp. l. 1 D. de jure cod. (XXIX, 7).

Si miles, qui destinaverat communi jure testari, ante defecerit quam testaretur? Pomponius dubitat. Sed cur non in milite diversum probet? Neque enim qui voluit jure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia, sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus: quemadmodum plerique pagani solent, cum testamenti faciunt perscripturam, adicere velle hoc etiam vice codicillorum valere. Quicumquam dixerit, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse, nam secundum nostram sententiam etiam divus Marcus rescripsit. Ulp. l. 3 D. de test. mil. (XXIX, 1).

An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur: et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum. Dicet aliquis: potest ergo non esse consensus? cur non possit? Fingamus eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque nullius esse momenti acceptilationem sic accepto tulisse: quis dubitat non esse pactum, cum consensum paciscendi non habuerit? Ulp. l. 8 pr. D. de accept. (XXXVI, 4).

Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicumquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet. Julian. l. 5 pr. D. de resc. vend. (XVIII, 5).

§ 88. BEKRACHTIGING, GOEDKEURING VAN AANGEGANE RECHTS-
HANDELINGEN.

In verschillenden zin kan er sprake zijn van uitdrukkelijke of stilzwijgende erkenning, bevestiging of bekrachtiging eener door ons zelf of door een ander verrichte, maar ongeldige of nog niet voltooide rechtshandeling (*ratihabitio*).

Men onderscheidt de volgende gevallen:

I. Eene nietige rechtshandeling kan niet bevestigd worden, al is ook de reden der nietigheid weggevallen: wat niet bestaat, kan niet bekrachtigd worden. Het eenige wat partijen kunnen doen is dat zij de handeling opnieuw verrichten, waarbij alle vereischten aanwezig moeten zijn en alle vormen in acht genomen moeten worden: dan wordt niet eene bestaande handeling bekrachtigd, maar eene nieuwe aangegaan. Men zie echter hierbij de verordening van Justinianus in l. 25 C. de don. i. v. et u., V, 16.

Respondit mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, justas nuptias effici: et ideo postea liberos natos ex justo matrimonio legitimos esse. Paul. l. 65 § 1 D. de R. N. (XXIII, 2).

Geldt het de nietige handeling van een derde (bijv. een testament), dan kan er van opnieuw verrichten geen quaestie zijn. Mogelijk is echter dat degene, die schijnbaar de nietige handeling erkent, door die daad zelfstandig wordt verbonden; zoo wanneer de erfgenaam aan den legataris belooft om hem uit te keeren, wat bij een nietig testament aan hem is vermaakt.

Illud adjiciendum est, ut, qui ex testamento vel ab intestato heres extiterit, etsi voluntas defuncti circa legata seu fideicommissa seu libertates legibus non sit subnixta, tamen, si sua sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat. Grat., Valent. et Theod. l. 16 § 1 C. de testam. (VI, 23).

Si veritas vel solemnitas juris deest nec amplexus parentis voluntatem relicta dedisti vel transactionis causa stipulantibus promisisti negotiumque integrum est, ad solutionem argueri non potes. Diocl. et Maxim. l. 23 C. de fideicomm. (VI, 42).

II. Is de rechtshandeling vernietigbaar, en wordt zij door hem, die haar kon doen vernietigen, op geldige wijze erkend en goedgekeurd, dan valt voor hem de mogelijkheid harer vernietiging weg; de rechtshandeling wordt te zijnen aanzien beschouwd, alsof zij van den aanvang af onvernietigbaar ware geweest. De erkenning is hier de vorm, waarin men afstand doet van zijn recht om nietigverklaring te vorderen.

Si pater familias factus solverit partem debiti, cessabit senatus consultum nec solutum repetere potest. Ulp. l. 7 § 16 D. de SC. Mac. (XIV, 6).

Qui post vicesimum quintum annum aetatis ea quae in minore aetate gesta sunt rata habuerunt, frustra rescissionem eorum postulant. Diocl. et Maxim. l. 2 C. si major fact. rat. hab. (II, 45).

III. Wanneer aan eene rechtshandeling niets anders ontbreekt dan de toestemming van een derde, en deze wordt later verkregen, dan geldt

de rechtshandeling, alsof zij van den aanvang af met toestemming van dien derde ware verricht.

Si filius familias citra patris jussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum habuerit contractum, veterum ambiguitatem decedentes sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandato filius familias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse hujusmodi contractum, cum testimonium paternum respuere satis iniquum est. Necesse est enim patris ratihabitionem principali patris mandato vel consensui non esse absimilem, cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabito prorsus trahitur et confirmat ea ab initio quae subsecuta sunt . . . Justinian. l. 7 pr. C. ad SC. Mac. (IV, 28).

Si nesciente domino res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est hoc ipsum, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit. Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt. Marcian. l. 16 § 1 D. de pign. (XX, 1).

Idem juris erit, si ex tribus fratribus unus uxorem haberet et rem communem uxori donasset: nam ex tertia parte mulieris res facta non est, ex duabus autem partibus reliquis, si id scissent fratres aut posteaquam donata esset ratum habuissent, non debere mulierem reddere. Alfien. l. 38 § 1 D. de don. i. v. et u. (XXIV, 1).

IV. Wanneer iemand in onzen naam, doch zonder onze volmacht, eene rechtshandeling heeft aangegaan (*negotiorum gestio*), zoo krijgt deze door onze latere goedkeuring dezelfde werkingen, alsof ze dadelijk krachtens onze opdracht ware verricht (zie hierboven § 78, en hieronder § 202).

Rem haberi ratam hoc est comprobare adgnoscerique quod actum est a falso procuratore. Ulp. l. 12 § 1 D. ratam rem (XXXVI, 8).

Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur. Ulp. l. 12 § 4 D. de solut. (XXXVI, 3).

Licet verum procuratorem in judicio rem deducere verissimum est, tamen et si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in judicium recte deducta. Ulp. l. 56 D. de jud. (V, 1).

Item si ignorans creditor procuratori suo solutum servo debitoris filiove acceptum fecerit, postea autem rescierit et ratum habuerit, confirmatur solutio et quod acceptum latum sit, nullius momenti est: et contra, si ratum non habuerit, quod acceptum fecerit, confirmatur. Cels. l. 71 § 2 D. de solut. (XXXVI, 3).

§ 89. UITLEGGING DER RECHTSHANDELINGEN.

Gelijk de uitlegging van wetten strekt om den zin der wet te leeren kennen (zie hierboven § 26), zoo is hier het doel, de beteekenis eener rechtshandeling vast te stellen. Geldt het daar, den uitgedrukten wil des wetgevers te vinden, hier is het er om te doen, den uitgedrukten wil der partijen op te sporen. Veel van hetgeen over de uitlegging der wetten is gezegd, kan hier worden toegepast.

Allereerst komen ook hier in aanmerking de door partijen gebezigde woorden. Daarbij moet worden rekening gehouden met hunne beteekenis volgens het spraakgebruik van de plaats waar, en de personen door wie de wil verklaard is.

..... non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere.... Cels. l. 7 § 2 D. de suppell. leg. (XXXIII, 10).

Ovibus legatis agni non continentur: quamdiu autem agnorum loco sunt, ex usu cujusque loci sumendum est: nam in quibusdam locis ovium numero esse videntur, cum ad tonsuram venerint. Marcian. l. 65 § 7 D. de legat. III. (XXXII).

Si numerus nummorum legatus sit neque apparet quales sunt legati, ante omnia ipsius patris familias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est: sed et mens patris familiae et legatarii dignitas vel caritas et necessitudo, item earum quae praecedunt vel quae sequuntur summarum scripta sunt spectanda. Ulp. l. 50 § 3 D. de legat. I. (XXX).

..... Optimum ergo esse Pedius ait non propriam verborum significationem scrutari, sed in primis quid testator demonstrare voluerit, deinde in qua praesumptione sunt qui in quaque regione commorantur. Paul. l. 18 § 3 D. de instructo (XXXIII, 7).

Daarnaast kunnen andere gegevens dienen om de beteekenis der rechtshandeling vast te stellen. Zij kunnen leiden tot eene uitlegging die men, lettende op de woorden alleen, niet in de eerste plaats zoude kiezen. Het is evenwel niet geoorloofd, eene beteekenis aan te nemen, die men in het geheel niet in de gebruikte woorden kan uitgedrukt achten. Als algemeene regel kan nog worden gesteld, dat des uitleggers vrijheid om, wegens eene van elders blijkende bedoeling, van de woorden af te wijken, ruimer is bij eenzijdige rechtshandelingen (bijv. bij uiterste wilbeschikkingen), minder ruim bij overeenkomsten: bij deze toch komt het er op aan te bepalen, waarover partijen het eens zijn geworden. Bij eenzijdige wilsverklaringen kan degene, die zijn wil verklaarde, later zelf zijne bedoeling verduidelijken.

Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. Paul. l. 25 § 1 D. de legat. III. (XXXII).

Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem. — Titius codicillis suis ita cavet: „Publio Maevio omnes juvenes, quos in ministerio habeo, dari volo”: quaero, a qua aetate juvenes et in quam intellegi debeant. Marcellus respondit, quos verbis quae proponerentur demonstrare voluerit testator, ad notionem ejus, qui de ea re cogniturus esset, pertinere: non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur. Ceterum existimari posset juvenis is, qui adolescentis excessit aetatem, quoad incipiat inter seniores numerari. Marcell. l. 69 D. eod.

Si quis filium proprium ita exheredaverit: „ille filius meus alienus meae substantiae fiat”, talis filius ab hujusmodi verborum conceptione non praeteritus, sed exheredatus intellegatur. Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valet, ut melior sensu existat. Justinian. l. 3 C. de lib. praet. (VI, 28).

In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem ejus qui suscepit pertineret, jus heredum ad legatarium quoque transferri potuit. Papin. l. 219 D. de V. S. (L, 16).

Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. Quod vero quis obscurius in testamento vel nuncupat vel scribit, an post sollemnia explanare possit, quaeritur: ut puta Stichum legaverat, cum plures haberet, nec declaravit de quo sentiret: Titio legavit, cum multos Titios amicos haberet: erraverat in nomine vel praenomine vel cognomine, cum in corpore non errasset: poteritne postea declarare, de quo senserit? Et puto posse: nihil enim nunc dat, sed datum

significat. Sed et si notam postea adjecerit legato vel sua voce vel litteris vel summam vel nomen legatarii quod non scripserat vel nummorum qualitatem, an recte fecerit? Et puto etiam qualitatem nummorum posse postea addi: nam etsi adjecta non fuisset, utique placeret conjectionem fieri ejus quod reliquit vel ex vicinis scripturis vel ex consuetudine patris familias vel regionis. Ulp. l. 21 § 1 D. qui test. (XXVIII, 1).

Non est ferendus qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti ac non etiam quod posteriore legatum sit. Si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura contineretur. Cels. l. 12 D. de transact. (II, 15).

Bij twijfel verdient die uitlegging de voorkeur, welke het meest overeenstemt met den aard der rechtshandeling, en volgens welke zij in stand gehouden wordt.

Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est. Julian. l. 67 D. de R. J. (L, 17).

Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit. Ulp. l. 80 D. de V. O. (XXXV, 1).

Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat. Julian. l. 12 D. de reb. dub. (XXXIV, 5).

In lege locationis scriptum erat: „redemptor silvam ne caedito neve cingito neve deurito neve quem cingere caedere urere sinito.“ Quaerebatur, utrum redemptor, si quem quid earum rerum facere vidisset, prohibere deberet an etiam ita silvam custodire, ne quis id facere possit. Respondi verbum sinere utramque habere significationem, sed locatorem potius id videri voluisse, ut redemptor non solum, si quem casu vidisset silvam caedere, prohiberet, sed uti curaret et daret operam, ne quis caederet. Alfen. l. 29 D. loc. (XIX, 2).

Het Romeinsche Recht geeft nog eenige hulpmiddelen aan de hand om, waar de gewone regels van uitlegging tot geen resultaat leiden, tot eene beslissing te komen. Waar onzekerheid bestaat over den omvang der verplichting, waartoe een der partijen zich verbond, daar wordt het minimum van verplichtingen aangenomen. Verder wordt uitspraak gedaan ten nadeele van dengene, van wien het stellen der voorwaarden is uitgegaan.

Arrianus ait multum interesse, quaeras, utrum aliquis obligetur an aliquis libereur: ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum: ubi de liberando, ex diverso, ut facilius sis ad liberationem. Paul. l. 47 D. de O. et A. (XXXIV, 7).

Semper in obscuris quod minimum est sequimur. Ulp. l. 9 D. de R. J. (L, 17).

Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est: aut, si non pareat quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? Ad id, quod minimum est, redigenda summa est. Ulp. l. 34 D. eod.

Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est: ac fere secundum interpretationem, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. Nec rursus promissor ferendus est, si ejus intererit de certis potius vasis forte aut hominibus actum. Cels. l. 99 pr. D. de V. O. (XXXV, 1).

In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt. Ulp. l. 38 § 18 D. eod.

Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere. Papin. l. 39 D. de pact. (II, 14).

Cum in lege venditionis ita sit scriptum: „flumina stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint“, nec additur, quae flumina vel stillicidia, primum spectari oportet, quid acti sit: si non id appareat, tunc id accipitur quod venditori nocet: ambigua enim oratio est. Pomp. l. 33 D. de contr. empt. (XVIII, 1).

Eindelijk zijn er enkele rechtsbetrekkingen waarbij, in geval van twijfel, steeds in een bepaalden zin wordt beslist: bij vragen omtrent de *dos*, steeds ten voordeele der vrouw (zie hieronder § 126); bij vragen over de vrijheid, altijd ten gunste daarvan; bij vragen omtrent testamenten, in den zin van eene ruime uitlegging der beschikking (zie bijv. hieronder § 162, B).

In ambignis pro dotibus respondere melius est. Paul. l. 85 pr. D. de R. J. (L, 17).

Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. Paul. l. 2 D. de J. D. (XXIII, 3).

In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati. Paul. l. 179 D. de R. J. (L, 17).

In testamentis plenius voluntates testantium interpretatur. Paul. l. 12 D. eod.

Is de beteekenis der rechtshandeling in het geheel niet te vinden, dan is ze nietig.

Quae in testamento scripta essent neque intellegentur quid significarent, ea perinde sunt ac si scripta non essent: reliqua autem per se ipsa valent. Alfen. l. 2 D. de his quae pro non ser. (XXXIV, 8).

Quotiens non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet (quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat et ad designationem singulari nomine utatur); nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit. Modest. l. 63 § 1 D. de hered. inst. (XXVIII, 5).

§ 90. DE SCHENKING. (Inst. Lib. 2, Tit. 7: de donationibus).

De schenking wordt door ons in het Algemeen Gedeelte behandeld, omdat zij niet is eene eigenaardige rechtshandeling, maar veeleer een vorm, waarin de meest verschillende rechtshandelingen, ten gevolge van het daarmede beoogde economische doel, zich kunnen voordoen.

In ruimen zin verstaat men onder schenking elke vrijgevigheid, elke handeling, waardoor iemand aan een ander vrijwillig en om niet eene in geld waardeerbare gunst bewijst; daaronder valt bijv. het toestaan om kosteloos een huis te bewonen, het verleenen van uitstel van betaling, het verlagen of kwijtschelden van in te vorderen renten.

Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur. Papin. l. 29 pr. D. de donat. (XXXIX, 5).

In aedibus alienis habitare gratis donatio videtur; id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit. Potest enim et citra corporis donationem valere donatio, veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam. Pomp. l. 9 pr. D. eod.

Modestinus respondit creditorem futuri temporis usuras et remittere et minuere pacto posse nec in ea donatione ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere. Modest. l. 23 pr. D. eod.

Voor de toepassing der bijzondere rechtsregels omtrent de schenking — het verbod van schenking tusschen echtgenooten (zie hieronder § 125),

Dit is de voorhuis v. toepassing 4^{de} gewoonterecht

de noodzakelijkheid der inachtneming van vormen, de herroepelijkheid — wordt echter het begrip scherper begrensd.

Si vir uxoris aut uxor viri servis aut vestimentis usus vel usa fuerit vel in aedibus ejus gratis habitaverit, valet donatio. Pomp. l. 18 D. de don. i. v. et u. (XXIV, 1).

In engeren zin is schenking eene rechtshandeling, waarbij iemand (schenker, *donator*) uit vrijgevigheid, om niet, een ander (den begiftigde) rijker en zich zelf armer maakt, door iets van zijn reeds verworven vermogen op te offeren, dat door den begiftigde wordt aangenomen.

In deze omschrijving liggen de volgende vereischten opgesloten:

1^o. er moet geene wettelijke verplichting, zelfs geene natuurlijke verbintenis (zie hieronder § 179) bestaan. Dat de gever zich door liefde of medelijden gedrongen gevoelt, sluit het begrip eener schenking niet uit;

Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio. Idem in pupillo, qui sine tutoris auctoritate debuerit, dicendum est, si postea tutore auctore promittat. Ulp. l. 19 § 4 D. de donat. (XXXIX, 5).

2^o. de gever moet den wil hebben om te schenken (*animus donandi*); wie uit geldgebrek een voorwerp beneden de waarde verkoopt, wie wegens dringende behoefte eene zaak boven de waarde koopt, wie zich eene opoffering getroost om aan de moeilijkheden van een proces te ontsnappen, wordt niet geacht te schenken;

3^o. tegenover de opoffering moet geen werkelijk of beoogd voordeel staan; de handeling moet geschieden „propter nullam aliam causam, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat”;

Si filius aut servus pactus sit, ne ipse peteret, inutile est pactum. Si vero in rem pacti sunt, id est ne ea pecunia peteretur, ita pactio eorum rata habenda erit adversus patrem dominumve, si liberam peculii administrationem habeat et ea res, de qua pacti sint, pecuniaris sit. Quod et ipsum non est expeditum: nam cum verum est, quod Juliano placet, etiamsi maxime quis administrationem peculii habeat concessam, donandi jus cum non habere: sequitur ut, si donandi causa de non petenda pecunia pactus sit, non debeat ratum haberi pactum conventum. Quod si pro eo ut ita pacisceretur aliquid, in quo non minus vel etiam amplius esset, consecutus fuerit, rata habenda est pactio. Gajus l. 28 § 2 D. de pact. (II, 14).

Sed et hae stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem. — Denique Pegasus putabat, si tibi centum spondero hac condicione, si jurasses te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est, res secuta est. Ulp. l. 19 § 5, § 6 D. de donat. (XXXIX, 5).

4^o. „jus constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit”; geene schenking is gelegen in het ten gunste van een ander nalaten om te verkrijgen of in het belangeloos verrichten van diensten ten bate van een ander, zooals bijv. bij bewaargeving, bruikleen, lastgeving;

Concessa donatio est sepulturae causa: nam sepulturae causa locum marito ab uxore vel contra posse donari constat et si quidem intulerit, faciet locum religiosum. Hoc autem ex eo venit, quod definiri solet eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiozem: porro hic non videtur fieri locupletior in ea re quam religioni dicavit. Nec movit quemquam, quod emeret,

nisi a marito accepisset: nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset, non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit. — Si maritus heres institutus repudiet hereditatem donationis causa, Julianus scripsit libro septimo decimo digesterum donationem valere: neque enim pauperior fit, qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. Repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier vel etiam ab intestato heres futura. — Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis valere donationem, si mulier substituta sit in legato vel etiam si proponas eam heredem institutam. — Cum igitur nihil de bonis erogatur, recte dicitur valere donationem. Ubi cumque igitur non deminuit de facultatibus suis qui donavit, valet, vel, etiamsi deminuat, locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet. Ulp. l. 5 § 8, § 13, § 14, § 16 D. de don. i. v. et u. (XXIV, 1).

Quod vir uxori in diem debet, sine metu donationis praesens solvere potest, quamvis commodum temporis retenta pecunia sentire poterit. — Quod legaturus mihi aut hereditatis nomine relicturus es, potes rogatus a me uxori meae relinquere et non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis deminuitur: in quo maxime majores donanti succurrisse Proculus ait, ne amore alterius alter despoliaretur, non quasi malivolos, ne alter locupletior fieret. Pomp. l. 31 § 6, § 7 D. eod.

5°. de schenking moet door den begiftigde, uitdrukkelijk of stilzwijgend, zijn aangenomen.

Non potest liberalitas nolenti adquiri. Ulp. l. 19 § 2 D. de donat. (XXXIX, 5).

Invito beneficium non datur. Paul. l. 69 D. de R. J. (L, 17).

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse. . . . Ulp. l. 18 pr. D. de reb. cred. (XII, 1).

De schenking wordt onderscheiden in schenking onder de levenden en schenking ter zake des doods. De eerste is in het algemeen onvoorwaardelijk en onherroepelijk, al is ze ook gedaan ter gelegenheid van het overlijden. De laatste is afhankelijk van het overlijden van den geveer, doordien ze of wordt opgeschort tot zijn dood (ut, si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est) of vervalt, indien hij den begiftigde overleeft (ut jam nunc haberet, redderet, si convalescisset vel de proelio vel peregre redisset). De schenking ter zake des doods behandelen wij in het Erfrecht.

Est etiam aliud genus acquisitionis donatio. Donationum autem duo genera sunt: mortis causa et non mortis causa. — Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accepit: sin autem supervixisset qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenitisset aut prior decesserit is cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam optinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia et alii ad aliud genus eam retrahebant: a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur et sic procedat, quemadmodum eam nostra formavit constitutio. Et in summa mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum cui donatur, magisque eum cui donat, quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo. pr., § 1 I. de donat. (II, 7).

Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur. Ulp. l. 32 D. de mort. c. donat. (XXXIX, 6).

Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur. Et ibi qui donat illum potius quam se habere mavult: at is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius

quam dedisse mavult: et hoc est, quare vulgo dicatur: „se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum.” Paul. l. 35 § 2 D. eod.

Voor de geldigheid eener schenking onder de levenden is noodig:

1^o. dat de schenker de bevoegdheid heeft om over zijn goed om niet te beschikken, welke bevoegdheid niet begrepen is in het recht van beheer, noch in het recht van vervreemding;

Filius familias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat: non enim ad hoc ei conceditur libera peculii administratio, ut perdat. Ulp. l. 7 pr. D. de donat. (XXXIX, 5).

Tutor ad utilitatem pupilli et novare et rem in iudicium deducere potest: donationes autem ab eo factae pupillo non nocent. Paul. l. 22 D. de adm. tut. (XXVI, 7).

2^o. dat de begiftigde bevoegd is om het geschonkene te verkrijgen;

Donari non potest, nisi quod ejus fit, cui donatur. Pomp. l. 9 § 3 D. de donat. (XXXIX, 5).

3^o. dat de voorgeschreven vorm is in acht genomen. Volgens het Justiniaansche recht is geen bijzondere vorm noodig, indien de schenking 500 solidi niet te boven gaat (zie hieronder § 195, III, bl. 118). Bedraagt zij meer, dan moet zij, behoudens enkele uitzonderingen, in openbare registers worden ingeschreven (*insinuatio*). Is die vorm verzuimd, dan is de schenking geldig tot een bedrag van 500 solidi, voor het overige nietig.

Oudtijds had de *Lex Cincia de donis et muneribus* (omstreeks 204 v. C.) een bedrag bepaald, waarboven geene schenking mocht gedaan worden. Bovendien schreef deze wet formaliteiten voor, waarvan het verzuim evenwel geen nietigheid der schenking ten gevolge had (*lex imperfecta*, zie hierboven § 13), maar alleen aanleiding gaf tot eene exceptie, zoolang de schenker de heerschappij over het geschonkene niet rechtens en feitelijk had verloren. Eerst door des schenkers dood werd de schenking voor goed bekrachtigd. Van deze beperkende bepalingen waren sommige schenkingen uitgezonderd, o. a. die ten behoeve van de naaste bloedverwanten. In het latere Romeinsche recht zijn de voorschriften der *Lex Cincia* in onbruik geraakt.

De schenking kan plaats hebben op verschillende wijzen en met verschillend rechtsgevolg; zoo o. a. doordat de gever eigendom of een ander zakelijk recht overdraagt of vestigt, of een hem toekomend vorderingsrecht cedeert, of doordat hij afstand doet van een zakelijk recht of eene schuldvordering kwijtscheldt, of doordat hij ten behoeve van den begiftigde eene vordering tegen zich zelf in het leven roept.

Omvat de schenking een geheel vermogen of een evenredig deel daarvan, zoo heeft daardoor toch geene opvolging onder algemeenen titel plaats (zie hierboven § 71); alle in de gift begrepen goederen en rechten moeten afzonderlijk worden overgedragen en de schenker blijft aansprakelijk voor de schulden.

Hereditatem pater sibi relictam filiae sui juris effectae donavit: creditoribus hereditariis filia satisfacere debet, vel, si hoc minime faciat et creditores contra patrem veniant, cogendam eam per actionem praescriptis verbis patrem adversus eos defendere. Papin. l. 28 D. de donat. (XXXIX, 5).

Ten aanzien der schenking gelden nog de volgende bijzondere voor-
schriften:

1^o. van den schenker kunnen geene interessen wegens verzuim gevord-
erd worden (zie hieronder § 177), en de vruchten eerst sedert den dag
der *litis contestatio*;

2^o. de schenker is niet gehouden tot vrijwaring wegens uitwinning en
behoeft niet in te staan voor verborgen gebreken der zaak;

3^o. hij geniet het voorrecht, dat hij niet verder wordt veroordeeld dan
zijn vermogen reikt (zoogenaamd *beneficium competentiae*, zie hieronder
§ 210, III, bl. 178); zelfs mag hij zijne andere schulden eerst aftrekken;

Eum, qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis
pecuniae usuras non debere, summae acquitatis est, maxime cum in bonae fidei
contractibus donationis species non deputetur. Modest. l. 22 D. de donat. (XXXIX, 5).

Laqueo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero
et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de
dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit. Ulp. l. 18 § 3 D. eod.

Qui ex donatione se obligavit, ex rescripto divi Pii in quantum facere potest con-
venitur. Sed enim id, quod creditoribus debetur, erit detrahendum: haec vero, de
quibus ex eadem causa quis obstrictus est, non debet detrahere. Ulp. l. 12 D. eod.

4^o. de schenking, ofschoon in het algemeen onherroepelijk, kan her-
roepen worden:

a. door den schenker wegens ondankbaarheid van den begiftigde (zie
hieronder § 107, n^o. 15);

Generaliter sancimus omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere,
si non donationis acceptor ingratus circa donatorem invenitur, ita ut injurias atro-
ces in eum effundat vel manus impias inferat vel jacturae molem ex insidiis suis
ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponit vel vitae periculum
aliquid ei intulerit vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas
sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spondit, minime implere voluerit.
Justinian. l. 10 pr. C. de revoc. donat. (VIII, 55).

b. door den patroon, die eene schenking deed aan zijn vrijgelatene,
wanneer hem later kinderen geboren worden;

Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam fa-
cultatum fuerit donatione largitus et postea suscepit liberos, totum quidquid largi-
tus fuerit revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum. Constantius
et Constans l. 8 C. de revoc. donat. (VIII, 55).

c. door de erfgenamen, wier wettelijk erfdeel door de schenking is
aangetast, met de *querella inofficiosae donationis*.

Si totas facultates tuas per donationes vacuefecisti, quas in emancipatos filios
contulisti, id, quod ad submovendas inofficiosi testamenti querellas non ingratum
liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus deductum, ut filii vel nepotes, qui
postea ex quocumque legitimo matrimonio nati sunt, debitum bonorum subsidium
consequantur, ad patrimonium tuum revertetur. Dioel. et Maxim. l. 5 C. de inoff.
donat. (III, 29).

d. Over de vernietiging eener schenking, waardoor de rechten der
schuldeischers zijn verkort, zie hieronder § 201, n^o. 5. *6. Pleitica v*

Lucius Titius cum haberet creditores, libertis suis isdemque filiis naturalibus universas res suas tradidit. Respondit: quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse: ideoque et si filii ejus ignoraverunt hanc mentem patris sui fuisse, hac actione tenentur. Julian. l. 17 § 1 D. quae in fraud. cred. (XXXXII, 8).

Bijzondere soorten schenkingen zijn:

1^o. de remuneratoire schenking, welke geschiedt uit erkentelijkheid voor genoten weldaden of bewezen diensten, tot belooning waarvan men rechtens niet verbonden is. Zij blijft bestaan, al blijkt de beweegreden ongegrond te zijn geweest, en wordt overigens als eene gewone schenking behandeld, tenzij de omstandigheden aanwijzen, dat geene schenking, maar betaling is bedoeld;

Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. Paul. l. 65 § 2 D. de cond. ind. (XII, 6).

Aquilius Regulus juvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: „quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo cenaculo eoque uti.” Defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse. Quod si expulsus Nicostratus veniat ad judicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit quasi loco possessoris constitutus, qui usum cenaculi accepit. Papin. l. 27 D. de donat. (XXXIX, 5).

2^o. de schenking met een last, zie hierboven § 86 en hieronder § 203, n^o. 2;

3^o. de gemengde schenking, die verbonden is met eene rechtshandeling onder bezwarenden titel, bijv. wanneer iemand, om een ander te bevoordeelen, eene zaak boven de waarde van hem koopt of beneden de waarde aan hem verkoopt. De handeling wordt dan, voor zoover althans splitsing mogelijk is, gedeeltelijk als schenking beschouwd.

Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert. Ulp. l. 18 pr. D. de donat. (XXXIX, 5).

Generaliter tenendum est, quod inter ipsos aut qui ad eos pertinent aut per interpositas personas donationis causa agatur, non valere: quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, si separari non potest, nec donationem impediri, si separari possit, cetera valere, id quod donatum sit non valere. Ulp. l. 5 § 2 D. de don. i. v. et u. (XXIV, 1).

Ulp. l. 5 § 5 D. eod., zie hierboven bl. 151.

§ 91. ONGEORLOOFDE HANDELINGEN.

Op het gebied van het privaatrecht komt de ongeoorloofde handeling alleen ter sprake als bron eener verplichting tot schadevergoeding (zie hieronder § 176). Of zij tevens een strafbaar feit oplevert, is voor ons begrip onverschillig. Een misdrijf is altijd eene ongeoorloofde handeling

en verplicht den bedrijver tot schadevergoeding, indien er schade is geleden, maar eene ongeoorloofde handeling is volstrekt niet altijd een misdrijf.

Privaatrechtelijk verstaat men onder ongeoorloofde handeling elke daad of verzuim, waardoor op onrechtmatige en toerekenbare wijze inbreuk gemaakt wordt op de rechten van een ander. Deze omschrijving omvat de volgende vereischten:

I. Er moet zijn eene werkelijke rechtskrenking ten gevolge van een daad of verzuim, causaal verband dus tusschen de gepleegde daad en de geleden schade.

II. De daad of het verzuim moet *objectief* onrechtmatig zijn; de dader moet buiten zijn rechtskring zijn getreden; hij moet de grenzen zijner bevoegdheid hebben overschreden, toen hij het recht van een ander aantastte. Is dit niet het geval, dan heeft hij geene ongeoorloofde handeling verricht, al heeft hij aan een ander schade berokkend. Wat in het algemeen onrechtmatig is, kan onder bijzondere omstandigheden (bijv. in geval van noodweer, zie hieronder § 98) het karakter van onrechtmatigheid verliezen.

Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat: omne enim, quod non jure fit, injuria fieri dicitur. Hoc generaliter. Specialiter autem injuria dicitur contumelia. Interdum injuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus. Interdum iniquitatem injuriam dicimus, nam cum quis inique vel injuste sententiam dixit, injuriam ex eo dictam, quod jure et justitia caret, quasi non juriam, contumeliam autem a contemendo. Ulp. l. 1 pr. D. de injur. (XXXXVII, 10).

Injuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa injuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non jure factum est, hoc est contra jus, id est si culpa quis occiderit: et ideo interdum utraque actio concurrit et legis Aquiliae et injuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. Igitur injuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit. Ulp. l. 5 § 1 D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur. Gajus l. 55 D. de R. J. (L, 17).

Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet. Paul. l. 151 D. eod.

Qui, cum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt: vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt. Sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, tenebor lege Aquilia: illum enim solum qui vim infert ferire conceditur, et hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam ulescendi causa factum sit. Paul. l. 45 § 4 D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

Is, qui jure publico utitur, non videtur injuriae faciendae causa hoc facere: juris enim executio non habet injuriam. Ulp. l. 13 § 1 D. de injur. (XXXXVII, 10).

De objectief onrechtmatige handelingen kan men onderscheiden in twee categorieën. Zij zijn namelijk *of op zich zelf* onrechtmatig, d. i. onafhankelijk van eenige rechtsbetrekking tusschen den dader en den benadeelde, *of betrekkelijk* onrechtmatig, omdat zij in strijd zijn met een bijzonderen, reeds vóór het plegen van de daad of het verzuim bestaanden rechtsband. Tot de eerste categorie behooren de ongeoorloofde handelingen, waarover in de Lex Aquilia (zie hieronder § 199) wordt gesproken.

III. De daad of het verzuim moet *subjectief* onrechtmatig zijn, den

dader kunnen worden verweten, toegerekend; er moet zijn: *schuld*, dit woord in de ruimste beteekenis genomen. Waar de dader de bekwaamheid om te willen mist, of waar de schade het gevolg is van overmacht of toeval, daar ontbreekt de subjectieve onrechtmatigheid.

Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi inpubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit jam injuriae capax. Ulp. l. 5 § 2 D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus ejus evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit. Paul. l. 31 D. eod.

Injuria autem occidere intellegitur, cujus dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege damnum quod sine injuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit. Gajus, Inst. III § 211.

Itaque si quis, dum jaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servam tuam trajecterit, distinguitur. Nam si id a milite quidem in campo eoque, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intellegitur: si alius tale quid admisit, culpa reus est. Idem juris est de milite, si is in alio loco, quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit. § 4 I. de lege Aquil. (IV, 3).

De schuld in dezen ruimen zin wordt onderscheiden in:

a. opzet (*dolus*), en

b. schuld (*culpa*) in engeren zin, verzuim, nalatigheid.

De laatste is

α. grove schuld (*culpa lata*), of

β. lichte schuld (*culpa levis*).

Opzet bestaat daar, waar de dader zich bewust is van het onrecht dat hij pleegt, en niettemin, willens en wetens, de handeling verricht. Wanneer intusschen aan de opzettelijk gepleegde onrechtmatige daad een goed motief ten grondslag ligt, dan spreken de Romeinen niet van *dolus*, maar van *culpa*.

Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere. Ulp. l. 7 § 7 D. de dolo malo (IV, 3).

Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea viactum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere. Ulp. l. 7 pr. D. de pos. (XVI, 3).

Schuld in engeren zin bestaat daar, waar iemand in gebreke is gebleven die voorzorgen te nemen, waardoor het nadeelige gevolg had kunnen worden vermeden.

Van grove schuld wordt gesproken, waar iemand niet heeft aangewend die zorg, heeft verzuimd die maatregelen van voorzichtigheid, welke ieder mensch in dergelijke omstandigheden zou hebben in acht genomen. Hier is het onrechtmatige niet opzettelijk gewild, maar ook niet ernstig niet gewild.

„Lata culpa” est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt. Ulp. l. 213 § 2 D. de V. S. (L, 16).

Latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt. Paul. l. 223 pr. D. eod. Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima. Marcian. l. 11 D. de incend. (XXXXVII, 9).

Lichte schuld is aanwezig, waar iemand niet die zorgvuldigheid heeft ten toon gespreid, welke een „goed huisvader” (Paulus spreekt in l. 25 pr. D. de probat., XXII, 3 van een homo diligens et studiosus pater familias, cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse) bij de behartiging zijner zaken pleegt aan te wenden.

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa ejus accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. . . . Gajus l. 18 pr. D. commod. (XIII, 6).

Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest. Gajus l. 25 § 7 D. loc. (XIX, 2).

Ea igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. Paul. l. 14 D. de pign. act. (XIII, 7).

Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit? Respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest neque, si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugum et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. Alfien. l. 12 D. de peric. et comm. (XVIII, 6).

De grenzen tusschen opzet en grove schuld, tusschen grove en lichte schuld, tusschen lichte schuld en toeval kunnen niet door een algemeenen regel worden aangewezen, maar moeten in elk bijzonder geval naar omstandigheden door den rechter worden beoordeeld.

Cum ita stipulatus sum „Ephesi dari?” inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur. Et magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est ad virum bonum

remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens pater familias conficere possit, quod facturum se promiserit, ut qui Ephesi daturum se sponderit, neque diplomate diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuare cogatur neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis, cum id agat, ut mature perveniat, id est eodem tempore, quo plerique ejusdem condicionis homines solent pervenire . . . — Item qui insulam fieri spondit, non utique conquisitis undique fabris et plurimis operis adhibitis festinare debet nec rursus utroque aut altero contentus esse, sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum locorumque. Item si non inchoetur opus, id tantum aestimetur, quod in illo intervallo effici potuit. Transactoque tempore, quo insulam consummare oportuerit, si postea aedificetur, liberetur reus, sicut liberatur, qui se daturum spondit, si quandoque tradit. Venulejus l. 137 § 2, § 3 D. de V. O. (XXXV, 1).

Hoever strekt zich nu de verantwoordelijkheid voor opzet en schuld uit? Voor opzet wordt altijd ingestaan; ja zelfs is het niet geoorloofd, van dezen regel bij uitdrukkelijk beding af te wijken (zie hierboven § 12). Grove schuld wordt, wat de aansprakelijkheid betreft, met opzet gelijkgesteld; waar de Romeinen alleen *dolus* noemen, begrijpen zij daaronder ook *culpa lata (culpa dolo proxima)*; waar van *dolus et culpa* wordt gesproken, wordt onder *culpa* de lichte schuld verstaan.

Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est. Ulp. l. 1 § 7 D. depos. (XVI, 3).

Magna neglegentia culpa est: magna culpa dolus est. Paul. l. 226 D. de V. S. (L, 16).

. . . . lata culpa plane dolo comparabitur Ulp. l. 1 § 1 D. si mens. (XI, 6).

. . . . dissoluta neglegentia prope dolum est Ulp. l. 29 pr. D. mand. (XVII, 1).

In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. Neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. Quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praeclamaverit et praeterentem occiderit, ad hujus legis coercionem non pertinet. Paul. l. 7 D. ad leg. Corn. (XXXVIII, 8).

Waar de handeling op zich zelf onrechtmatig is, onafhankelijk van eenige bijzondere rechtsbetrekking, gelijk bij de Lex Aquilia (zie hieronder § 199), daar maakt elke schuld, al is zij gering, den dader aansprakelijk.

In lege Aquilia et levissima culpa venit. Ulp. l. 44 pr. D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

Waar de daad betrekkelijk onrechtmatig is, omdat zij strijdt met eene bijzondere reeds te voren bestaande rechtsbetrekking, daar wordt soms wèl, soms niet ingestaan voor lichte schuld. Als regel kan men stellen, dat hij in wiens belang de rechtshandeling is aangegaan, waaruit de rechtsband tusschen partijen ontstond, voor elke schuld, ook voor lichte, aansprakelijk is, dat daarentegen hij die geen voordeel geniet slechts behoeft in te staan voor opzet en grove schuld. Deze regel gaat echter niet overal door. Zoo staat de lasthebber, hoewel hij geen belang heeft bij de overeenkomst van lastgeving, toch in ook voor lichte schuld (zie hieronder § 193, III, bl. 106): het vertrouwen, dat in hem gesteld is, mag hij niet beschamen. Daarentegen wordt bij het *precarium* door den belanghebbende alleen voor opzet en grove schuld ingestaan (zie hieronder § 194, III, bl. 114); over den landmeter vgl. § 204, n^o. 1. Overigens

kunnen deze regels door partijen bij onderlinge afspraak worden gewijzigd; zoo kan ook worden bedongen, dat iemand zal instaan voor toeval.

Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. Ulp. l. 23 D. de R. J. (L, 17).

Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolum an et culpa an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur, merito dolum praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolum et culpa praestatur. — Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit. Ulp. l. 5 § 2, § 3 D. commod. (XIII, 6).

Cum quid tibi legatum fidei tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit: sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolum malum tantummodo praestetur. African. l. 108 § 12 D. de legat. I. (XXX).

Julianus libro quinto decimo digestorum dicit, si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi majori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse. Ulp. l. 9 § 2 D. loc. (XIX, 2).

Wanneer iemand, jegens een ander verbonden zijnde, aan diens aangelegenheden minder zorg heeft besteed dan aan zijne eigene zaken, dan wordt deze handelwijze, al ware zij op zich zelve niet als eene grove nalatigheid te beschouwen, toch met grove schuld gelijkgesteld (zoogenaamde *culpa lata in concreto*).

Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit. Cels. l. 32 D. depos. (XVI, 3).

Terwijl in den regel het abstracte begrip van den zorgvuldigen huisvader als maatstaf dient bij de beoordeeling der vraag, of iemand voldoende zorg heeft aangewend, kan bij sommige rechtsbetrekkingen de verbonden persoon volstaan met die zorg te wijden aan eens anders aangelegenheden, die hij pleegt te besteden aan zijne eigene zaken, al blijft hij daarbij beneden de eischen van een goed huisvader (zoogenaamde

culpa levis in concreto). Dit is het geval, waar iemand genoodzaakt is zich met eens anders zaken in te laten, zooals bij de voogdij, of waar de tegenpartij geacht mag worden nauwkeurig bekend te zijn geweest met de hoedanigheden van den persoon, met wien zij eene betrekking aanknoopte, zooals bij het beheer van den man over het goed der vrouw (zie hieronder § 125, § 126) en bij de vennootschap (zie § 192, III, bl. 100); vgl. ook § 202, IV.

In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam. Ulp. l. 1 pr. D. de tutelae (XXVII, 3).

Si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum, an de hoc possit conveniri. Et si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat eum teneri hoc nomine: si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est immoderatam ejus saevitiam hoc iudicio coercendam: quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigit, quam rebus suis exigit, nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est, hoc est in dotalibus. Ulp. l. 24 § 5 D. sol. matr. (XXIV, 3).

Het bestaan van opzet, schuld of toeval moet worden bewezen door hem, die daarop de aansprakelijkheid van een ander of zijne eigen bevrijding grondt.

Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdidit restituere id non cogitur: sed si culpa reus deprehenditur vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest condemnari debet. Alex. l. 5 C. de act. pign. (IV, 24).

De Romeinsche juristen spreken vaak van „custodiam praestare”. Daardoor wordt echter niet een bijzondere graad van verantwoordelijkheid aangeduid, maar alleen eene bijzondere richting der zorg. Wie *custodia* moet praesteeren, is verplicht de zaak te beveiligen tegen diefstal, brand en andere dergelijke van buiten komende onheilen, maar of hij daarin is te kort geschoten of niet, wordt naar de gewone regels over opzet en schuld beoordeeld.

Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis major non venit. Ulp. l. 13 § 1 D. de pign. act. (XIII, 7).

In iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat. Diocl. et Maxim. l. 28 C. de loc. et cond. (IV, 65).

In den regel rust de verplichting tot schadevergoeding alleen op den gene, die de onrechtmatige handeling verrichtte, maar het kan zijn, dat ook een ander, hetzij alleen of met hem, aansprakelijk is. Zie eenige dergelijke gevallen hieronder § 204, n^o. 2 en 4, en § 205, n^o. 1.

§ 92. VERANDERING EN TE NIET GAAN VAN RECHTEN.

Een recht kan, zonder te niet te gaan, gedurende zijn bestaan verschillende veranderingen ondervinden, zoowel wat betreft zijn inhoud — door vermeerdering of vermindering van zijn omvang of door wijziging ten gevolge van krenking — als wat aangaat zijn subject (zie hieronder § 208). Het wezen van het recht blijft dan hetzelfde: voor zoover de

verandering niet reikt, blijft alles bij het oude, in tegenstelling van die gevallen, waar een nieuw recht in de plaats gesteld wordt van een oud.

Een recht kan ook tijdelijk rusten of slapen, bijv. het eigendomsrecht van eene zaak, die door verbinding bestanddeel is geworden van eene andere, zie hierboven § 66 en hieronder § 145, II; het is zoolang werkeloos, evenals een recht, dat te niet gegaan is, maar het erlangt weder volle kracht, zonder dat het opnieuw gevestigd behoeft te worden, zoodra de omstandigheid vervalt, waardoor zijne werking werd verlamd.

Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. Nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desit ejus dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet. Appellatione autem tigni omnes materiae significantur, ex quibus aedificia fiunt. Ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere. Gajus l. 7 § 10 D. de A. R. D. (XXXXI, 1).

Ondergang van het recht heeft plaats, wanneer de voorwaarden (rechtsfeiten) aanwezig zijn, waaraan de rechtsorde het eindigen van een recht verbindt.

Gelijk verkrijging niet noodwendig samengaat met het ontstaan van een recht, zoo moet men verlies van een recht wel onderscheiden van den ondergang daarvan (zie hierboven §§ 70, 71). Wanneer een recht overgaat van A op B, dan gaat het voor A verloren, maar het gaat niet te niet; het gaat niet *onder*, maar *over*, gelijk het door B verkregen wordt, zonder dat het nu eerst ontstaat.

De bijzondere oorzaken, waardoor rechten te niet gaan, worden bij de afzonderlijke rechten in het Bijzonder Gedeelte besproken (zie bijv. hieronder §§ 154, 158, 164, 173, 209 vlg.).

In het algemeen zij het volgende opgemerkt:

1^o. Rechten, welke men ontleent aan iemand, die slechts een tijdelijk of ontbindbaar recht heeft, vervallen, wanneer het recht van dien auteur ophoudt te bestaan: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (zie hieronder § 143).

2^o. Rechten, waaraan eene ontbindende voorwaarde of een eindtermijn is verbonden, gaan te niet, als de voorwaarde wordt vervuld of de termijn aanbreekt.

3^o. Rechten, die op een bepaald voorwerp gevestigd zijn, eindigen, als dat voorwerp fysiek of juridiek te niet gaat.

4^o. Rechten op eens anders zaak houden op te bestaan, wanneer zij met het eigendomsrecht in ééne hand samenkomen; verbintenissen gaan te niet, wanneer de hoedanigheden van schuldeischer en schuldenaar zich in één persoon vereenigen (vermenging).

5^o. De Romeinsche regel: „*nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est*” is niet algemeen juist; rechten gaan te niet op vele wijzen die niet bestaan in het tegendeel van de wijze, waarop ze zijn gevestigd, en zij gaan evenmin altijd te niet door eene tegen de vestiging overstaande handeling.

De vervreemding is òf eene vrijwillige òf eene rechtens noodzakelijke. Ten aanzien der laatste gelden in den regel de beperkingen der bevoegdheid om te vervreemden niet.

Interdum lex Julia de fundo dotali cessat: si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde jussus sit possidere: hic enim dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria. Paul. l. 1 pr. D. de fundo dot. (XXIII, 5).

Venditio quidem praedii, quod jure pignoris vel in causa judicati captum et distractum est, ad senatus consultum, quod de alienandis praediis pupillorum vel adolescentium auctore praetore vel praeside provinciae factum est, non pertinet. Antonin. l. 1 pr. C. de praed. vel al. reb. (V, 71).

Inter omnes minores nec commune praedium sine decreto praesidis sententia senatus consulti distrahi patitur. Nam ad divisionis causam provocante tantum majore socio ejus alienationem et sine decreto fieri jam pridem obtinuit. Diocl. et Maxim. l. 17 C. eod.

Niet alle rechten zijn vervreemdbaar. In de onvervreemdbaarheid van het recht ligt echter niet opgesloten, dat ook de uitoefening van het recht niet kan worden overgedragen.

Afstand is de handeling, waardoor men een verkregen recht prijs geeft zonder overdracht op een ander. Men kan niet van alle rechten afstand doen, bijv. niet van die, welke tot den staat van den persoon behooren. Ook kan men zich door afstand niet willekeurig ontslaan van de aan het recht verbonden verplichtingen.

Jus adgnationis non posse pacto repudiari, non magis quam ut quis dicat nolle suum esse, Juliani sententia est. Modest. l. 34 D. de pact. (II, 14).

Op welke wijze de afstand moet geschieden, hangt af van den aard van het recht, dat wordt prijs gegeven. Betwist is de vraag, of voor een verbindenden afstand vereischt wordt de medewerking van dengene, die door dien afstand wordt gebaat. Hier valt te onderscheiden. Eigendomsrecht bijv. gaat verloren, wanneer de eigenaar de zaak verlaat; deze kan echter op den afstand terugkomen door de zaak weder in bezit te nemen, zoolang een ander ze zich nog niet heeft toegeëigend. Verbintenissen daarentegen kunnen slechts worden vernietigd door wilsovereenstemming van de daarbij betrokken partijen.

Cum fructuarius paratus est usum fructum derelinquere, non est cogendus domum reficere, in quibus casibus et usufructuario hoc onus incumbit. Sed et post acceptum contra eum judicium parato fructuario derelinquere usum fructum dicendum est absolvi eum debere a judice. Ulp. l. 64 D. de usu fr. (VII, 1).

Sed cum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus, licet usum fructum derelinquere paratus sit: debet enim omne, quod diligens pater familias in sua domo facit, et ipse facere. Pomp. l. 65 pr. D. eod.

Si debitor tuus non vult a te liberari et praesens est, non potest invitus a te solvi Labeo l. 91 D. de solut. (XXXVI, 3).

Si probaveris te fundum mercatum possessionemque ejus tibi traditam sciente et consentiente ea, quae sibi eum a venditore obligatum dicit, eam exceptione removebis. Nam obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur. Antonin. l. 2 C. de rem. pign. (VIII, 25).

Van de rechtsmiddelen, die iemand ten dienste staan, kan hij afstand doen, hetzij uitdrukkelijk (zie bijv. hierboven § 88, II), of stilzwijgend door ze niet binnen den voorgeschreven termijn te gebruiken.

Si iudex circumvento in venditione adulescenti jussit fundum restitui eumque pretium emptori reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitutione paenitentia acta, exceptionem utilem adversus petentem pretium quasi ex causa iudicati adulescens habere poterit, quia unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt. Nec queri poterit venditor, si restitutus fuerit in eam causam, in qua se ipse constituit et quam mutare non potuisset, si minor auxilium praetoris non implorasset. Julian. l. 41 D. de minor. (IV, 4).

Doet iemand afstand van een nog niet verworven recht, bijv. van eene nog niet aanvaarde erfenis, dan wordt dit onmiddellijk verkregen door dengene, die door hem werd uitgesloten.

Qui semel nolit bonorum possessionem petere, perdidit jus ejus, etsi tempora largiantur: ubi enim nolit, jam coepit ad alios pertinere bonorum possessio aut fiscum invitare. Ulp. l. 1 § 6 D. de succ. ed. (XXXVIII, 9).

Si coheredi tuo substitutus fuisses et bonorum possessionem acceperis, quandoque coheres tuus constituerit nolle petere bonorum possessionem, tibi data tota intelligitur, coheres tuus amplius petendae bonorum possessionis facultatem non habebit. Julian. l. 4 pr. D. quis ordo (XXXVIII, 15).

§ 94. DE TIJD IN BETREKKING TOT HET ONTSTAAN EN TE NIET GAAN VAN RECHTEN.

De tijd is een rechtsfeit, waardoor òf krachtens wettelijk voorschrift òf ingevolge rechterlijk bevel òf door overeenkomst van partijen invloed wordt geoefend op het ontstaan, de verandering of het te niet gaan van rechten en rechtsbetrekkingen. Deze invloed openbaart zich op verschillende wijzen. Zoo zijn vele rechten, wat hun bestaan betreft, gebonden aan een termijn. Zoo kan dikwijls een recht slechts worden uitgeoefend of kunnen handelingen slechts worden verricht binnen of na afloop van een bepaalden termijn. Zoo kunnen, doordien een toestand gedurende zekeren tijd heeft voortgeduurd, rechten worden verkregen of verloren gaan. Met het oog op dezen invloed is er behoefte aan regels omtrent de verdeeling van den tijd en de berekening van termijnen.

De deelen, waarin de tijd voor de berekening van termijnen gesplitst wordt, zijn dagen, maanden en jaren. Deze verschillende tijdsafdeelingen vormen, in eene vaste orde, met een vast begin en einde, den *kalender*.

De kalenderdag, ook den nacht omvattende, begint en eindigt met middernacht; alles wat binnen die tijdsruimte is geschied, is op één dag voorgevallen. De kalendermaand begint met den eersten dag der maand en eindigt met den laatsten. Het kalenderjaar begon vroeger met 1 Maart; later vangt het aan met 1 Januari, en eindigt met 31 December.

More Romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur. Itaque quidquid in his viginti quattuor horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media, actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset. Paul. l. 8 D. de feriis (II, 12).

In het rechtsverkeer hebben de termijnen echter meestal een ander punt van aanvang, dan waarop, volgens den kalender, dag, maand of jaar begint. Daarom behoort het vast te staan, welke tijdsruimte de bewegelijke dagen, maanden en jaren omvatten. De bewegelijke dag bestaat uit eene tijdsruimte van 24 uren, de bewegelijke maand uit 30 dagen, het bewegelijke jaar uit 365 dagen.

„Stichus si heredi meo anno servierit, liber esto”: quaerendum est, annus quomodo accipi debeat, an qui ex continuis diebus trecentis sexaginta quinque constet an quibus libet. Sed superius magis intellegendum Pomponius scribit. Sed et si quibusdam diebus aut valetudo aut alia justa causa impedimento fuerit, quo minus serviat, et hi anno imputandi sunt: servire enim nobis intelleguntur etiam hi, quos curamus aegros, qui cupientes servire propter adversam valetudinem impediuntur. Paul. l. 4 § 5 D. de statulib. (XXXX, 7).

Bij de berekening van termijnen wordt gewoonlijk niet bij uren, minuten en seconden (*natuurlijke berekening*), maar bij dagen gerekend (*juridische berekening*). Als eerste dag van den termijn geldt die, waarop de gebeurtenis plaats had, die tot het loopen van den termijn aanleiding geeft. De laatste dag van den termijn wordt gevonden door telling. Geldt het verkrijging van een recht of van eene bevoegdheid, dan is het voldoende, dat de laatste dag is aangebroken — men drukt dit tegenwoordig aldus uit: *dies ultimus coeptus pro completo habetur*; geldt het daarentegen verlies van een recht of van eene bevoegdheid, dan moet de laatste dag zijn afgeloopen.

Minorem autem viginti quinque annis natu videndum, an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam qua natus est, ut si captus sit restituitur? Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur. Proinde et si bissexto natus est, sive priore sive posteriore die Celsus scripsit nihil referre: nam id biduum pro uno die habetur et posterior dies kalendarum intercalatur. Ulp. l. 3 § 3 D. de minor. (IV, 4).

„Annulus” non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus. Paul. l. 134 D. de V. S. (L, 16).

A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complexse? Propone aliquem kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno: an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitrator, etiamsi pridie kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum: jam enim complexse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur. Ulp. l. 5 D. qui test. (XXVIII, 1).

In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. Ulp. l. 6 D. de usurp. et usuc. (XXXI, 3).

Ideoque qui hora sexta diei kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie kalendas Januarias implet usucapionem. Ulp. l. 7 D. eod.

In usucapione ita servatur, ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilo minus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus. Venulejus l. 15 pr. D. de div. temp. praeser. (XXXIV, 3).

In omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. Paul. l. 6 D. de O. et A. (XXXIV, 7).

Quod dicimus „intra dies centum bonorum possessionem peti posse”, ita intellegendum est, ut et ipso die centesimo bonorum possessio peti possit, quemadmodum intra kalendas etiam ipsae kalendae sunt. Idem est et si „in diebus centum” dicatur. Ulp. l. 1 § 9 D. de succ. ed. (XXXVIII, 9).

In den regel worden bij de berekening van een termijn alle dagen medegerekend (*tempus continuum*). In sommige gevallen echter, waar door niet-handelen verlies van een recht zou plaats hebben, worden bij termijnen van een jaar of van korteren duur alleen de bruikbare dagen in aanmerking genomen (*tempus utile, annus utilis*), en blijven dus buiten berekening die dagen, waarop bijv. wegens ziekte, gevangenschap, afwezigheid, ontoegankelijkheid van den magistraat, niet kon worden gehandeld of het bedoelde recht niet kon worden uitgeoefend.

In usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur. Paul. l. 31 § 1 D. de usurp. et usuc. (XXXI, 3).

Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit experiendi potestatem habere. Et quidem in primis exigendum est, ut sit facultas agendi. Neque sufficit reo experiendi secum facere potestatem, vel habere eum qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experi. Proinde sive apud hostes sit sive rei publicae causa absit sive in vinculis sit aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiiri neque mandare possit, experiendi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiendi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit experiendi potestatem non habere eum, qui praetoris copiam non habuit: proinde hi dies cedunt, quibus jus praetor reddit. Ulp. l. 1 D. de div. temp. praeser. (XXXIV, 3).

Ook zijn er gevallen, waarin een termijn niet aanvangt, voordat de belanghebbende kennis heeft gekregen van de omstandigheden, die hem tot handelen binnen een bepaalden termijn dwingen, maar waarin die termijn, eens aangevangen, onafgebroken doorloopt, zoo o. a. de termijn binnen welken iemand zich kan verschoonen van eene hem opgedragen voogdij, zie hieronder § 138.

Eene zeer belangrijke werking van den tijd is de verjaring: rechten worden verkregen of verloren, doordien zij een geruimen tijd feitelijk zijn uitgeoefend of niet zijn uitgeoefend. De Romeinen kennen vooreerst de *usucapio*, eene instelling van het oude civiele recht, waardoor sommige rechten — in het bijzonder eigendom en servituten (zie hieronder § 149 en § 163, II) — worden verkregen ten gevolge van eene, gedurende een bepaalden tijd voortgezette, uitoefening dier rechten te goeder trouw. In de tweede plaats de *praescriptio temporis*, eene instelling van het latere praetorische recht, verder ontwikkeld door Theodosius II (zie hieronder § 110), waardoor vorderingsrechten te niet gaan, wanneer de tot ageeren bevoegde persoon een bepaalden tijd heeft stil gezeten (verg. ook hieronder § 164, VII). Vroeger heeft men getracht, deze twee in oorsprong en strekking verschillende rechtsinstellingen onder één gezichtspunt samen te vatten. Althans voor het Romeinsche Recht is dit niet juist.

In enkele toepassingen wordt verder deze regel gehuldigd: wanneer een toestand zoolang heeft bestaan, dat zijn oorsprong buiten het bereik

ligt van 's menschen herinnering, dan wordt behoudens tegenbewijs aangenomen, dat die toestand op wettige wijze is ontstaan (*vetustas*, zoogenaamde *praescriptio immemorialis*).

Scaevola respondit solere eos, qui juri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur. Scaev. l. 26 D. de aqua et aquae (XXXIX, 3).

Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non exstat, publicarum viarum numero sunt. Ulp. l. 3 pr. D. de loc. et itin. publ. (XXXXIII, 7).

Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur. Pomp. l. 3 § 4 D. de aqua cott. (XXXXIII, 20).

Hoofdstuk V.

UITOEFENING, BESCHERMING EN HANDHAVING DER RECHTEN.

§ 95 (1^e druk: § 96). UITOEFENING DER RECHTEN.

Uitoefening van een recht is de feitelijke en bewuste verwezenlijking van de in een recht opgesloten bevoegdheden. Die uitoefening is iets feitelijks: zij kan ook geschieden door een niet-rechthebbende. Waar echter bij den handelenden persoon de bewustheid, dat hij een *recht* uitoefent, ontbreekt, daar kan van uitoefening geen sprake zijn.

Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedissee oportet. Cels. l. 7 D. de itin. act. priv. (XXXXIII, 19).

Servitute usus non videtur nisi is, qui suo jure uti se credit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit. Paul. l. 25 D. quemadm. serv. amit. (VIII, 6).

Sommige rechten (met name absolute rechten) laten eene voortdurende uitoefening toe, zonder dat daardoor hun inhoud wordt uitgeput (zie hieronder § 143); andere (met name vorderingsrechten) worden door elke uitoefening geheel of gedeeltelijk vernietigd.

Het staat den gerechtigde vrij, zijn recht geheel of gedeeltelijk of ook in het geheel niet uit te oefenen. Een indirecte dwang is alleen hierin gelegen, dat in vele gevallen het recht ten gevolge van langdurige niet-uitoefening verloren gaat (zie hieronder § 110, § 164 VII).

Si iudex circumvento in venditione adulescenti jussit fundum restitui eumque pretium emptori reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitutione paenitentia acta, exceptionem utilem adversus petentem pretium quasi ex causa judicati adulescens habere poterit, quia unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt. Nec queri poterit venditor, si restitutus fuerit in eam causam, in qua se ipse constituit et quam mutare non potuisset, si minor auxilium praetoris non implorasset. Julian. l. 41 D. de minor. (IV, 4).

Inventus agere vel accusare nemo cogitur. Diocl. et Maxim. l. un. C. ut nemo inv. (III, 7).

De gerechtigde is bevoegd, zijn recht naar welgevallen uit te oefenen, voor zoover die uitoefening niet door de rechtsorde in het algemeen belang is geregeld of beperkt: *male nostro jure uti non debemus*, zegt Gajus, Inst. I § 53 (zie bijv. hieronder § 145). Hij mag de grenzen van zijn recht niet overschrijden, want daardoor zou hij onrecht plegen (zie hierboven § 91). Staat het echter vast, dat hij zich binnen deze grenzen beweegt, dan is hij bevoegd ook tot die handelingen, welke voor een ander nadeelig of lastig zijn (*qui suo jure utitur, nemini facit injuriam* — zoo drukt men dit tegenwoordig uit).

Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur. Gajus l. 55 D. de R. J. (L, 17).

Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet. Paul. l. 151 D. eod.

Non videtur vim facere, qui jure suo utitur et ordinaria actione experitur. Paul. l. 155 § 1 D. eod.

Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio. Ulp. l. 9 D. de S. P. U. (VIII, 2).

Proculus ait, cum quis jure quid in suo faceret, quamvis promississet damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia eaque jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. Mihi videtur vera esse Proculi sententia. Ulp. l. 26 D. de damn. inf. (XXXIX, 2).

Si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris. Pomp. l. 21 D. de aqua et aquae (XXXIX, 3).

Op de beweegredenen van dengene, die zijn recht uitoefent, wordt in het algemeen niet gelet. Doch de chicaneuze uitoefening, die alleen geschiedt om een ander te plagen, wordt in het Romeinsche recht niet geduld: *malitiis non est indulgendum*, zegt Celsus in l. 38 D. de R. V. (VI, 1).

Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. Ulp. l. 1 § 12 D. de aqua et aquae (XXXIX, 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. Paul. l. 2 § 9 D. eod.

Wie een recht heeft, is bevoegd gebruik te maken van alle hulpmiddelen, zonder welke hij het niet zou kunnen uitoefenen.

Si iter legatum sit, qua nisi opere facto iri non possit, licere fodiendo substruend iter facere Proculus ait. Cels. l. 10 D. de serv. (VIII, 1).

Si domo mea altior area tua esset tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset, vel

gradus vel elivos propius januam meam jure facere possum, dum ne quid ultra quam quod necesse esset itineris causa demoliar. Paul. l. 20 § 1 D. de S. P. U. (VIII, 2).

In den regel is uitoefening door een vertegenwoordiger mogelijk; maar er zijn rechten (bijv. het recht van gebruik, zie hieronder § 162), die zoozeer aan den persoon verbonden zijn, dat zelfs de uitoefening niet aan een ander kan worden overgedragen, terwijl in andere gevallen (bijv. bij het vruchtgebruik, zie § 162) niet het recht, maar wèl de uitoefening vatbaar is voor overdracht.

§ 96 (1^e druk: § 97). SAMENLOOP EN BOTSING VAN RECHTEN.

Indien verschillende rechten, hetzij dadelijk bij hun ontstaan, hetzij later, bij één persoon samentreffen, zoo heeft deze samenloop geen bijzonderen invloed op die rechten: elk recht behoudt zijn eigen karakter en natuur, en kan in vollen omvang worden uitgeoefend.

.... Si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet: item si reus stipulandi extiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit.... Ulp. l. 5 D. de fidej. (XXXVI, 1).

Si duo rei sint stipulandi et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur obligatio. Placet non confundi. Quo bonum est hoc dicere? Quod, si intendat dari sibi oportere, vel ideo dari oportet ipsi, quod heres existit, vel ideo, quod proprio nomine ei deberetur. Atquin magna est hujus rei differentia: nam si alter ex reis pacti conventi temporali exceptione summoverti poterit, intererit, is qui heres existit utrumne suo nomine an hereditario experiatur, ut ita possis animadvertere, exceptioni locus sit nec ne. Scaev. l. 93 pr. D. de solut. (XXXVI, 3).

Wanneer echter in één subject rechten samentreffen, die voor hun gelijktijdig bestaan meer subjecten vereischen, dan heeft dat samentreffen ondergang van een dier rechten ten gevolge. Zoo gaat het servituut- of pandrecht te niet, wanneer het samentreft met het eigendomsrecht, dat door het eerstgenoemde recht werd beperkt. Wanneer het hoofdrecht samenkomt met het accessoire recht, dat dient om het hoofdrecht te verzekeren, dan gaat dat accessoire recht te niet: bijv. de schuldenaar wordt erfgenaam van den borg (zie nog hieronder § 214, I).

Treffen de rechten van verschillende personen samen tegen denzelfden persoon of op dezelfde zaak, dan ondergaan die concurrerende rechten evenmin eenige verandering, voor zoover ze namelijk alle nevens elkander volledig kunnen worden uitgeoefend: bijv. twee personen hebben een servituut of pandrecht op dezelfde zaak, of eene vordering tegen denzelfden persoon. Vaak zullen echter niet alle die rechten volkomen bevrediging kunnen vinden, bijv. als het pand niet voor allen voldoende is of de schuldenaar niet alle zijne schuldeischers kan betalen; dan ontstaat er tusschen de verschillende concurrerende rechten eene botsing.

Aan zoodanige botsing wordt een einde gemaakt

of doordien de eene rechthebbende den anderen voorkomt in de uitoefening van zijn recht (*occupantis melior est condicio; in pari causa melior est causa possidentis*);

Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: „si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset“... Ulp. l. 10 D. de pign. (XX, 1).

Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. Et Julianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. Quae sententia vera est. Ulp. l. 9 § 4 D. de Publ. act. (VI, 2).

Si quis a multis conveniatur ex noxa ejusdem servi, vel si ab uno, ex pluribus tamen delictis, non necesse habet, quia omnibus dedere non potest, litis aestimationem offerre his, quibus dedere non potest. Quid ergo est, si a pluribus conveniatur? Si quidem unus occupavit, an melior sit condicio, ut ipsi soli dedatur? An vero vel omnibus dedi debeat vel cavere debeat defensu iri adversus ceteros? Et verius est occupantis meliorem esse condicionem. Ei itaque dedetur non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit: et ideo ei, qui postea vicerit, actionem denegari iudicati. Ulp. l. 14 pr. D. de nox. act. (IX, 4).

Si vero adhuc in suspenso est prius iudicium de peculio et ex posteriore iudicio res iudicaretur, nullo modo debet prioris iudicii ratio haberi in posteriore condemnatione, quia in actione de peculio occupantis melior est condicio, occupare autem videtur non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam iudicis pervenit. Gajus l. 10 D. de pec. (XV, 1).

ðf doordien de uitoefening gemeenschappelijk wordt, en allen in de uitoefening van hun recht beperkt worden door dat van de overigen;

Sciendum Julianum scribere eoque jure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum jam par condicio omnium creditorum facta esset. Ulp. l. 6 § 7 D. quae in fraud. cred. (XXXXII, 8).

Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa, et si ejusdem tituli fuerint, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint. Paul. l. 32 D. de reb. auct. jud. (XXXXII, 5).

ðf doordien het lot beslist.

In tribus istis iudiciis familiae eriscundae, communi dividundo et finium regundorum quaeritur quis actor intellegatur, quia par causa omnium videtur. Sed magis placuit eum videri actorem qui ad iudicium provocasset. Gajus l. 13 D. de jud. (V, 1).

Sed cum ambo ad iudicium provocant, sorte res discerni solet. Ulp. l. 14 D. eod.

Si quae sunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet ut apud eum maneat, qui majore ex parte heres sit, ceteri descriptum et recognitum faciant, cautione interposita, ut, cum res exegerit, ipsae exhibeantur. Si omnes isdem ex partibus heredes sint nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet: aut ex consensu vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur: vel in aede sacra deponi debent. Gajus l. 5 D. fam. erc. (X, 2).

Quid ergo, si plures servos rogatus sit manumittere et ad quorundam pretium sufficiat id quod relictum est, ad omnium non sufficiat, an cogendus sit quosdam manumittere? Et putem debere eum cogi vel eos, quorum pretium patitur, manumittere. Quis ergo statuere, qui potius manumittitur? Utrumne ipse legatarius eligat,

quos manumittat, an heres a quo legatum est? Et fortassis quis recte dixerit ordinem scripturae sequendum: quod si ordo non pareat, aut sortiri eos oportebit, ne aliquam ambitionis vel gratiae suspicionem praetor subeat, aut meritis cujusque allegatis arbitrari eos oportet. Ulp. l. 24 § 17 D. de fideicomm. lib. (XXXX, 5).

Van dergelijke botsing is geen sprake, wanneer beide rechten niet gelijk staan in kracht; immers dan wijkt het zwakkere voor het sterkere; evenmin, wanneer twee personen aanspraak maken op hetzelfde recht, dat slechts aan één hunner kan toekomen: die strijd moet in rechte worden beslist.

§ 97 (1^e druk: § 95). BESCHERMING EN HANDHAVING VAN RECHTEN
IN HET ALGEMEEN.

Elk recht staat bloot aan schennis. Iemand kan het recht ontkennen, betwisten, aanranden, den rechthebbende in de uitoefening van zijn recht belemmeren. Tegen dergelijke inbreuken van derden moet het recht worden beschermd en gehandhaafd. Geschiedde dit niet, de rechthebbende ware ten speelbal aan de willekeur van derden; hij zou slechts recht hebben, zoolang derden het goed vonden. De rechthebbende moet kunnen optreden tegen ieder, die zijn recht in den weg treedt; hij moet opheffing van het onrecht, herstel van het geschonden recht kunnen eischen.

In de geordende maatschappij wordt bescherming en handhaving door eigen vuist en eigen gezag slechts in zeer beperkte mate toegelaten. Zal niet het geweld zegepralen over het recht, en het recht ontaarden in de macht van den sterkste, dan moet er een onpartijdig, onafhankelijk en sterk gezag zijn, dat de gerezen geschillen onderzoekt en beslist, een gezag, verheven boven de bijzondere veeten der twistende partijen, en krachtig genoeg om, desnoods met den sterken arm, zijne beslissingen ten uitvoer te doen leggen. Dergelijk gezag is de Staat. De regelmatige weg om het betwiste of geschonden recht te doen erkennen en herstellen is de inroeping van de tusschenkomst van den Staat, van de rechterlijke macht, de rechtsweg (zie hieronder § 98). Die tusschenkomst moet worden ingeroepen: ambtshalve laat de Staat zich met onze privaatrechtelijke geschillen niet in.

Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Julianus libro trigensimo octavo digestorum scribit acquissimum esse quasi communi dividendo iudicium dari vel stipulatione inter se eos cavere, qualiter fruantur: cur enim, inquit Julianus, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest jurisdictione sua componere? Quam sententiam Celsus quoque libro vicensimo digestorum probat, et ego puto veram. Ulp. l. 13 § 3 D. de usu fr. (VII, 1).

Die inroeping geschiedt door het instellen eener vordering of actie (zie hieronder §§ 106 vlg.). Wanneer de gedaagde den eisch tegenspreekt, zich dus in den rechtsstrijd inlaat (*iudicium acceptum*, *litis contestatio*, zie § 112), wordt hij in zijne verdediging gehoord, en kan tegenover de vordering des eischers zijne middelen van verwerping doen gelden (zie § 111). Immers, men kan zijn recht handhaven en beschermen, zoo-

wel door eene vordering in te stellen, als door zich tegen een onrechtmatigen aanval te verzetten. De rechter hoort beide partijen en onderzoekt hunne beweringen; daartoe moeten dikwijls door een hunner of door beiden bewijzen worden bijgebracht (zie §§ 113, 114). Na het onderzoek door den rechter volgt het vonnis (zie § 115), dat des vereischt tegen den weerspannigen gedaagde met geweld wordt ten uitvoer gelegd (zie § 117). De voorschriften, die betrekking hebben op den aard der middelen van aanval, verdediging en bewijs, op den omvang en de werkingen van het rechterlijk vonnis, op de voorwaarden waaraan in het algemeen de uitoefening van het vorderingsrecht is onderworpen, en op den invloed, dien het proces op de materiële rechten der gedingvoerende partijen oefent, vormen te zamen het *actiënrecht* of de *leer van het theoretische proces*.

Daarnaast staat de leer van de vormen, waarin het proces zich beweegt: *formeel procesrecht*, de *leer der burgerlijke rechtspleging*. Daarvan geven wij slechts eene zeer beknopte schets, nam. voor zoover tot recht verstand van het materiële recht noodig is. Zoo behandelen wij kortelijk: de rechtsprekende personen (§ 99), de gedingvoerende partijen en hunne vertegenwoordigers (§ 100) en den gang der procedure in hare verschillende stadiën met de daarbij in acht te nemen formaliteiten (§§ 101—105).

Een overzicht van het procesrecht vindt men in verschillende der hierboven in § 5 genoemde leerboeken over Instituten en rechtsgeschiedenis. Onder de werken, die meer bijzonder het procesrecht behandelen, behooren hier nog te worden vermeld:

v. Keller, *der römische Civilprocess und die Actionen in summarischer Darstellung*, 6^e druk (door Wach), 1883.

v. Bethmann—Hollweg, *der römische Civilprozess*, 3 deelen, 1864—1866.

§ 98. ZELFVERDEDIGING. EIGENRICHTING.

Tegen een onrechtmatigen aanval mag men zijn persoon of vermogen, desnoods met geweld, verdedigen (*noodweer*), indien namelijk het gevaar op geene andere wijze kan worden afgewend. Men treedt hier, door den nood gedrongen, *defensief* op, ten einde zich in een bestaanden toestand te handhaven. Daarbij mag men echter de grenzen eener geoorloofde verdediging niet overschrijden (zie hierboven § 91, en hieronder § 199).

Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere. Gajus l. 4 pr. D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur injuria occidisse: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut injuria fecisse videatur: ergo et Cornelia tenebitur. Ulp. l. 5 pr. D. eod.

Vim vi repellere licere Cassius scribit idque jus natura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere. Ulp. l. 1 § 27 D. de vi (XXXXIII, 16).

Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim,

non ex intervallo, dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne deiciatur, sed et si dejectus quis fuerit, eundem deicere non ex intervallo, sed ex continenti. Ulp. l. 3 § 9 D. eod.

Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulsare licet. Diocl. et Maxim. l. 1 C. unde vi (VIII, 4).

Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? Cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. Puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? Et non puto agendum: nec enim injuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. Et ita Celsus scribit. Ulp. l. 3 § 7 D. de incend. (XXXVII, 9).

Onder *eigenrichting* wordt verstaan de eigenmachtige handhaving van werkelijke of vermeende rechten. Hier handelt men *offensief* en tracht zich zonder rechterlijke tusschenkomst recht te verschaffen, door een aanval op eens anders persoon of vermogen.

Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo jure habebam, recidisses, posse me tecum damni injuria agere Proculus scribit: debuisti enim mecum jus mihi non esse protectum habere agere: nec esse aequum damnum me pati recisis a te meis tignis. Aliud est dicendum ex rescripto imperatoris Severi, qui ei, per cuius domum trajectus erat aquae ductus citra servitutem, rescripsit jure suo posse cum intercidero, et merito: interest enim, quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit. Ulp. l. 29 § 1 D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

Zoolang het Staatsgezag zwak is en de organen, die dienen tot bescherming en handhaving van het recht, niet in voldoende mate ontwikkeld zijn, speelt de eigenrichting eene groote rol. In het latere Romeinsche Recht wordt zij voor verschillende bepaald aangewezen gevallen verboden. Atgezien van de strafwet (lex Julia de vi privata, 46 v. C.) komen vooral twee voorschriften in aanmerking. Het eerste is vervat in een decreet van Keizer Marcus: de schuldeischer die, om bevrediging voor zijne schuldvordering te verkrijgen, zaken van zijn schuldenaar tegen diens wil wegneemt of hem tot overgave dwingt, verliest zijn vorderingsrecht. Een tweede geval is voorzien bij eene constitutie van Valentinianus, Theodosius en Arcadius (389 n. C.); zij betreft dengene, die met geweld eene zaak wegneemt, welke door een ander wordt bezeten. Is hij eigenaar van die zaak, dan verliest hij zijn eigendomsrecht aan den bezitter; is hij geen eigenaar, dan moet hij de zaak zelve teruggeven, en hare waarde betalen bij wijze van straf.

Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi. Paul. l. 176 pr. D. de R. J. (L, 17).

Creditores si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin si in rem debitoris sui intraverint id nullo concedente, divus Marcus decrevit jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt. „Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari, tu petitor es.” Et cum Marcianus diceret: „vim nullam feci”: Caesar dixit: „tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis

est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit. Non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non jure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit." Callistr. l. 7 D. ad leg. Jul. de vi priv. (XXXVIII, 7).

Si quis in tantam furoris pervenit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit restituat possessori et dominium ejusdem rei amittat: sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur. Valent., Theod. et Arcad. l. 7 C. unde vi (VIII, 4).

Overigens zijn er nog verschillende rechtsmiddelen, waarmede de door eigenrichting ontstane toestand weder kan worden opgeheven: *interdictum unde vi*, *interdictum uti possidetis*, *interdictum quod vi aut clam*, *actio quod metus causa*.

§ 99. DE RECHTSPREKENDE PERSONEN.

In de oudste tijden spraken de koningen zelf recht, later de consuls. Maar aangezien deze, ten gevolge van de vele oorlogen, dikwijls afwezig moesten zijn, werd in 367 v. C. voor de rechtspleging in de stad een praetor benoemd, die omstreeks 247 v. C. een ambtgenoot naast zich kreeg voor de berechting der geschillen met en tusschen vreemdelingen.

Cumque consules avocarentur bellis finitimis neque esset qui in civitate jus reddere posset, factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe jus redderet. — Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos jus dicebat. Pomp. l. 2 § 27, § 28 D. de O. J. (I, 2).

De curulische aedilen hadden eene lagere rechtsmacht, voornamelijk voor zaken, met de markt- en straatpolitie in verband staande (zie hieronder § 190, III, bl. 85). In de provinciën berustte de rechtspraak bij de *praesides provinciae* of *proconsules* en bij de *quaestores*; in Italië sedert Hadrianus bij de *consulares*, sedert Marcus Aurelius bij de *juridici*. Het aantal praetoren met bijzondere opdrachten werd langzamerhand aanmerkelijk vermeerderd (*praetor fideicommissarius*, *tutelarior*, *liberalium causarum*).

Eindelijk werden, sedert Augustus, de *praefectus urbi* — deze oorspronkelijk vooral voor de strafrechtspleging — en de *praefectus praetorio* met de rechtspraak belast. Dat de Keizer voor het geheele Rijk als rechter fungeert, zoowel in eersten aanleg als in hooger beroep, en dat hij zich daarbij laat bijstaan door een Raad, werd reeds hierboven in § 18 opgemerkt.

De Romeinsche magistraten behandelen, althans tot Diocletianus, de zaken slechts bij uitzondering tot aan het eindvonnis (*extraordinaria cognitio*). Gewoonlijk wordt door hen het proces alleen ingeleid (behandeling *in jure*) en tot verder onderzoek en beslissing verwezen, hetzij

naar een vast college of naar private rechters, die voor ieder bijzonder geval worden benoemd (behandeling *in judicio*).

De vaste colleges zijn: de tienmannen (*decemviri stlitibus judicandis*) en de honderdmannen (*centumviri*).

De tienmannen zijn volgens sommigen reeds door Servius Tullius ingesteld als rechters in privaatrechtelijke geschillen. Cicero (Or. pro Caecina, c. 33; Or. pro domo, c. 29 i. f.) noemt ze als rechters in gedingen over vrijheid en burgerrecht. Augustus maakte ze tot voorzitters van het gerecht der honderdmannen, waarmede zij wellicht reeds vroeger verbonden waren.

Het *judicium centumvirale* (*judicium hastae, centumviralis hasta*), welks tijd van ontstaan hoogst onzeker is (Servius Tullius, of na 240 v. C.), sprak recht in quaesties over eigendoms- en erfrecht. Dit college telde 105, later 180 leden, in 4 Kamers verdeeld. Het genoot van oudsher en vooral sedert Augustus een groot aanzien, maar werd langzamerhand door de *judices* verdrongen; het langst, tot in de derde eeuw, handhaafde het zich in zaken van erfrecht, bepaaldelijk voor de berechting der *querella inofficiosi testamenti*.

Nam volitare in foro, haerere in jure ac praetorum tribunalibus, judicia privata magnarum rerum obire, in quibus saepe non de facto, sed de aequitate ac jure certetur, jactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum (raptorum aut ratorum), ceterarumque rerum innumerabilium jura versentur, quum omnino, quid suum, quid alienum, qua re denique civis an peregrinus, servus an liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentiae. Cic., de Orat., I, 38 § 173.

Cum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio adsumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei praedjudicium. Magnitudo etenim et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi. Justinian. l. 12 pr. C. de pet. her. (III, 31).

De private rechters zijn: *judices, arbitri* of *recuperatores*.

De *judices* en *arbitri* waren personen, die voor elk bijzonder geval door den praetor werden aangewezen, oudtijds uit de senatoren, sedert Augustus uit het *album judicum selectorum*, dat jaarlijks uit verschillende standen werd opgemaakt. De partijen konden zich vooraf over den te benoemen persoon verstaan (*neminem voluerunt majores nostri esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset*, zegt Cicero, Or. pro Cluentio, c. 43); maar de benoeming ging altijd uit van den magistraat.

Oudtijds onderscheidde men tusschen *judices* en *arbitri*. De *judices* deden uitspraak naar den scherpen regel des rechts, terwijl de *arbitri* meer als goede en vroede mannen, volgens billijkheid en goede trouw, hadden te oordeelen. De laatsten worden inzonderheid vermeld bij quaesties over grensscheiding, verdeling van gemeenschap en afloop van regenwater.

Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per judicem, in qua legitima partis sponsio facta est. Hic tu si amplius HS nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti, propterea quod aliud est judicium, aliud est arbitrium.

Judicium est pecuniae certae, arbitrium pecuniae incertae; ad iudicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus; ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil neque tantum, quantum postulavimus consequamur. — Ei rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in iudicio? Directum asperum simplex: *Si paret HS 1000 dari*. — Hic nisi planum facit, HS 1000 ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? Mite, moderatum: *quantum aequius et melius sit dari*. Cic., Or. pro Rosc. Com., c. 4 §§ 10, 11.

Recuperatores waren oorspronkelijk internationale rechters, krachtens tractaat geroepen om te beslissen over processen tusschen vreemdelingen of tusschen burgers en vreemdelingen, in het bijzonder wegens teruggave van of vergoeding voor weggenomen zaken. Later komen *recuperatores* voor, als een rechtscollege uit 3 of 5 personen bestaande, voor de berechting van geschillen ook tusschen burgers onderling, en wel voor de behandeling van spoedeisende zaken (bijv. interdicten); zij werden niet genomen uit het *album iudicum*. Ook in de provinciën vindt men recuperatoren, o. a. als een vast college voor enkele gevallen van vrijwillige rechtspraak (zie Gajus, Inst. I § 20).

Reciperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per recuperatores reddantur res recipere-turque, resque privatas inter se persequantur. Festus, in v. Reciperatio.

In den Keizertijd won de *extraordinaria cognitio* meer en meer veld, totdat Diocletianus en Maximianus haar tot regel maakten (294 n. C.). De private rechters werden afgeschaft; slechts bij wijze van uitzondering werd de benoeming veroorloofd van *judices pedanei*, rechters die niet te gelijk magistraten zijn. Weldra verdween ook voor dat geval de bijzondere instructie (*formula*).

Placet nobis praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos iudices dabant, notionis suae examen adhibere, ita tamen ut, si vel per occupationes publicas vel propter causarum multitudinem omnia huiusmodi negotia non potuerint cognoscere, iudices dandi habeant potestatem. Diocl. et Maxim. l. 2 pr. C. de ped. jud. (III, 3).

§ 100. DE PARTIJEN EN HUNNE VERTEGENWOORDIGERS.

Bij de eigenlijke rechtspraak zijn er altijd twee partijen (*adversarii, litigatores, rei*), namelijk een eischer (*actor, petitor*) en een gedaagde (*reus, possessor*).

Sommige personen missen geheel of gedeeltelijk de bevoegdheid om als partij in rechte op te treden (*legitima persona standi in iudicio*). Zoo zijn slaven geheel onbevoegd. Vreemdelingen waren uitgesloten ten aanzien van de *judicia legitima*. Huiskinderen kunnen wel als gedaagden, maar in den regel niet als eischers optreden. Onmondigen worden door den voogd vertegenwoordigd of behoeven diens bijstand; *minores* behoeven de toestemming van hun curator; over de vrouwenvoogdij, zie hieronder § 136.

Vertegenwoordiging der partijen was tijdens de procedure *per legis Rom. recht. I, 2e druk.*

actiones slechts in enkele gevallen toegelaten. Onder het formulierenproces werd zij echter steeds algemeener erkend. Over de inrichting der *formula*, in geval een vertegenwoordiger optreedt, zie hieronder § 103.

Nemo alieno nomine lege agere potest. Ulp. 1. 123 pr. D. de R. J. (L, 17).

Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis. Gajus, Inst. IV § 82.

Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. Alieno veluti procuratorio tutorio curatorio, cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Praeterea lege Hostilia permisum est furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent aut rei publicae causa abessent quive in eorum cuius tutela essent. Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, coeperunt homines per procuratores litigare: nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio itemque aliae multae causae saepe impedimento sunt, quo minus rem suam ipsi exsequi possint. pr. I. de his per quos agere (IV, 10).

Si procurator, qui iudicio interfuit, victus sit, an ipse quoque per procuratorem appellare possit, videamus, quia constat procuratorem alium procuratorem facere non posse. Sed meminisse oportet, quod procurator lite contestata dominus litis efficitur: et ideo et per procuratorem appellare potest. Maccr. l. 4 § 5 D. de appell. (XXXIX, 1).

De vertegenwoordigers worden oudtijds onderscheiden in *cognitores* en *procuratores*. De *cognitor* wordt met bepaalde woorden, voor dezen bijzonderen rechtsstrijd, in bijzijn der wederpartij aangesteld; wat hij doet geldt van rechtswege, als had de principaal zelf het verricht; cautie wordt van hem niet verlangd. De *procurator* daarentegen wordt niet met bepaalde woorden, maar bij eenvoudige lastgeving, ook buiten weten zelfs van de tegenpartij benoemd; hij moet zekerheid stellen, dat de lastgever zijne handelingen zal gestand doen.

Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. Nam actor ita cognitorem dat *quod ego a te verbi gratia fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do*; adversarius ita *quia tu a me fundum petis, in eam rem tibi P. Maevium cognitorem do*. Potest ut actor ita dicat *quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do*, adversarius ita *quia tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do*. Nec interest, praesens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris. — Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur. Quin etiam sunt qui putant eum quoque procuratorem videri cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum; quamquam et ille cui mandatum est plerumque satisfacere debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur. — Ipse autem qui in rem agit, si suo nomine agat, satis non dat. — Ac nec si per cognitorem quidem agatur, ulla satisfactio vel ab ipso vel a domino desideratur. Cum enim certis et quasi sollempnibus verbis in locum domini substituitur cognitor, merito domini loco habetur. — Procurator vero si agat, satisfacere iubetur ratam rem dominum habiturum; periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiat. Quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuerit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit. Gajus, Inst. IV §§ 83, 84, 96—98.

..... Cognitore enim interveniente iudicati actio domino vel in dominum datur; non alias enim cognitor experietur vel ei actioni subicietur, quam si in rem suam

cognitor factus sit. Interveniente vero procuratore iudicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit. Fragm. Vat. § 317.

Later let men minder op den vorm, waarin de vertegenwoordiger is aangewezen, dan op het bestaan en de zekerheid der volmacht. Den *procurator*, die door de partij persoonlijk aan den rechter is opgegeven, stelt men, wat de gevolgen betreft, gelijk met den *cognitor*; wanneer door middel van een *procurator* geprocedeerd is, neemt men aan, dat het vonnis onmiddellijk voor of tegen den vertegenwoordigde zal werken. Hetzelfde wordt toegepast, als een voogd, curator of bestuurder eener vereeniging als zoodanig is opgetreden. Dientengevolge houdt het gebruik der *cognitores* in lateren tijd op: de vrije vormen van de *procuratores* vereenigt men met de onmiddellijke werking voor den lastgever, bij de *cognitores* voorkomende.

Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum iudicati actio. Fragm. Vat. § 331.

Hoc jure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt: inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum: ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit. Ulp. l. 11 § 7 D. de exc. rei jud. (XXXXIV, 2).

Si procuratorem absentem dominus satisfactione relevare velit, litteras suas ad adversarium derigere debet, quibus significet, quem adversus eum procuratorem et in qua causa fecerit, ratumque se habiturum quod cum eo actum sit: hoc enim casu litteris ejus adprobatis velut praesentis procuratorem intervenire intellegendum est. Itaque etsi postea mutata voluntate procuratorem esse noluerit, tamen iudicium, quo quasi procurator expertus est, ratum esse debet. Modest. l. 65 D. de procur. (III, 3).

Non est juris incerti eum, qui apud acta factus est agentis procurator, non compelli ratam rem dominum habiturum satisfacere: hoc enim casu veluti praesentis procuratorem intervenire intellegendum est. Diocl. et Maxim. l. 1 pr. C. de satisf. (II, 56).

Cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quotiens incertum est, an ei negotium mandatum est. Pius l. 1 C. de procur. (II, 12).

Defensor heet de vertegenwoordiger van den gedaagde, ook als hij zonder machtiging optreedt: „publice utile est absentes a quibuscumque defendi”, zegt Ulpianus in l. 33 § 2 D. de procur. (III, 3). Hij moet zekerheid stellen: *judicatum solvi*.

Ab ejus vero parte cum quo agitur, siquidem alieno nomine aliquis interveniat, omni modo satisfacere debet, quia nemo alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intellegitur. Sed siquidem cum cognitore agatur, dominus satisfacere jubetur; si vero cum procuratore, ipse procurator. Idem et de tutore et de curatore juris est. Gajus, Inst. IV § 101.

In his autem personis, in quibus mandatum non exigitur, dicendum est, si forte evidens sit contra voluntatem eos experiri eorum pro quibus interveniunt, debere eos repelli. Ergo non exigitur ut habeant voluntatem vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur: quamvis de rato offerant cautionem. Ulp. l. 40 § 4 D. de procur. (III, 3).

Papinianus respondit, si procurator absentis aliquam actionem absentis nomine inferre velit, cogendum cum adversus omnes absentem defendere. Fragm. Vat. § 330.

Iets anders dan de vertegenwoordiger is degene, die de partij bijstaat. Ten tijde van Cicero onderscheidt men als zoodanig den *advocatus* en den *patronus* of *orator*. De eerste is een jurist, die zijn vriend rechtsgeleerden raad verschaft of hem voor het gerecht begeleidt om hem door zijne tegenwoordigheid zedelijken steun te geven. De *patronus* verdedigt de belangen van zijn cliënt, vooral bij den *judex*. In den Keizertijd vloeien beide functiën ineen. De advocaten (*causidici, togati*), die bij een rechtscollege zijn ingeschreven (*statuti*), vormen min of meer gesloten corporatiën.

§ 101. DE BEVOEGDHEID DES RECHTERS.

De beantwoording der vraag, aan het rechtsgebied van welken rechter de rechtzoekenden onderworpen zijn (*judex competens*) hing vroeger af van het burgerschap. De Romeinsche burger vond zijn bevoegden rechter te Rome, de burger eener gemeente in de gemeente of kolonie, waartoe hij behoorde. Toen aan de gemeenten allengs het Romeinsche burgerrecht werd verleend, werd dit zoogenaamde *forum originis* een tweeledig: èn in de gemeente waartoe men als burger behoorde, èn te Rome als *communis nostra patria* (zie hierboven § 53 a. h. e. en de daar aangehaalde plaatsen).

Daarnaast vestigt zich later, voor de eigenlijke rechtspraak, de bevoegdheid van den rechter der woonplaats (zoogenaamd *forum domicilii*).

Bij beide geldt als regel, dat de eischer zich moet richten naar den gedaagde: hij moet den gedaagde dagvaarden voor diens rechter (*actor sequitur forum rei*).

Juris ordinem converti postulas, ut non actor rei forum, sed reus actoris sequatur: nam ubi domicilium habet reus vel tempore contractus habuit, licet hoc postea translulerit, ibi tantum eum conveniri oportet. Diocl. et Maxim. l. 2 C. de jurisd. (III, 13).

Naast deze algemeene aanwijzing van den bevoegden rechter kent men nog bijzondere regelingen van competentie. Zoo is bevoegd de rechter van de plaats, waar de verbintenis behoort vervuld te worden of waar de rechtsbetrekking is ontstaan (zoogenaamd *forum solutionis, forum contractus, forum delicti commissi, forum gestae administrationis*). Eene verordening van 385 n. C. wijst voor onpersoonlijke acties den rechter aan van de plaats, waar het goed is gelegen (zoogenaamd *forum rei sitae*). Justinianus verklaart voor alle tegenvorderingen, die de gedaagde tegen den eischer in hetzelfde proces instelt, den rechter bevoegd, bij wien de eisch is aangebracht (zoogenaamd *forum reconventionis*).

Illud sciendum est eum, qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrobique posse conveniri et hic et ibi: et ita et Juliano et multis aliis videtur. Ulp. l. 19 § 4 D. de jud. (V, 1).

Contraxisse unusquisque in eo loco intellegitur, in quo ut solveret se obligavit. Julian. l. 21 D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

Si quis tutelam vel curam vel negotia vel argentariam vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loci administravit: etsi ibi domicilium non habuit, ibi se debet defen-

dere et, si non defendat neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur. Ulp. l. 19 § 1 D. de jud. (V, 1).

Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res propter quas contenditur constitutae sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri. Gratian. Valent. et Theod. l. 3 C. ubi in rem (III, 19).

Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit non solum iudicem de absoluteione rei iudicare, sed ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscitur. Cujus enim in agendo observavit arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur. Justinian. l. 14 C. de sent. (VII, 45).

Afgezien van de wettelijke aanwijzing van den bevoegden rechter kunnen partijen opzettelijk overeenkomen omtrent den rechter, aan wien zij hunne zaak willen onderwerpen, mits die zaak in het algemeen tot zijne bevoegdheid behoort. Onderwerpen zij zich wetens aan een betrekkelijk onbevoegden rechter, dan wordt deze door die stilzwijgende overeenkomst bevoegd (zoogenaamd *forum prorogatum*).

Si se subiciant aliqui jurisdictioni et consentiant, inter consentientes cujusvis iudicis, qui tribunali praest vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictionis. Ulp. l. 1 D. de jud. (V, 1).

Consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subjectos jurisdictioni ejus et in eum consentiant. Ceterum si putent ejus jurisdictionem esse, non erit ejus jurisdictionis: error enim litigatorum, ut Julianus quoque libro primo digestorum scribit, non habet consensum. . . . Ulp. l. 2 pr. D. eod.

Privatorum consensus iudicem non facit eum, qui nulli praest iudicio, nec quod is statuit rei iudicatae continet auctoritatem. Diocl. et Maxim. l. 3 C. de iurisd. (III, 13).

Inter convenientes et de re majori apud magistratus municipales agetur. Paul. l. 28 D. ad mun. (L, 1).

§ 102. DE PROCEDURE PER LEGIS ACTIONES.

Men kan in het Romeinsche procesrecht drie perioden onderscheiden: de procedure *per legis actiones*, de procedure *per formulas* en de *extraordinaria cognitio*. Gedurende de eerste twee perioden splitste elk rechts-geding zich in tweeën: 1^o. het proces *in jure* voor den magistraat, hetwelk dient tot inleiding van de zaak en eindigt met de vaststelling van het geschilpunt (*litis contestatio*), en 2^o. het proces *in iudicio* voor een college of een enkelen gezworene, hetwelk strekt tot onderzoek en beslissing der zaak en eindigt met het vonnis. Op de scheiding dezer twee deelen rustte de zoogenaamde *ordo iudiciorum privatorum*, de gewone manier van procederen in burgerlijke zaken. In den loop der tijden kwamen hierop uitzonderingen voor, gevallen namelijk, waarin de magistraat zelf het proces van het begin tot het einde behandelde en het eindvonnis uitsprak (*extraordinaria cognitio*, procedure *extra ordinem*). Onder de Keizers namen die gevallen steeds in aantal toe, totdat door

280 n. Chr. Diocletianus de scheiding van *jus* en *judicium* werd opgeheven en de gewone manier van procederen in hoofdzaak gelijk werd gemaakt aan de vroegere *extraordinaria cognitio* (zie ook hierboven § 99).

Het verschil tusschen de procedure *per legis actiones* en die *per formulas* ligt in de wijze van behandeling *in jure*; die *in judicio* is bij beide gelijk. Bij de procedure *per legis actiones* geven partijen, in tegenwoordigheid van den magistraat, hunne rechtsbeweringen te kennen door het uitspreken van zekere solemneele woorden en formulieren en door het verrichten van zekere zinnebeeldige handelingen. Een en ander is door de priesters vastgesteld. De woorden, waarin partijen hunne beweringen uitdrukken, sluiten zich ten nauwste aan bij de voorschriften der wet, waarop zij gegrond zijn; op straffe van verlies van het proces moeten ze letterlijk worden in acht genomen.

Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo inmutabiles proinde atque leges observabantur. Unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loquebatur. Gajus, Inst. IV § 11.

Het *lege agere* geschiedde op vijf verschillende manieren:

1^o. de *legis actio sacramento* (Gajus, Inst. IV §§ 13—17) was de algemeene vorm, voor persoonlijke zoowel als voor onpersoonlijke rechtsvorderingen (over hare toepassing bij de eigendomsactie, zie hieronder § 155). De gang van zaken is daarbij de volgende. Voor den praetor spreken beide partijen hunne rechtsbeweringen uit, bijv. ajo te mihi decem milia dare oportere. Vervolgens dagen zij elkaar uit tot eene weddenschap over de juistheid daarvan, d. w. z. als onderpand voor de waarheid zijner bewering stort ieder hunner eene som gelds (*sacramentum*), 500 of 50 asses, op eene geheiligde plaats — later wordt eenvoudig voor het bedrag borg gesteld —; wie het onderspit delft, verliest die wedsom aan den Staat. De strijd loopt verder formeel over de vraag: *utrius sacramentum justum, utrius injustum sit*. Maar natuurlijk ligt in de beslissing dier vraag opgesloten eene uitspraak over het recht, waarover partijen als het ware hebben gewed. Het eigenaardige dezer procedure bestaat hierin, dat zij geen middelweg toelaat; de weddenschap wordt gewonnen of verloren; van meer of minder is geen sprake. Ontbreekt er slechts iets aan den eisch, dan blijkt des eischers bewering onjuist te zijn en verliest hij zijn proces.

2^o. Omtrent de *legis actio per iudicis seu arbitri postulationem* is zeer weinig met zekerheid bekend, daar de bladzijde van Gajus, die er over handelt, is verloren gegaan; bij Valerius Probus vindt men de formule: *te praetor iudicem arbitrumve postulo uti des*. Waarschijnlijk gebruikte men dezen procesvorm bij die zaken, waarbij de strengheid van een rechter, die moest veroordeelen of vrijspreken, onge-

wenscht scheen, maar veeleer voor hem eene vrijheid van beweging noodig was, die het mogelijk maakte acht te slaan op alle omstandigheden en de eischen der billijkheid te bevredigen.

3°. De *legis actio per condictioem* (Gajus, Inst. IV §§ 18—20) werd ingevoerd door de lex Silia tot opeisching van eene bepaalde geldsom, door de lex Calpurnia tot opeisching van bepaalde zaken. Ofschoon ook hier veel duister is, schijnt men te mogen aannemen, dat dit eene vereenvoudigde procedure was in vergelijking met de *legis actio sacramento*. De eischer roept zijne tegenpartij op — twijfelachtig is het, of dit bij den praetor of buitengerechtig geschiedt — om na dertig dagen voor den magistraat te verschijnen ten einde een rechter te hooren benoemen; door die oproeping (*condictio, denuntiatio*) komt de zaak dadelijk zoover, als anders eerst door de weddenschap enz.

4°. De *legis actio per manus injectionem* (Gajus, Inst. IV §§ 21—25) diende niet om eene rechterlijke beslissing te verkrijgen over eene twijfelachtige aanspraak, maar was een middel van executie op den persoon des schuldenaars ter zake van eene door vonnis of door bekentenis voor den magistraat vastgestelde aanspraak. Door verschillende wetten werd deze procedure op enkele andere vorderingen toegepast. Men onderscheidt: 1°. een strengeren vorm (*manus injectio pro judicato*), waarbij de schuldenaar zich zelf niet mag verdedigen, maar den schuldeischer moet volgen (zie hierboven § 43, 1°. en de daar aangehaalde plaatsen), tenzij hij een *vindex* stelt, en 2°. een minder strengen vorm (*manus injectio pura*), waarbij de noodzakelijkheid van den *vindex* wegvalt en de schuldenaar zelf zijne verdediging kan voeren.

5°. De *legis actio per pignoris capionem* (Gajus, Inst. IV §§ 26—29) was een buitengerechtig middel van executie, niet op den persoon, maar op het goed van den schuldenaar ter zake van bepaalde, met het publieke en sacrale recht in verband staande vorderingen.

§ 103. DE PROCEDURE PER FORMULAS.

De *legis actiones* geraakten langzamerhand in onbruik, volgens Gajus vooral door hare groote strengheid, maar zeker niet minder door hare ongeschiktheid om gelijken tred te houden met de ontwikkeling der rechtsbehoeften. Behalve in enkele gevallen — bij het gerecht der honderdmannen, bij de procedure wegens *damnum infectum* (zie hieronder § 145) en bij de vrijwillige rechtspraak — kwam het formulierenproces er voor in de plaats. Hoe die verandering geschiedde, is niet met volkomen zekerheid te bepalen; vast staat, dat eene lex Aebutia (omstreeks 150 v. C.) en twee leges Juliae (waarschijnlijk van Augustus, omstreeks 20 v. C.) daartoe krachtig hebben medegewerkt.

Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc jura condiderunt eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus. —

Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est. . . . Gajus, Inst. IV § 30, § 31.

Sed enim cum „proletarii” et „adsidui” et „sanates” et „vades” et „subvades” et „viginti quinque asses” et „taliones” furtorumque quaestio „cum lance et licio” evanuerint omnisque illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum, lege Aebutia lata, consopita sit studium scientiamque ego praestare deo juris et legum vocumque earum, quibus utimur. Gellius, N. A. XVI, 10 § 8.

Onder dezen procesvorm strekt de behandeling *in jure* om van den praetor te verkrijgen eene bepaalde, nauwkeurig omschrevene, schriftelijke vaststelling van het geschilpunt. Deze *formula* dient ter instructie van den *judex* (resp. den *arbiter* of de *recuperatores*), die daaruit verneemt, wat hij heeft te onderzoeken en te beslissen. Het schema der *formula* luidt: *si paret*. . . . (indien des eischers bewering juist blijkt) *condemna*, *si non paret absolve*; of het blijkt of niet, zal de *judex* hebben uit te maken; doch voor beide gevallen schrijft de praetor hem, hypothetisch, zijne gedragslijn voor.

Bij den praetor brengen partijen hunne beweringen in het midden, zonder aan bepaalde woorden of vormen gebonden te zijn. De praetor gaat na, of er inderdaad een geschil aanwezig is, vatbaar om tusschen deze partijen in een burgerlijk geding te worden behandeld; hij vraagt zich verder af, of hij te dezer zake eene *formula* zal geven. Zoo ja, dan stelt hij deze vast en benoemt een *judex*.

Bij de procedure *per legis actiones* handelden en spraken de partijen zelf, op eigen gevaar, genoegzaam zonder leiding of invloed van den praetor: diens rol was meer lijdelijk. De *judex* moest zijn vonnis gronden op hetgeen partijen voor den praetor hadden verricht, zonder dat hij van dezen eene nadere mededeeling hieromtrent ontving. In het formulierenproces is dit anders geworden. Het zwaartepunt ligt thans in de *formula* en hare redactie. De rol van den praetor is nu actief; immers, de formulering van het geschilpunt is van de partijen op hem overgebracht. Door de *formula* oefent de praetor dien machtigen invloed op de ontwikkeling van het privaatrecht, waarover hierboven in § 19 is gesproken.

De bestanddeelen der *formula* worden onderscheiden in *gewone* en *buitengewone*.

De gewone zijn, volgens Gajus (Inst. IV § 39), vier in getal: *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio*, *adjudicatio*. Daarbij is nog te vermelden de aanwijzing van den rechter, terwijl daarentegen de *adjudicatio* niet dan bij de drie deelingsprocessen voorkomt. Essentiële bestanddeelen kan men alleen noemen: *intentio* en *condemnatio*; in een enkel geval ontbreekt ook de laatste.

1^o. De *demonstratio* behelst de vermelding van den feitelijken grondslag van des eischers recht. Zoo mogelijk stelt zij met één woord den *judex* op de hoogte van hetgeen er is gebeurd (quod A^s. A^s. deposuit, emit, vendidit, locavit, conduxit). Is de handeling echter van dien aard, dat ze, bij gemis aan eene technische benaming, niet met één woord kan worden aangeduid, dan is eene breedere omschrijving noodig.

Niet elke *formula* bevat dit bestanddeel; immers, bij de *actiones in factum conceptae*, alsmede bij de *actiones certae in jus conceptae*, valt de *demonstratio* samen met de *intentio* (zie hieronder § 107, n^{rs}. 7, 8 en 16).

Demonstratio est ea pars formulae quae, ut demonstretur res de qua agitur: velut haec pars formulae *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit*; item haec *Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium hominem deposuit*. Gajus, Inst. IV § 40.

2^o. De *intentio* behelst den juridieken grondslag van den ingestelden eisch, de door den *judex* te onderzoeken rechtsbewering, op grond waarvan veroordeeling wordt verlangd. Zij wordt in geene enkele formule gemist.

Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit: velut haec pars formulae *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere*; item haec *Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere*; item haec *Si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse*. Gajus, Inst. IV § 41.

3^o. De *condemnatio* is dat deel van de formule, waarbij den *judex* wordt opgedragen te veroordeelen of vrij te spreken. Zij komt niet voor bij de praeprediciële vorderingen, waar de formule enkel uit eene *intentio* bestaat (zie hieronder § 107, n^r. 12). Bij de *actiones arbitrariae* (zie § 107, n^r. 10) wordt de veroordeeling afhankelijk gesteld van de al of niet voldoening aan 's rechters voorloopige uitspraak.

De veroordeeling strekt altijd tot betaling eener geldsom, wat ook het onderwerp van den eisch mocht wezen.

Condemnatio est ea pars formulae, qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur: velut haec pars formulae *Judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemna. Si non paret, absolvo*; item haec *Judex Numerium Negidium Aulo Agerio duntaxat X milia condemna. Si non paret, absolvo*; item haec *Judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato et reliqua, ut non adiciatur duntaxat X milia*. — Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem *condemnatio* concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, veluti fundum hominem vestem aurum argentum, *judex* non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat. — *Condemnatio* autem vel certae pecuniae in formula proponitur vel incertae. — Certae pecuniae velut in ea formula, qua certam pecuniam petimus; nam illic ima parte formulae ita est *Judex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemna. Si non paret, absolvo*. — Incertae vero *condemnatio* pecuniae duplicem significationem habet. Est enim una cum aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione, velut si incertum aliquid petamus; nam illic ima parte formulae ita est *Judex N. Negidium A. Agerio duntaxat sestertium X milia condemna. Si non paret, absolvo*. Vel incerta est et infinita, velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus vel ad exhibendum; nam illic ita est *Quanti ea res erit, tantam pecuniam, judex, N. Negidium A. Agerio condemna. Si non paret, absolvo*. Quid ergo est? *Judex* si condemnet, certam pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in *condemnatione* posita non sit. Gajus, Inst. IV § 43, §§ 48—51.

Van eene formule met de tot dusver genoemde bestanddeelen geeft Gajus (Inst. IV § 47) het volgende voorbeeld: . . . *judex esto. Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium* — dit zijn de typische

namen, die de Romeinen in hunne formulieren voor den eischer en den gedaagde stellen — mensam argenteam deposuit, qua de re agitur (*demonstratio*), quidquid ob eam rem N^m. N^m. A^o. A^o. dare facere oportet ex fide bona (*intentio*), ejus judex N^m. N^m. A^o. A^o. condemnato, nisi restituat. Si non paret, absolvito (*condemnatio*).

Wordt namens een ander geprocedeerd (zie hierboven § 100), dan wordt de *intentio* gesteld op naam van den vertegenwoordigde, de *condemnatio* op naam van den vertegenwoordiger.

Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. Nam si verbi gratia Lucius Titius pro Publio Mevio agat, ita formula concipitur *Si paret Numerium Negidium Publio Mevio sestertium X milia dare oportere, judex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium X milia condemna. Si non paret, absolve*; in rem quoque si agat, intendit *Publii Mevii rem esse ex jure Quiritium*, et condemnationem in suam personam convertit. — Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis cum quo actio constituitur, intenditur dominium *dare oportere*, condemnatio autem in ejus personam convertitur qui iudicium accipit; sed cum in rem agitur, nihil in intentione facit ejus persona cum quo agitur, sive suo nomine sive alieno aliquis iudicio interveniat; tantum enim intenditur *rem actoris esse*. Gajus, Inst. IV §§ 86, 87.

4^o. De *adjudicatio* is eene, alleen bij de deelingsprocessen voorkomende, uitbreiding van de *condemnatio*, welke hierin bestaat, dat de rechter bevoegd wordt verklaard, ten einde tot opheffing der gemeenschap te komen, aan iedere partij een uitsluitend aandeel in de te verdeelen zaken toe te wijzen; hij kan daarbij zelfs in de rechten der partijen verandering brengen of nieuwe rechten vestigen (zie hieronder § 150).

Adjudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adjudicare: velut si inter coheredes familiae erciscundae agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum. Nam illic ita est *Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato*. Gajus, Inst. IV § 42.

Buitengewone bestanddeelen der *formula* zijn o. a.

1^o. de *factio* (zie ook hierboven § 70 a. h. e.): in de formule wordt den rechter opgedragen te handelen, alsof zeker niet bestaand feit wèl bestond of zeker wèl aanwezig feit niet aanwezig was. De praetor bedient zich soms van dit middel om eene civielrechtelijke actie toe te passen in gevallen, die buiten hare grenzen liggen, doch waarin hij het wenschelijk acht, eene actie te geven;

Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, veluti cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petit, ficto se herede agit. Cum enim praetorio jure, non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit potest intendere *suum esse*, neque id quod ei debebatur potest intendere *dari sibi oportere*; itaque ficto se herede intendit velut hoc modo *Judex esto. Si A. Agerius* (id est si ipse actor) *L. Titio heres esset, tum si eum fundum de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret;* praeposita simili fictione heredis ita subicitur *tum si pareret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere*. — Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam *ex jure Quiritium suam esse* intendere, fingitur rem

usucepisse et ita quasi ex jure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo *Judex esto. Si quem hominem A. Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret* et reliqua. Gajus, Inst. IV § 34, § 36.

2^o. de *praescriptio*, eene bijvoeging in het begin der formule, welke van tweeërlei aard kan zijn: òf *praescriptio pro reo*, waarin zekere verdedigingsmiddelen van den gedaagde worden opgenomen (zie hieronder § 111), òf *praescriptio pro actore*, welke strekt om, o. a. in verband met de regels omtrent de opheffende werking der *litis contestatio* (zie hieronder § 112), den eisch tot zijn juisten omvang te beperken;

Saepe enim ex una eademque obligatione aliquid jam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est: veluti cum in singulos annos vel menses certum pecuniam stipulati fuerimus; nam finitis quibusdam annis aut mensibus hujus quidem temporis pecuniam praestari oportet, futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intellegitur, praestatio vero adhuc nulla est. Si ergo velimus id quidem quod praestari oportet petere et in judicium deducere, futuram vero obligationis praestationem in integro relinquere, necesse est ut cum hac praescriptione agamus *ea res agatur ejus rei dies fuit*; alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula qua incertum petimus, ejus intentio his verbis concepta est *Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere*, totam obligationem, id est etiam futuram in hoc judicium deducimus, et quae ante tempus obligatio . . . Gajus, Inst. IV § 131.

3^o. de clausule *ex fide bona*, waarover zie hieronder § 107, n^o. 9;

4^o. de *taratio*: door inlassching van het woord *dumtaxat* in de *condemnatio* wordt den rechter een maximum gesteld, dat hij bij de veroordeeling niet mag overschrijden (zoo bijv. bij de *actio injuriarum*, zie hieronder § 200; bij de *actio de peculio* en de *actio de in rem verso*, zie § 207; zoo bij het zoogenaamde *beneficium competentiae*, zie hieronder § 210).

§ 104. EENIGE BIJZONDERHEDEN AANGAANDE DE PROCEDURE VOOR DEN MAGISTRAAT EN VOOR DEN RECHTER.

De eerste handeling van het proces is de dagvaarding (*in jus vocatio*). In het oude recht is zij eene daad van den eischer, zonder medewerking van den magistraat. De wet der 12 Tafelen geeft daaromtrent de volgende voorschriften: „*Si in jus vocat, ito. Ni it, antestamino: igitur em capito. Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito. Si morbus aevitasve vitium escit, jumentum dato. Si nolet, arceram ne sternito. Assiduo vindex assiduus esto; proletario jam civi quis volet vindex esto*” (bij Bruns, Tab. I, n^{rs}. 1—4). De eischer kan den gedaagde, waar hij dezen ook vindt, aanzeggen hem onmiddellijk naar den praetor te vergezellen. De gedaagde moet volgen of een *vindex* stellen; bij gebreke hiervan, roept de eischer getuigen op en gaat over tot *manus injectio*.

Perique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in jus vocaret, vim inferre videri. Gajus l. 18 D. de in jus voc. (II, 4).

In lateren tijd wordt den gedaagde, die niet voldoet aan de *in jus vocatio*, eene geldboete opgelegd. In plaats van den vroegeren *vindex* kan hij thans zekerheid stellen, dat hij in rechte zal verschijnen: *cautio iudicio sisti*.

Komen de partijen voor den magistraat, dan kan de zaak in den regel niet op dien eersten dag ten einde gebracht worden. Zij bepalen daarom een naderen dag en verbinden zich, dan weder tegenwoordig te zijn. Die overeenkomst heet *vadimonium*.

Verschijnt de eischer op den vastgestelden dag niet, dan verliest hij zijn proces.

Verschijnt de gedaagde niet op de dagvaarding (*secum agendi potestatem non facere*), onttrekt hij zich heimelijk daaraan (*fraudationis causa latitare*) of voldoet hij niet aan het *vadimonium*, dan volgt er naar het civiele recht geene veroordeeling. Maar naar omstandigheden verleent de praetor verschillende dwangmiddelen (*missio in bona absentis, venditio bonorum latitantis*, etc.). In den Keizertijd ontwikkelt zich de procedure tegen den wederspannigen gedaagde (*contumax*). Den aanwezigen eischer wordt dan gelegenheid gegeven, zijne vordering door bewijzen te staven. Wordt de gedaagde bij vonnis veroordeeld, zoo kan dit op de gewone wijze worden ten uitvoer gelegd en is niet onderhevig aan de rechtsmiddelen van appel en *in duplum revocatio* (zie hieronder § 118).

Cum autem in jus vocatus fuerit adversarius neque eo die finiri potuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti. — Fiunt autem vadimonia quibusdam ex causis pura, id est sine satisfactione, quibusdam cum satisfactione, quibusdam iurejurando, quibusdam recuperatoribus suppositis, id est ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnatur; eaque singula diligenter praetoris edicto significantur. — Et siquidem iudicati deensive agetur, tanti fit vadimonium, quanti ea res erit; si vero ex ceteris causis, quanti actor iuraverit non calumniae causa postulare sibi vadimonium promitti. Nec tamen plaris quam partis dimidiae, nec pluribus quam sestertium CM fit vadimonium. Itaque si centum milium res erit, nec iudicati deensive agetur, non plus quam sestertium quinquaginta milium fit vadimonium. Gajus, Inst. IV §§ 184—186.

Ab ea sententia, quae adversus contumaces lata est, neque appellari neque in duplum revocari potest. Paul., Sent. V, 5a § 3a.

Contumax est, qui tribus edictis propositis vel uno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur, litteris evocatus praesentiam sui facere contemnet. — Poenam contumacis non patitur, quem adversa valetudo vel majoris causae occupatio defendit. — Contumaces non videntur, nisi qui, cum obaedire deberent, non obsequuntur, id est qui ad jurisdictionem ejus, cui negant obsequi, pertinent. Hermogen. l. 53 §§ 1—3 D. de re jud. (XXXXII, 1).

Et post edictum peremptorium impetratum, cum dies ejus supervenerit, tunc absens citari debet: et sive responderit sive non responderit, agetur causa et pronuntiabitur, non utique secundum praesentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vineet. — Quod si is qui edictum peremptorium impetravit absit die cognitionis, is vero adversus quem impetratum est adsit, tum circumducendum erit edictum peremptorium neque causa cognoscetur nec secundum praesentem pronuntiabitur. — Circumducto edicto videamus an amplius reus conveniri possit, an vero salva quidem lis est, verum instantia tantum edicti perit: et magis est ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit. Ulp. l. 73 pr., § 1, § 2 D. de jud. (V, 1).

Bij den magistraat bestaat de eerste handeling hierin, dat de eischer aan zijne tegenpartij mededeelt, welke vordering hij tegen haar wil instellen (*editio actionis*).

Qua quisque actione agere volet, eam edere debet: nam acquissimum videtur eum qui acturus est edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur. — Edere est etiam copiam describendi facere: vel in libello complecti et dare: vel dictare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstret quod dictaturus est vel id dicendo, quo uti velit. Ulp. l. 1 pr., § 1 D. de ed. (II, 13).

Reeds ten tijde van Cicero volgt men in de practijk een korteren weg: het *vadimonium* en de *editio actionis* worden buiten rechte verricht, zoodat men de eerste verschijning voor den praetor bespaart.

In lateren tijd wordt het proces ingeleid door de *litis denuntiatio*, eene buitengerechtelijke, schriftelijke of mondelinge, in tegenwoordigheid van getuigen verrichte aankondiging van den strijd met mededeeling van het onderwerp van den eisch; daaruit vloeit voor den gedaagde de verplichting voort om op een bepaald aangewezen dag voor den magistraat te verschijnen.

In jure dragen partijen hunne wederzijdsche beweringen voor. Voor al hetgeen zij in den loop der instructie verlangen, nemen zij zelf het initiatief en doen aan den magistraat de noodige voorstellen (*postulare*).

De praetor kan reeds dadelijk, om verschillende redenen, den eisch als ongegrond afwijzen (*actionem denegare*). Anderzijds is het mogelijk, dat de vordering onmiddellijk wordt toegewezen, nam. indien de gedaagde de beweringen des eischers erkent (*confessus pro judicato est*, zie hieronder § 113). Over de opdracht van den beslissenden eed, zie hieronder § 114, n^o. 3.

De eischer kan den gedaagde ondervragen (*interrogatio in jure*) over zekere punten, die dezen persoonlijk betreffen en behooren tot de zogenoemde passieve legitimatie, bijv. of gedaagde erfgenaam is en voor welk aandeel; bij de *actio noxalis* (zie hieronder § 205), of hij den slaaf in zijne macht heeft; bij de *actio de pauperie* (zie hieronder § 205), of hij eigenaar is van het dier, enz. Weigert de gedaagde te antwoorden, of spreekt hij klaarblijkelijk onwaarheid, dan wordt die toestand aanwezig geacht, die voor hem het nadeeligste zou zijn. Neemt de eischer het antwoord van den gedaagde aan, dan wordt dit, op zijn verzoek, als vaststaande in de formule opgenomen. In lateren tijd behoeft op zulke vragen eerst bij den *judex* te worden geantwoord.

Totiens heres in jure interrogandus est, qua ex parte heres sit, quotiens adversus eum actio instituitur et dubitat actor, qua ex parte is, cum quo agere velit, heres sit. Est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio et ita, si certum petetur, ne, dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres exstiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat. — Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur ante iudicium de suo jure aliquid respondere, ideoque minus frequentantur et in desuetudinem abierunt . . . Callistr. l. 1 D. de interrog. (XI, 1).

Behalve de inrichting der formule kunnen bij den magistraat nog allerlei bijvragen aanleiding geven tot debat, bijv. vragen betreffende de bevoegdheid van den magistraat, het bedrag van het *vadimonium*, de toelating van vertegenwoordigers der partijen, den samenhang der zaak met andere, het stellen van zekerheid, enz.

Worden de partijen het niet eens, dan verzoeken zij den magistraat, een rechter te benoemen; de procedure *in jure* wordt besloten door de *litis contestatio* (zie hieronder § 112).

In judicio vangt de behandeling oudtijds aan met een kort overzicht (~~*causae conjectio*~~), later met eene uitvoerige uiteenzetting van de beweringen der partijen door hen zelf of hunne vertegenwoordigers (*peroratio*, *continua oratio*), zoowel wat betreft de feiten als het rechtspunt. Daarop volgt de bewijsvoering (*probatio*) en ten slotte de *altercatio*, een resumé met korte vragen en antwoorden over de hoofdpunten. Het vonnis (zie hieronder § 115) wordt dadelijk uitgesproken of de behandeling tot later verdaagd (*ampliatio*).

Den gedaagde, die zonder grond den eisch bestrijdt, treffen verschillende nadeelen (Inst. Lib. 4, Tit. 16: de poena temere litigantium). In sommige gevallen, bijv. bij de *actio legis Aquiliae* (zie hieronder § 199), bij de *actio judicati* (zie § 115), wordt hij tot het dubbele veroordeeld: *lis infitiando crescit in duplum*. In andere gevallen, bijv. bij de interdicten, kan de eischer vorderen, dat de gedaagde eene straf belooft, voor het geval dat hij op de hoofdzaak wordt veroordeeld (*sponsio poenalis*). Sommige veroordeelingen slepen eerloosheid na zich (zie hieronder § 107, n^o. 19). Waar noch het een noch het ander geschiedt, kan de eischer van den gedaagde den eed vragen, dat hij niet, van zijn onrecht bewust, den eisch bestrijdt (*jusjurandum calumniae*).

Omgekeerd kan de gedaagde van den eischer, waar deze eene *sponsio poenalis* mag verlangen, eene *restipulatio* vorderen, waaruit hij kan ageeren, indien hij wordt vrijgesproken. In andere gevallen kan de gedaagde van den eischer het *jusjurandum calumniae* vragen.

..... adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si judicati aut depensi aut damni injuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur; ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidia. — Quodsi neque sponsonis neque dupli actionis periculum ei cum quo agitur injungatur, ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor jusjurandum exigere *non calumniae causa infitias ire*.... — Actoris quoque calumnia coercetur modo calumniae judicio, modo contrario, modo jurejurando, modo restipulatione. — Et quidem calumniae judicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimae partis, praeterquam quod adversus adsertorem tertiae partis est. — Liberum est autem ei cum quo agitur, aut calumniae judicium opponere aut jusjurandum exigere, *non calumniae causa agere*. Gajus, Inst. IV §§ 171, 172, 174—176.

Qui familiae erescundae et communi dividendo et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei et ideo jurare debent *non calumniae causa litem intendere et non calumniae causa ad infitias ire*. Paul. l. 44 § 4 D. fam. erc. (X, 2).

Vordert de eischer te veel — plus autem quattuor modis petitur: re, tempore, loco, causa — dan verliest hij oudtijds zijn proces (*causa cadit*), terwijl de herhaling van dezelfde vordering kan worden belet door de *exceptio rei in iudicium deductae* (zie hieronder § 112). Door Keizer Zeno worden aan de *pluris petitio* minder strenge gevolgen verbonden, zie § 33 I. de act. (IV, 6).

§ 105. DE PROCEDURE VAN DEN LATEREN KEIZERTIJD.

Gelijk reeds (hierboven § 99 a. h. e. en § 102) is opgemerkt, verviel ten tijde van Diocletianus de scheiding der procedure in tweeën (*jus* en *iudicium*), ook voor die gevallen, waarin bij wijze van uitzondering de behandeling der zaak aan een *judex pedaneus* werd overgedragen.

Placet nobis praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos iudices dabant, notionis suae examen adhibere, ita tamen ut, si vel per occupationes publicas vel propter causarum multitudinem omnia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere, iudices dandi habeant potestatem. — Quod non ita accipi convenit, ut etiam in his causis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi iudices licentia permessa credatur. Quod usque adeo in praesidium cognitione retinendum est, ut eorum iudicia non deminuta videantur, dum tamen de ingenuitate, super qua poterant et ante cognoscere, et de libertinitate praesides ipsi dijudicent. Diocl. et Maxim. l. 2 C. de ped. jud. (III, 3).

Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes eunctorum actibus radicitus amputentur. Constant. et Constans l. 1 C. de form. (II, 57).

Nulli prorsus non impetratae actionis in majore in minore iudicio agenti opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit. Theod. et Valent. l. 2 C. eod.

In het Justiniaansche recht wordt het proces ingeleid door indiening bij den rechter van een door den eischer onderteekend geschrift (*libellus conventionis*), inhoudende eene korte aanwijzing van de gronden en de strekking der actie. Wanneer de rechter de actie toelaat, beveelt hij bij *interlocutio* de beteekening aan en oproeping van den gedaagde (*communitio, citatio*) door een deurwaarder (*viator, executor litis*). De gedaagde heeft tusschen de oproeping en de eerste verschijning twintig dagen tijd, maar moet zekerheid stellen, dat hij alsdan in rechte zal opkomen. De regels, die vroeger golden ten aanzien van de *in jus vocatio* en de *editio actionis*, worden nu overgebracht op het *libellus conventionis* en de *citatio*.

Bij de eerste verschijning (*cognitio*) moet de eischer zijn eisch volledig voordragen (*narratio*) en de gedaagde zich daarover uitlaten (*responsio, contradictio*). Dit wordt nu beschouwd als de *litis contestatio* (zie hieronder § 112). Daarna wordt de zaak van weerskanten besproken en verder behandeld, zonder bepaalden vorm of volgorde, alles naar gelang van omstandigheden en onder leiding van den rechter.

Het bewijs wordt in de door den aard der zaak aangewezen orde gevoerd. Vóór alles komen de processuëele excepties, bijv. die van onbevoegdheid des rechters, ter sprake. De peremptoire en de dilatoire, die

met des eischers recht in verband staan (bijv. de *exceptio ne intra certum tempus petatur*), worden eerst dan behandeld, als de eischer zijne vordering heeft bewezen, maar zij worden in iederen stand van het geding tot aan het eindvonnis toegelaten, terwijl de rechter de partijen telkens moet aanmanen om alles wat ter zake dienende is bij te brengen, waarvoor zij het noodige uitstel kunnen krijgen (*delatio instrumentorum causa*). De veroordeeling behoeft niet meer altijd in geld te worden uitgesproken, maar moet zooveel mogelijk betrekking hebben tot eene bepaalde som of zaak.

Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit quod adseverat, oportet. Diocl. et Maxim. l. 19 C. de probat. (IV, 19).

Cum nondum finitam sententia causam, sed dilatam adlegitis, non est dubium omnes integras defensiones vobis esse. Alex. l. 4 C. de except. (VIII, 35).

Peremptorias exceptiones omissas initio, antequam sententia feratur, opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat. Diocl. et Maxim. l. 2 pr. C. sent. resc. (VII, 50).

Judices oportet imprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere et tunc utramque partem saepius interrogare, ne quid novi addere desiderent, cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sive definienda causa per judicem sive ad majorem potestatem referenda sit. Constant. l. 9 C. de jud. (III, 1).

Curare autem debet judex, ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiam si de incerta quantitate apud eum actum est. § 32 I. de act. (IV, 6).

§ 106. ACTIES. BEGRIP EN GROND.

Het woord *actie* komt in tweeërlei hoofdbeteekenis voor: eene formeele en eene materiële.

In formeelen zin wordt het meer of minder ruim opgevat. Bij voorkeur heet actie het rechtsmiddel, waardoor men tegen een bepaald persoon de rechterlijke tusschenkomst inroept, ter handhaving van zijn gekrenkte recht en opheffing van het gepleegde onrecht: *rechtsvordering*.

Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est. Ulp. l. 1 D. de except. (XXXXIV, 1).

„Actionis” verbo non continetur exceptio. Paul. l. 8 § 1 D. de V. S. (L, 16).

Actionis verbo continetur in rem, in personam: directa, utilis: praejudicium, sicut ait Pomponius: stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt. Interdicta quoque actionis verbo continentur. Ulp. l. 37 pr. D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

Actio in personam infertur: petitio in rem: persecutio in rem vel in personam rei persecuendae gratia. Papin. l. 28 D. eod.

„Actionis” verbum et speciale est et generale. Nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio: sed plerumque „actiones” personales solemus dicere. „Petitionis” autem verbo in rem actiones significari videntur. „Persecutionis” verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent juris ordinarii executionem. Ulp. l. 178 § 2 D. de V. S. (L, 16).

In materiëelen zin verstaat men onder actie het recht van vorderen, *vorderingsrecht*, de bevoegdheid om een ander door eene rechterlijke uitspraak tot feitelijke erkenning van het recht te dwingen.

Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeatur, iudicio persequendi. Cels. l. 51 D. de O. et A. (XXXIV, 7).

Superest, ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi iudicio quod sibi debetur. pr. l. de act. (IV, 6).

De vervolgbaarheid is eene natuurlijke, regelmatige eigenschap van elk recht; het is niet een afzonderlijk, op zich zelf staand recht, ook geen aanhangsel, maar veeleer een bestanddeel van het aangevallen recht, „het recht op voet van oorlog.” Waar het recht de eigenschap der vervolgbaarheid mist, zooals bij de natuurlijke verbintenis (zie hieronder § 179) het geval is, daar is het grootendeels weerloos en verlamd.

Het recht, waarop de actie steunt, waarvan zij een bestanddeel is, tot welks handhaving zij dient, noemt men den grond der actie. Zoo is het eigendomsrecht de grond der *rei vindicatio* en der *actio negatoria*; het recht van servituut is de grond der *actio confessoria*; het pandrecht is de grond der *actio hypothecaria*; het recht van erfgenaamschap is de grond der *hereditatis petitio*; de verbintenis uit de koopovereenkomst is de grond der *actiones empti et venditi*, enz.

Zoodra het recht bestaat, is ook de actie, de bevoegdheid om de rechtsvordering in te stellen, potentiëel aanwezig; maar daaruit volgt nog niet, dat het recht reeds rijp is voor eene gerechtelijke vervolging, dat eene concrete actie kan worden ingesteld. In vele gevallen is te gelijk met het ontstaan van het in het algemeen vervolgbaar recht ook de concrete actie geboren (*actio nata est, actio competit*); in andere gevallen moeten er nog omstandigheden bijkomen, vóórdát het abstracte eventueele vorderingsrecht overgaat in eene werkelijk bestaande concrete rechtsvordering.

De persoonlijke actie, gegrond op eene verbintenis om te geven of te doen, is geboren, zoodra de verbintenis als werkelijk bestaande kan worden aangemerkt, zonder dat eene aanmaning door den schuldeischer, eene weigering van den schuldenaar, verzuim of eenige andere rechtskrenking vereischt wordt. Wèl zal in den regel de rechtskrenking de aanleiding zijn om de actie in te stellen, doch zij is niet de onmisbare voorwaarde voor het ontstaan daarvan. Zoolang de verbintenis, ten gevolge van een nog niet verschenen termijn, eene nog niet vervulde opschortende voorwaarde of wegens andere omstandigheden, niet volkomen bestaat, is de actie nog niet geboren. Zoo is bij verbintenissen uit overeenkomst in den regel de actie geboren, zoodra de overeenkomst is gesloten; bij verbintenissen uit ongeoorloofde handeling, zoodra die handeling is gepleegd; de actie ter zake van voogdij, als de voogdij is geëindigd; de actie tot terugvordering van het pand, als de schuld is voldaan.

Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio.... Ulp. l. 9 § 3 D. de pign. act. (XIII, 7).

Is de verbintenis op een niet-doen gericht, dan is de actie geboren, zoodra de verbodene handeling is gepleegd.

De onpersoonlijke actie wordt niet geboren te gelijk met het ont-

staan van het recht, waarvan zij een bestanddeel is, maar eerst op het oogenblik waarop, door de krenking van het absolute recht, eene ten aanzien van een bepaald persoon vervolgbare aanspraak is ontstaan. Zoo is de revindicatie eerst voor mij geboren, wanneer iemand de mij toebehoorende zaak bezit; de *actio confessoria* eerst, wanneer iemand mij in de uitoefening van mijn servituut belemmert; de *hereditatis petitio* eerst, wanneer iemand goederen der nalatenschap als erfgenaam of zonder titel bezit.

Niemand wordt tot het instellen eener actie gedwongen. Men kan ze instellen, zoodra ze geboren is; men behoudt die bevoegdheid, zoolang zij niet door verjaring of om eene andere reden verloren gaat (zie hieronder §§ 108—110).

§ 107. VERDEELINGEN DER ACTIES.
(Inst. Lib. 4, Tit. 6: de actionibus).

1°. Met het oog op haren grond worden de acties onderscheiden in *onpersoonlijke* en *persoonlijke*.

Onpersoonlijke rechtsvorderingen (*actiones in rem, petitiones, vindicationes*) zijn die, welke voortspruiten uit en strekken tot handhaving van een absoluut recht, d. i. van een recht, dat een zelfstandig bestaan heeft, zonder betrekking tot een bepaald persoon (zie hierboven § 7).

Persoonlijke rechtsvorderingen (*actiones in personam, actiones, conditiones*) spruiten voort uit relatieve rechten; tegenover het recht staat daar de positieve verplichting van dengene, die aan den rechthebbende verbonden is.

Bij de persoonlijke rechtsvordering is de persoon, tegen wien zij zal kunnen worden ingesteld, bepaald aangewezen, zoodra het recht is ontstaan; bij de onpersoonlijke rechtsvordering wordt de tegenpartij eerst aangewezen met en door de schennis van het recht: iedereen kan in de termen vallen om te worden aangesproken. De uitdrukking *actio in rem* beteekent geenszins, dat door de onpersoonlijke actie steeds eene zaak zou worden opgeëischt; dit is niet het geval; die woorden duiden alleen de algemeene, onpersoonlijke strekking aan.

Het onderscheid tusschen persoonlijke en onpersoonlijke rechtsvorderingen openbaart zich duidelijk in de Romeinsche formule.

Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quaque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam. Namque agit unusquisque aut eum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae actiones in personam sunt, per quas intendit adversarium ei dare aut dare facere oportere et aliis quibusdam modis: aut eum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. Quo casu proditae actiones in rem sunt. Veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est. — Appellamus autem in rem quidem actiones vindicationes: in personam vero actiones, quibus dare facere oportere intenditur, conditiones. Condiocere enim est denunciare prisca lingua: nunc vero abusive dicimus

ondictionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere: nulla enim hoc tempore eo nomine denunciatio fit. § 1, § 15 l. de act. (IV, 6).

In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus *dare facere praestare oportere*. — In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive; aut cum actio ex diverso adversario est negativa. — Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus *dari fieri oportere* intendimus, condictiones. Gajus, Inst. IV § 2, § 3, § 5.

Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae conditio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet. Ulp. l. 25 pr. D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis cum quo actio constituitur, intenditur dominum *dare oportere*, condemnatio autem in ejus personam convertitur qui iudicium accipit; sed cum in rem agitur, nihil in intentione facit ejus persona cum quo agitur, sive suo nomine sive alieno aliquis iudicio interveniat; tantum enim intenditur *rem actoris esse*. Gajus, Inst. IV § 87.

Onpersoonlijke acties zijn: *rei vindicatio*, *actio negatoria*, *actio Publiciana*, *actio confessoria*, *actio hypothecaria*, *hereditatis petitio*, *vindicatio filii*, de vorderingen tot handhaving van den staat der personen (zie ook hieronder, n^o. 12). Het aantal persoonlijke rechtsvorderingen is onbepaald; daar zijn er evenveel, als er verbintenissen zijn.

Het onderscheid tusschen onpersoonlijke en persoonlijke acties komt verder uit o. a. in de volgende punten:

a. de persoonlijke rechtsvordering is geboren, zoodra het relatieve recht volkomen is gevestigd; de onpersoonlijke rechtsvordering is eerst geboren, wanneer iemand het absolute recht schendt (zie hierboven § 106).

b. De onpersoonlijke rechtsvordering wordt — tenzij de eischer geageerd heeft met bijzondere aanduiding van den grondslag van zijn recht — bij afwijzing voor altijd afgesneden met de exceptie van gewijsde zaak, al wil de eischer later ook zijn recht steunen op een anderen grond van ontstaan; de persoonlijke actie daarentegen kan niet worden losgemaakt van haren grondslag, zoodat men eene nieuwe vordering kan instellen, als men zich maar op een ander verbindend feit beroept. De absolute rechten toch zijn onafhankelijk van de wijze, waarop ze zijn ontstaan, zoodat een verschil daarin het recht en de actie niet van natuur doet veranderen, terwijl de relatieve rechten hunne individualiteit ontleenen aan de wijze van hun ontstaan.

Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. Paul. l. 14 § 2 D. de exc. rei jud. (XXXXIV, 2).

Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meam esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. — Si quis autem petat fundum suum

esse eo, quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat causa adjecta, non debet summoverti exceptione. — Itaque acquisitum quidem postea dominium aliam causam facit. Mutata autem opinio petitoris non facit. Ut puta opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere: mutavit opinionem et coepit putare ex causa donationis: haec res non parit petitionem novam: nam quaecumque et undecumque dominium acquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit. Ulp. l. 11 § 1, § 2, § 5 D. eod.

e. Volgens sommigen bestaat er dit verschil, dat als de persoonlijke rechtsvordering bij rechterlijk vonnis is afgewezen of als ze is verjaard, het recht geheel zou zijn verloren, zoodanig dat er geene natuurlijke verbintenis zou overblijven; de afwijzing of verjaring der onpersoonlijke vordering daarentegen heeft enkel het verlies der actie ten gevolge, terwijl overigens het recht blijft bestaan (zie hieronder § 110 en § 115).

Er zijn persoonlijke rechtsvorderingen, die met de onpersoonlijke ééne eigenschap gemeen hebben, namelijk dat zij niet worden ingesteld tegen een van den aanvang af aangewezen persoon, maar tegen dengene die in bepaalde omstandigheden verkeert, die, hetzij door het bezit van eene zaak of door genoten voordeel, in staat en verplicht is des eischers aanspraak te bevredigen. Tot deze zoogenaamde *actiones in rem scriptae* behooren bijv. de *actio quod metus causa* (zie hierboven § 81), de *actiones noxales* (zie hieronder § 205, n^r. 1). Op een relatief recht steunende, moeten zij niettemin als persoonlijke vorderingen beschouwd worden.

Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est: non inmerito Julianus a Marcello notatus est scribens, si fidejussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem, sed fidejussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius, quod Marcellus notat: etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta. Ulp. l. 9 § 8 D. quod met. c. (IV, 2).

In de Instituten worden eenige acties als gemengde aangeduid — „quaedam actiones mixtam causam optinere videntur, tam in rem quam in personam” (§ 20 I. de act., IV, 6) — namelijk: *actio communi dividundo*, *actio familiae erciscundae*, *actio finium regundorum*. En de *hereditatis petitio* wordt in l. 7 C. de pet. her. (III, 31) eene *mixta personalis actio* genoemd. Intusschen is het niet mogelijk, dat een recht te gelijk absoluut en relatief, derhalve evenmin dat eene actie te gelijk persoonlijk en onpersoonlijk zou zijn. Het „gemengde” kan dus nooit slaan op den grond der actie; het kan alleen betrekking hebben op een enkel rechtsgevolg.

De drie deelingsacties zijn, wat hun grondslag aangaat, persoonlijk (zie hieronder § 202 en de daar aangehaalde plaatsen); zij steunen op eene door gemeenschap of nabuurschap ontstane verhouding tusschen bepaalde personen (deelgenooten of bureu). Wij kunnen ze alleen richten tegen hen, die door overeenkomst of op andere wijze in dergelijke gemeenschap met ons zijn gekomen. Doch ze hebben in zooverre iets eigenaardigs, dat de rechter hier niet alleen veroordeelt tot persoonlijke

praestaties, ter zake van gemaakte kosten, toegebracht nadeel, genoten voordeel, overbedeeling, enz., maar dat hij tevens door de toewijzing (*adjudicatio*, zie hieronder § 150) absolute rechten kan toekennen.

Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est. Paul. l. 1 D. fin. regund. (X, 1).

De *hereditatis petitio* daarentegen is eene onpersoonlijke rechtsvordering; zij steunt op het absolute recht van erfgenaamschap; de tegenstander is hier niet van den aanvang af aangewezen, maar is ieder die, als erfgenaam of zonder titel, eenig voorwerp van de nalatenschap bezit. Wellicht wordt zij daarom „gemengd” genoemd, omdat zij ook kan worden ingesteld tegen den schuldenaar van den boedel, die zich als erfgenaam voordoet (*juris possessor*), om van hem de voldoening eener persoonlijke verbintenis te verkrijgen.

Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, ut puta eorum quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum. Ulp. l. 25 § 18 D. de H. P. (V, 3).

Item a debitore hereditario quasi a juris possessore: nam et a juris possessoribus posse hereditatem peti constat. Ulp. l. 13 § 15 D. eod.

Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicit heredem, sed ideo quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione. Ulp. l. 42 D. eod.

2^o. Met het oog op haar voorwerp worden de rechtsvorderingen onderscheiden in *actiones rei persecutendae gratia comparatae*, *poenae persecutendae gratia comparatae* en *mixtae*. De eerste, zoogenaamde *actiones rei persecutoriae*, dienen om het vermogen van den eischer te brengen in den toestand, waarin het zonder de gepleegde rechtsschennis zou geweest zijn. Van dien aard zijn alle onpersoonlijke vorderingen en bijna alle persoonlijke, die uit overeenkomst of daarop gelijkende bronnen voortspruiten. De strafvorderingen hebben ten doel om den gedaagde te doen veroordeelen tot eene straf, waardoor hij armer en de eischer in dezelfde mate rijker wordt. De gemengde acties strekken te gelijker tijd ter opheffing van een geleden nadeel en ter veroordeeling tot eene straf (bijv. *actio vi bonorum raptorum*, zie hieronder § 198, en *actio legis Aquiliae*, zie § 199). Verg. nog hieronder § 196. Wanneer de actie den gedaagde armer maakt, zonder den eischer te verrijken, dan noemt men ze wel eenzijdige strafactie: zoo bijv. de *actio doli*, zie hieronder § 201, nr. 2. Hare strekking is, den eischer schadeloos te stellen; van het standpunt van den gedaagde, die wellicht niet is verrijkt, kan men ze als eene strafactie beschouwen: „*pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari*” (l. 7 D. de al. jud. mut. c., IV, 7).

De hier besprokene onderscheiding komt vooral te pas bij de vraag van den overgang der acties tegen de erfgenamen (zie hieronder § 108).

Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam. — Rem tantum persequimur velut actionibus, quibus ex contractu agimus. — Poenam tantum persequimur velut actione furti et injuriarum

et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum; nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit. — Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem judicati, depensi, damni injuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt. Gajus, Inst. IV §§ 6—9.

De acties tot schadeloosstelling loopen alle over het enkele bedrag der schade (*actio in simplum concepta*); de straf- en de gemengde vorderingen kunnen een meervoudig bedrag (bijv. het viervoud van het toegebrachte nadeel) tot voorwerp hebben. Dat grootere bedrag is òf van den aanvang af verschuldigd, zooals bij de acties wegens diefstal of roof, òf het wordt eerst verschuldigd ten gevolge van latere omstandigheden, bijv. doordat de gedaagde het tot eene veroordeeling laat komen (zoo bij de *actio quod metus causa*, zie hierboven § 81), of doordat hij in het proces ontkent (zoo bij de actie volgens de Lex Aquilia, zie hieronder § 199).

3^o. *Actiones civiles* zijn de zoodanige, die steunen op het civiele recht; *honorariae* die, welke door den praetor, *aedilitiae* die, welke door de aedilen (zie hieronder § 190, III, bl. 86) zijn ingevoerd. Vroeger was deze onderscheiding van belang voor den duur der actie, zie hieronder n^o. 17.

Omnes autem actiones aut civiles dicuntur aut honorariae. Ulp. l. 25 § 2 D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

Hoc verbum „debit” omnem omnino actionem comprehendere intellegitur, sive civilis sive honoraria sive fideicommissi fuit persecutio. Ulp. l. 178 § 3 D. de V. S. (L, 16).

4^o. *Actio directa*, in tegenstelling van *actio noxalis*, is de actie, die onmiddellijk gericht is tegen den schuldenaar zelf, terwijl de *actio noxalis* steunt op de secundaire aansprakelijkheid van den vader of den meester voor de schade, door zoon of slaaf toegebracht (zie hieronder § 205, n^o. 1).

5^o. *Actio directa*, in tegenstelling van *actio contraria*, is de hoofdvordering, welke voortspruit uit eene tusschen partijen bestaande rechtsbetrekking, overeenkomst of daaraan verwant rechtsfeit; zij strekt tot nakoming van eene naar den aard dier verhouding aanwezige verplichting. De *actio contraria* is de zoodanige, die niet noodzakelijk uit de bestaande rechtsbetrekking voortvloeit, maar haar ontstaan te danken heeft aan eene latere toevallige, met haar in verband staande gebeurtenis. Zij heeft altijd ten doel, iemand schadeloos te houden; zij komt voor bij bruikleen, bewaargeving, pandovereenkomst, lastgeving, waarneming van zaken, voogdijbeheer. Verg. ook hieronder § 182, III, bl. 40.

Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae. Paul. l. 17 § 1 D. commod. (XIII, 6).

Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest saluum habere jure pensationis. Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem. Gajus l. 18 § 4 D. eod.

Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito. Nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi. Ulp. l. 6 § 7 D. de his qui not. (III, 2).

6°. *Actio directa*, in tegenstelling van *actio utilis*, is de actie, gelijk zij oorspronkelijk door het civiele recht of door den praetor is toegekend. *Actio utilis* is de actie, die, bij analogie, naar het voorbeeld der moederactie, is ingevoerd om eene leemte in het recht aan te vullen (zie hierboven § 26 a. h. e., en als voorbeelden hieronder § 199, III, bl. 132, en § 207, III, bl. 166). Dikwijls, niet altijd, geschiedt die uitbreiding door middel eener fictie (zie hierboven § 103): alle *actiones fictitiae* zijn *utiles*, maar niet omgekeerd.

Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est. Ulp. l. 21 D. de praeser. verb. (XIX, 5).

Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec supertitas supervacua est, maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est eundemque habet effectum. Paul. l. 46 § 1 D. de negot. gest. (III, 5).

7°. *Actio vulgaris*, in tegenstelling van *actio in factum*, is de actie, die onder een algemeen bekenden naam eens voor al door het civiele recht of door den praetor wordt gegeven; *actio in factum* is de zoodanige actie, welke in ieder bijzonder geval, naar gelang der omstandigheden, door den magistraat wordt verleend. De *actio in factum* is of *civilis*, wanneer zij is gegrond op het civiele recht, of *honoraria*, wanneer zij steunt op de rechtsmacht des praetors. Het eerste komt voor, waar het geldt eene betrekking, die in het civiele recht nog niet van een technischen naam is voorzien; de praetor kan dan niet in de *demonstratio* het gebeurde door één woord of naam aanduiden, maar moet het voorvallene telkens in het breede omschrijven, zie hieronder § 194, III, bl. 111 en de daar aangehaalde plaatsen. De meeste *actiones in factum* zijn *honorariae*.

Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam. Papin. l. 1 pr. D. de praeser. verb. (XIX, 5).

Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas ejus legis exigit. Pomp. l. 11 D. eod.

8°. De onderscheiding tusschen *actiones in jus conceptae* en *actiones in factum conceptae* hangt samen met het formulierenproces (zie hierboven § 103). De *actio* is *in jus concepta*, wanneer des eischers aanspraak (*intentio*) wordt gegrond op het civiele recht; zij is *in factum concepta*, wanneer de veroordeeling wordt vastgeknoopt niet aan een door de civiele wet erkend recht, maar aan bepaald aangegeven feiten, waaraan de praetor, op zijne verantwoordelijkheid, dat gevolg verbindt. Als voorbeeld

der *actio in factum concepta* diene de *actio Serviana* (zie hieronder § 171). Bij de rechtsoverdrachten, die op het civiele recht steunen, is altijd eene *formula in jus concepta* mogelijk; evenwel komt soms daarnaast eene *formula in factum concepta* voor. De praetorische actie is — voor zover niet de praetor, met behulp eener fictie, de civiele rechtsoverdracht met hare *formula in jus concepta* voor zijne doeleinden benuttigt — *in factum concepta*: immers de praetor geeft eene actie, juist omdat in zulk een geval het civiele recht in den steek laat.

Deze onderscheiding is verwant aan, doch niet identiek met die onder nr. 7. Zoo is de *actio praescriptis verbis* (zie hieronder § 194) eene *actio in factum* in den zin van nr. 7: de rechtsoverdracht, waarop zij steunt, mist een technischen naam. Doch zij is te gelijker tijd gegrond in het civiele recht.

Sed eas quidem formulas, in quibus de jure quaeritur, in jus conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex jure Quiritium aut nobis dari oportere aut pro fure damnatum decidi oportere; in quibus juris civilis intentio est. — Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur: qualis est formula, qua titulus patronus contra libertum qui eum contra edictum praetoris in jus vocavit; nam in ea ita est *Recuperatores sunt. Si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in jus vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestertium X milia condemnate. Si non paret, absolvite*. Ceterae quoque formulae, quae sub titulo *de in jus vocando* propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum, qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit; item contra eum, qui vi exemerit eum qui in jus vocatur; et denique innumerabiles ejus modi aliae formulae in albo proponuntur. — Sed ex quibusdam causis praetor et in jus et in factum conceptas formulae proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula, quae ita concepta est *Judex esto. Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, ejus judex N. Negidium A. Agerio condemnato, nisi restituat. Si non paret, absolvite*, in jus concepta est. At illa formula, quae ita concepta est *Judex esto. Si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidium A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N. Negidium A. Agerio condemnato. Si non paret, absolvite*, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt. Gajus, Inst. IV §§ 45—47.

9°. Naar aanleiding van de grootere of kleinere vrijheid van beoordeeling, die den rechter wordt overgelaten, onderscheidt men de acties in *actiones stricti juris* en *actiones bonae fidei*, eene onderscheiding, welke samenhangt met de oude indeeling in *judicia* en *arbitria* (zie hierboven § 99).

Nam quanti verba illa: „uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem!” Quam illa aurea: „ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione!” Sed, qui sint boni et quid sit bene agere, magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, Pontifex Maximus, summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur „ex fide bona”: fideique bonae nomen, existimabat, manere latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in his magni esse iudicis, statuere (praesertim,

cum in plerisque essent judicia contraria), quid quemque cuique praestare oporteret. Cic., de off., III, 17 § 70.

Sunt autem bonae fidei judicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae, comodati, pigneraticium, familiae erciscundae, communi dividundo. Gajus, Inst. IV § 62.

Bij de *actiones stricti juris* (*condictiones*) is de rechter gebonden aan de grenzen, die de magistraat hem in de woorden der formule stelt. Hij heeft geene speelruimte, maar moet eenvoudig een ja of neen uitspreken over de hem voorgelegde vraag. Bij de *actiones bonae fidei* daarentegen heeft de rechter, krachtens de in de formule voorkomende woorden „ex fide bona”, acht te geven op alle omstandigheden, al zijn deze niet speciaal in de formule opgenomen. Hij moet rekening houden met al hetgeen kan strekken om de wederkeerige rechtsbetrekkingen der partijen in haren geheel omvang naar billijkheid en goede trouw te beoordeelen (zie bijv. hierboven § 80 en § 81 en hieronder § 183, III, bl. 45).

Deze onderscheiding, welke zich in de *formula* openbaart, maar grond is in den aard der rechtsbetrekking, slaat alleen op de acties, naar het civiele recht uit overeenkomst of daarmede verwante feiten ontstaande. Zij is niet van toepassing op de onpersoonlijke acties, noch op de praetorische, en evenmin op de rechtsvorderingen uit onrechtmatige daad; intusschen worden de beide eerste op de wijze der *actiones bonae fidei*, de laatstgenoemde als *actiones stricti juris* behandeld.

Quia tantundem in bonae fidei judiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio. Paul. l. 6 D. de negot. gest. (III, 5).

Quia adsidua est duplae stipulatio, ideoque placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire. Ulp. l. 31 § 20 D. de aed. ed. (XXI, 1).

Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem..... Julian. l. 84 § 5 D. de legat. I. (XXX).

Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fidejussorem acceperit vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Julianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fidejussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fidejussorem liberari. Item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque juris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit. Paul. l. 3 D. de resc. vend. (XVIII, 5).

10°. *Actiones arbitrarie*. In het formulierenproces wordt elke veroordeeling in geld uitgesproken (zie hierboven § 103), ook al betreft de eisch de levering, uitkeering of vertooning van eene bepaalde zaak. Ten einde nu langs een omweg het eigenlijke oogmerk der vordering te verwezenlijken, geeft de rechter bij alle onpersoonlijke en bij sommige persoonlijke acties, in geval hij des eischers aanspraak gegrond acht, alvorens een definitief vonnis te vellen, eene voorloopige uitspraak (*promentiatio*), een raad aan den gedaagde om het verlangen des eischers

te bevredigen door de zaak zelve te restitueeren, te vertoonen, enz. Deze bevoegdheid des rechters wordt in de formule uitgedrukt door de woorden: *condemna, nisi ea res arbitrato tuo restituetur*, of dergelijke; de acties, waarbij zij voorkomt, heeten *actiones arbitrarie* (zie bijv. hierboven § 81 en hieronder § 155).

Wordt aan de voorloopige uitspraak voldaan, dan komt er geene eindveroordeeling te pas: er moet integendeel vrijspraak plaats hebben; wordt daaraan door den gedaagde niet voldaan, dan volgt de veroordeeling, maar dan ook tot eene hoogere som, naar 's rechters oordeel te bepalen (zie hierboven § 69).

Haec autem actio cum arbitraria sit, habet reus licentiam usque ad sententiam ab arbitro datam restitutionem, secundum quod supra diximus, rei facere: quod si non fecerit, jure meritoque quadrupli condemnationem patietur. Ulp. l. 14 § 4 D. quod met. c. (IV, 2).

11^o. De *actiones* zijn *ordinariae* of *extraordinariae*, met het oog op het verschil in de wijze van rechtspleging (zie hierboven § 102 a. h. begin).

Tot de *extraordinariae* behoorden de interdicten (Inst. Lib. 4, Tit. 15: de interdictis). Oudtijds waren dit bevelen, welke de praetor op verzoek van een der partijen uitvaardigde. Daarbij gebod of verbood hij iets, en wel voorwaardelijk, namelijk voor het geval dat des eischers bewering juist was. Zulk een bevel was nog geene actie, maar diende tot inleiding en grondslag van een later te voeren proces. Men ging eerst over tot een geding, wanneer aan des praetors bevel niet werd voldaan. Den weerspannige, die weigerde aan dit bevel te gehoorzamen en het op een rechtsstrijd liet aankomen, dreigden processuële nadeelen voor het geval hij het geding verloor. Daarom lag in de interdicten een prikkel om het gepleegde onrecht liever dadelijk te herstellen, en waren zij bij uitstek geschikt in die gevallen, waarin een recht feitelijk werd geschonden, zonder dat de aanrander juist overtuigd was van zijn beter recht, met name bij stoornis in het bezit (zie hieronder § 159).

In het Justiniaansche recht zijn de interdicten gewone acties geworden, waaraan geen magistraatsverbod voorafgaat en waarop geene straf volgt.

Superest ut de interdictis dispiciamus. — Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit. Quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur. Et in summa aut jubet aliquid fieri aut fieri prohibet. Formulae autem et verborum conceptiones quibus in ea re utitur, interdicta . . . decretaque. — Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid jubet, veluti cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur; interdicta vero, cum prohibet fieri, veluti cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat. Unde omnia interdicta aut restitutoria aut exhibitoria aut prohibitoria vocantur. — Nec tamen cum quid jusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad judicem recuperatoresve itur et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri jusserit. Et modo cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, veluti cum per sponsionem agitur, sine poena, veluti cum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per

formulam agitur quae arbitraria vocatur. — Principalis igitur divisio in eo est, quod aut prohibitoria sunt interdicta aut restitutoria aut exhibitoria. Gajus, Inst. IV § 138—§ 142.

De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quotiens extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia, non est necesse reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. § 8 I. de interd. (IV, 15).

12^o. *Actiones praejudiciales* zijn rechtsvorderingen die, in afwijking van den gewonen regel, niet leiden tot eene veroordeeling van den gedaagde om iets te doen of niet te doen, maar enkel tot eene niet voor executie vatbare uitspraak, waarbij wordt beslist over het al of niet bestaan van een feit of van een recht, over het al of niet rechtmatige van een toestand of van eene betrekking. Zij strekken meestal om later, op grond van zoodanig voor-oordeel (*praejudicium*), aanspraken te kunnen doen gelden (zie bijv. hierboven § 46).

13^o. *Actiones privatae* en *populares*. De eerste dienen tot handhaving van bijzondere belangen; de laatstgenoemde kunnen door iederen burger, als vertegenwoordiger van het algemeen, worden ingesteld: zij strekken tot verzekering van voorschriften, ten openbaren nutte gegeven (zie bijv. hieronder § 201, nr. 4; § 204, nr. 2 en 3).

Si quis id, quod jurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruerit: datur in eum quingentorum aureorum iudicium, quod populare est. Ulp. l. 7 pr. D. de jurisd. (II, 1).

14^o. *Actiones simplices* en *duplices*. In den regel vervult in een geding een der partijen van den aanvang af de rol van eischer, de andere die van gedaagde (*iudicium simplex*). De eischer vraagt veroordeeling van den gedaagde; hij zelf kan niet tot eenige praestatie worden veroordeeld; hem kan alleen treffen afwijzing zijner vordering met veroordeeling in de proceskosten. In enkele gevallen echter — bij het oude eigendomsproces (zie hieronder § 155), bij de deelingsactiën (§ 202, IV) en bij sommige bezitsinterdicten (§ 159) — vervullen beide partijen de rol van eischer en verweerder (*iudicium duplex*): de aanspraken en verplichtingen zijn van weerskanten van gelijken inhoud. Formeel geldt diegene als eischer, die het eerst 's rechters tusschenkomst inroept (zie hierboven § 96).

Judicium communi dividundo, familiae erescundae, finium regundorum tale est, ut in eo singulae personae duplex jus habeant agentis et ejus quocum agitur. Julian. l. 10 D. fin. regund. (X, 1).

In familiae erescundae iudicio unusquisque heredum et rei et actoris partes sustinet. Ulp. l. 2 § 3 D. fam. erc. (X, 2).

In tribus duplicibus iudiciis familiae erescundae, communi dividundo, finium regundorum quaeritur, quis actor intellegatur, quia par causa omnium videtur: sed magis placuit eum videri actorem, qui ad iudicium provocasset. Gajus l. 2 § 1 D. comm. div. (X, 3).

Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, ut puta finium regundorum, familiae erescundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrobi. Ulp. l. 37 § 1 D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

Tertia divisio interdictorum in hoc est, quod aut simplicia sunt aut duplicia. — Simplicia sunt veluti in quibus alter actor, alter reus est, qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria; namque actor est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui, reus is est, a quo desideratur, ut exhibeat aut restituat. — Prohibitoriorum autem interdictorum alia duplicia, alia simplicia sunt. — Simplicia sunt veluti quibus prohibet praetor in loco sacro aut in flumine publico ripave ejus aliquid facere reum; nam actor est qui desiderat ne quid fiat, reus is qui aliquid facere conatur. — Duplicia sunt veluti *uti possidetis* interdictum et *utrubi*. Ideo autem duplicia vocantur, quod par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur. Nam summa conceptio eorum interdictorum haec est *uti nunc possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*; item alterius *utrubi hic homo de quo agitur apud quem majore parte hujus anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto*. Gajus, Inst. IV § 156—§ 160.

15^o. *Actiones quae vindictam spirant* noemt men tegenwoordig eenige acties, die niet in de eerste plaats beoogen bevrediging van een geldelijk belang, maar veeleer persoonlijke genoegdoening wegens krenking van het gevoel (magis ad ultionem pertinent). Zij kunnen alleen worden ingesteld door den beleedigde zelf, niet door zijne erfgenamen. Van dien aard zijn o. a. de *querella inofficiosi testamenti* (waarover nader in het Erfrecht), de rechtsvordering tot herroeping eener schenking wegens ondankbaarheid (zie hierboven § 90), de *actio injuriarum* (zie hieronder § 200), de *actio sepulchri violati* (zie hieronder § 201, n^o. 4).

Emancipatus filius si injuriarum habet actionem, nihil conferre debet: magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem: sed si furti habeat actionem, conferre debebit. Paul. I. 2 § 4 D. de coll. bon. (XXXVII, 6).

16^o. *Actiones* zijn *certae* of *incertae*, naarmate het voorwerp der vordering in alle opzichten bepaald is, of nog door schatting moet worden vastgesteld (zie hieronder § 175, III, bl. 7). De *actiones bonae fidei* zijn alle onbepaald, de *actiones stricti juris* kunnen bepaald of onbepaald zijn (zie hieronder § 188, III, bl. 66). Alleen bij de bepaalde acties dreigt den eischer het gevaar der *pluspetitio* (zie hierboven § 104 a. h. e.); verg. ook § 102, 3^o.

17^o. *Actiones* zijn *temporales* of *perpetuae*, naarmate zij al of niet door tijdsverloop vervallen. Sedert Theodosius II heeten *perpetuae* de acties die in 30 jaren, *temporales* die welke in korteren tijd verjaren; zie nader hieronder § 110.

18^o. *Actiones adjectitiae qualitatis* noemt men tegenwoordig de acties, die, onder zekere omstandigheden, tegen den vader, meester of lastgever kunnen worden ingesteld ter zake van rechtshandelingen, door den zoon, slaaf of lasthebber aangegaan (zie nader hieronder § 207).

19^o. *Actiones famosae* zijn acties, waarbij de veroordeeling eerloosheid ten gevolge heeft (zie hierboven § 47). Voorbeelden: *actio pro socio* (zie hieronder § 192), *actio furti* (§ 197), *actio vi bonorum raptorum* (§ 198), *actio injuriarum* (§ 200), *actio doli* (§ 201, n^o. 2).

20^o. *Actiones subsidiariae* heeten die acties, welke alleen dan kunnen worden aangewend, wanneer den eischer geen ander rechtsmiddel, welk

ook, ten dienste staat. Hiertoe behooren o. a. de *actio doli* (zie hieronder § 201, nr. 2), de *querella inofficiosi testamenti*.

Sciendum autem est non solum tutores vel curatores pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione teneri, sed etiam in eos qui satisfactiones accipiunt subsidiariam actionem esse, quae ultimum eis praesidium possit afferre. Subsidiaria autem actio datur in eos, qui vel omnino a tutoribus vel curatoribus satisfacere non curaverint aut non idonee passi essent cavere. Quae quidem tam ex prudentium responsis quam ex constitutionibus imperialibus et in heredes eorum extenditur. § 2 I. de satisd. tut. (I, 24).

21^o. De Instituten spreken nog van actiones, quibus non solidum quod debetur nobis persequimur. Het kan namelijk gebeuren, dat de eischer niet ten volle krijgt wat hem toekomt (zie bijv. hieronder § 207, nr. 4, en § 210, 3^o). Dit is dan echter niet eene eigenaardigheid van deze of gene actie, maar het gevolg van bijzondere, buiten de actie liggende omstandigheden, meestal van eene beperkte aansprakelijkheid des schuldenaars.

§ 108. VERLOREN GAAN DER ACTIES IN HET ALGEMEEN, EN INZONDERHEID DOOR DEN DOOD VAN EEN DER PARTIJEN.

Acties gaan verloren:

1^o. door het te niet gaan van het recht, tot handhaving waarvan zij dienen: de actie is geen op zich zelf staand recht, maar het uitvloeisel van een recht, waarvan zij het bestaan onderstelt. Omgekeerd is het wèl mogelijk, dat de actie te niet gaat, terwijl toch het recht voortbestaat (zoo bij de natuurlijke verbintenis, zie hieronder § 179);

2^o. door een rechterlijk vonnis. Als eene ingestelde actie bij rechterlijk gewijsde terecht is ontzegd, dan blijkt dat de eischer geen vorderingsrecht had en is er dus geen sprake van vernietiging door vonnis. Maar ook wanneer de ingestelde vordering ten onrechte werd afgewezen, kan daarop niet meer worden teruggekomen, zelfs al werd later des rechters ongelijk bewezen (zie hieronder § 115);

3^o. door samenloop, onder de voorwaarden in § 109 vermeld;

4^o. door verjaring, zie hieronder § 110.

5^o. Terwijl als regel acties niet door den dood te niet gaan, maar veeleer overgaan op en tegen de erfgenamen van hen, door en tegen wie ze konden worden ingesteld, komen er op dien regel uitzonderingen voor (over de eigenaardigheid, die zich bij maatschap en lastgeving voordoet, zie hieronder § 192 en § 193).

De *actiones populares* (zie hierboven § 107, nr. 13) en die, welke vooral strekken om voldoening te verkrijgen voor geleden krenking van eer (zie § 107, nr. 15), gaan niet over op de erfgenamen van hen die ze hadden kunnen instellen. De strafvorderingen (zie hierboven § 107, nr. 2) gaan niet passief over, d. w. z. zij kunnen niet worden gericht tegen de erfgenamen van den dader: in poenam heres non succedit; de gemengde gaan niet over, voor zoover zij een straf-bestanddeel bevatten.

De eenzijdige strafacties worden tegen de erfgenamen alleen toegekend voor zoover deze verrijkt zijn.

De onpersoonlijke vorderingen kunnen tegen de erfgenamen slechts dan worden ingesteld, wanneer in hun persoon de voorwaarden aanwezig zijn, vereischt om te kunnen worden aangesproken: bezit der zaak of andere stoornis van het absolute recht.

Alle deze uitzonderingen vallen weg, wanneer een der partijen *na de litis contestatio* sterft; van dat tijdstip af gaan alle rechtsvorderingen van weerskanten op de erfgenamen over (zie hieronder § 112, II n^o. 2).

Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso jure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequè competunt aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriae. Sed heredibus hujus modi actiones competunt nec denegantur, excepta injuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio. Gajus, Inst. IV § 112.

In contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est unusquisque pro ea parte qua heres est. Ulp. l. 157 § 2 D. de R. J. (L, 17).

Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum: quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri nisi pro ea parte quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit ideoque in solidum unus heres tenetur, plures vero pro ea parte qua quisque heres est. Ulp. l. 7 § 1 D. depos. (XVI, 3).

Omnes poenales actiones post litem inchoatam et ad heredes transeunt. Ulp. l. 26 D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

Injuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur. Ulp. l. 28 D. de injur. (XXXVII, 10).

§ 109. SAMENLOOP VAN ACTIES.

Er bestaat samenloop, wanneer denzelfden persoon gelijktijdig twee of meer acties ten dienste staan, welke alle strekken om hetzelfde resultaat te bereiken, om dezelfde aanspraak te bevredigen, bijv. wanneer al die acties ten doel hebben teruggave van dezelfde zaak (*rei vindicatio* en *actio depositi*), of vergoeding van dezelfde schade (*actio pignoratitia* en *actio legis Aquiliae*), of betaling van dezelfde straf (*actio furti* en *actio vi bonorum raptorum*). Beslissend is de identiteit der aanspraak; gelijkheid van feitelijken oorsprong, gelijksoortigheid of gelijknamigheid, eenzelveheid van de personen of van het recht dat gehandhaafd wordt, vormen in technischen zin nog geen samenloop. Daarentegen is het voor het begrip van samenloop onverschillig, of de acties tegen denzelfden persoon gericht zijn — wat meestal het geval zal wezen — of wel tegen verschillende personen, bijv. hoofdelijke schuldenaren, hoofdschuldenaar en borg.

Het aldus samentreffen van acties, welke dienen ter bevrediging van dezelfde aanspraak, heeft op zich zelf nog geen gevolg. Maar wanneer de gerechtigde door ééne actie, met of zonder vonnis, zijn doel bereikt heeft, zijn daardoor de andere acties vervallen: de aanspraak, die zij

moesten doen gelden, bestaat niet meer, zoodra langs éénen weg bevrediging is verkregen. De vraag welken invloed, afgescheiden van bevrediging, het instellen der vordering en het daarover gewezen vonnis op eene concurreerende vordering oefent, behoort niet hier tehuis, maar in de leer van de zoogenaamde *consumtio actionis* (zie hieronder § 112, I) resp. in de leer van het rechterlijk gewijsde (zie § 115). Hier komt het alleen aan op de werkelijke bevrediging der aanspraak met of zonder proces (*magis perceptio, quam intentio liberat*).

Wanneer met eene der concurreerende acties een minder omvattend gevolg wordt bereikt dan met de andere, dan kan men, als men met de minder omvattende is begonnen, met de andere het ontbrekende vorderen.

Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. Gajus l. 57 D. de R. J. (L, 17).

Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet. Ulp. l. 43 § 1 D. eod.

Sed et si is qui pignori servum accepit occidit eum vel vulneravit, lege Aquilia et pigneraticia conveniri potest, sed alterutra contentus esse debebit actor. Paul. l. 18 D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

Qui servum alienum injuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem injuriarum: injuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa et ideo possunt utraeque competere. Sed quidam altera electa alteram consumi. Alii per legis Aquiliae actionem injuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit: sed si ante injuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. Sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur. Rationabilius itaque est eam admitti sententiam, ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi. Paul. l. 34 pr. D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id consequatur. Paul. l. 41 § 1 D. eod.

De toepassing dezer beginselen bij samenloop van strafvorderingen geeft, ten gevolge van schijnbaar tegenstrijdige uitspraken der Romeinsche rechtsgeleerden, aanleiding tot moeilijkheden.

Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse omnibus uti probatum est: nam si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est. . . . Modest. l. 53 D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti post magnas varietates optinuit. Hermogen. l. 32 D. eod.

Sed et si servum quis alienum spoliaverit isque frigore mortuus sit, de vestimentis quidem furti agi poterit, de servo vero in factum agendum criminali poena adversus eum servata. Ulp. l. 14 § 1 D. de praescr. verb. (XIX, 5).

§ 110. VERJARING DER ACTIES. PRAESCRIPTIO.

In het oude Romeinsche recht was de verjaring der rechtsvorderingen niet bekend, alle *actiones* waren *perpetuae* (zie hierboven § 107, nr. 17). De eerste oorsprong der instelling ligt in de regeling van den praetor, die de meeste der door hem ingevoerde acties, vooral de strafacties, tot

een *annus utilis* of een nog korteren tijd beperkte. Nadat ook sommige civielrechtelijke vorderingen aan verjaring waren onderworpen (verg. hieronder § 149), bepaalde Theodosius II in 424 n. C., dat, behoudens enkele uitzonderingen, alle acties, die niet reeds vroeger tot een korteren tijd beperkt waren, door verloop van dertig jaren zouden verjaren.

Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res vel jus aliquod postuletur vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilo minus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda: eodem etiam in ejus valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare. — Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquitus temporibus limitantur. — Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare temptaverit. Honor. et Theod. l. 3 pr., § 2, § 3 C. de praescr. triginta (VII, 39).

Verjaring is de opheffing van een vorderingsrecht ten gevolge van het langdurige stilzitten (*diuturnum silentium*, *juge silentium*) van dengene, die het kon doen gelden. De verjaring dient om aan onzekere toestanden een einde te maken en moeilijke gedingen over lang vervlogen gebeurtenissen te voorkomen. Zij is een onmisbaar middel voor hen, die aangesproken worden, om zich te beveiligen tegen verouderde en wellicht niet meer bestaande aanspraken. Keizer Valentinianus spreekt van de „lex Theodosii, quae humano generi profunda quiete prospexit, constituens, post XXX annos nulla penitus jurgia, quae medio tempore mota non fuerant, excitari.” Anderzijds vindt de verjaring hare rechtvaardiging in het gedrag van den rechthebbende zelf, die zoo lang verzuimde zijn recht te doen gelden: „sit aliqua inter desides et vigilantes differentia”, zegt Justinianus, in l. 2 C. de ann. exc. (VII, 40).

Van de verjaring moeten wel onderscheiden worden die gevallen, waarin eene bevoegdheid van den aanvang af slechts voor een bepaalden tijd gegeven is en na afloop van dien tijd vervalt; van dien aard zijn bijv. de termijnen, vermeld in § 16 I. de excus. (I, 25) en in l. 22 § 2 C. de jure delib. (VI, 30).

Met de verjaring moet eveneens niet verward worden de in het klassieke recht voorkomende bepaling, dat eenmaal aangevangen processen binnen zekeren tijd ten einde moeten gebracht zijn. Met hetzelfde doel, om namelijk den langen duur der rechtsgedingen te verhinderen, werd later door Justinianus voorgeschreven, dat een proces niet langer dan drie jaren zou mogen loopen.

Omnia autem judicia aut legitimo jure consistunt aut imperio continentur. — Legitima sunt judicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque e lege Julia judiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur e lege Julia litem anno et sex mensibus mori. — Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae

miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. Ideo autem imperio contineri judicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit. Gajus, Inst. IV §§ 103—105.

De vereischten voor de verjaring zijn de volgende:

I. de actie moet geboren zijn (zie hierboven § 106); de verjarings-termijn begint eerst te loopen, als de gerechtigde de vordering met vrucht kan instellen, ex quo actiones competere jure coeperunt, ex quo ab initio competit et semel nata est (actio). Men drukt dit wel aldus uit: *actioni nondum natae non praescribitur*.

Illud autem plus quam manifestum est, quod in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua condicione vel sub die certa vel incerta stipulationes et promissiones vel pacta ponuntur, post condicionis exitum vel post institutae diei certae vel incertae lapsum praescriptiones triginta aut quadraginta annorum, quae personalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium accipiunt. Justinus l. 7 § 4 C. de praeser. triginta (VII, 39).

II. De gerechtigde moet gedurende zekeren tijd — door Theodosius als regel op dertig jaren gesteld — van zijn vorderingsrecht geen gebruik hebben gemaakt. Die termijn (*tempus continuum*) begint, zoodra de actie geboren is, en eindigt, als de laatste dag is verstreken, zie hierboven § 94. Het is geen vereischte, dat de termijn afloopt tusschen dezelfde personen, ten behoeve van of tegen wie hij is aangevangen: de opvolgers van den verbonden persoon kunnen zich er op beroepen tegen de opvolgers van den gerechtigde (*accessio temporis*). Evenmin wordt aan de zijde van hem, die zich op de verjaring beroept, goede trouw vereischt, d. i. de overtuiging dat het vorderingsrecht werkelijk niet bestaat. De lijdelijkheid van den gerechtigde is, in verband met het tijdsverloop, de eenige grond der verjaring.

III. De loop der verjaring moet niet gestuit of geschorst zijn.

Door stuiting (*interruptio, interruptio temporis*) wordt de loop der verjaring afgebroken; deze kan, nadat de stuiting heeft opgehouden, opnieuw beginnen te loopen, doch het vroegere telt dan niet mede. De verjaring wordt van den kant des gerechtigden gestuit door elke daad van rechtsvervolging voor den bevoegden rechter, bepaaldelijk door het instellen der actie. Eene eenvoudige aanmaning is niet voldoende. Leidt de ingestelde vordering tot een vonnis, dan zal dit over de rechtsverhouding der partijen beslissen. Wordt daarentegen het aangevangen geding niet voortgezet, dan begint met de laatste proceshandeling eene nieuwe verjaring van veertig jaren (zoogenaamde verjaring der litispendingie). Van den kant des schuldenaars of bezitters wordt de verjaring gestuit door eene uitdrukkelijke of stilzwijgende erkenning van het recht der wederpartij. De stuiting werkt alleen ten aanzien van hen, van wie de rechtsvervolging of erkenning is uitgegaan, alsmede ten aanzien van hunne opvolgers.

Ut perfectius omnibus consulamus et nemini absentia vel potentia vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia, sancimus: si quando a fuerit is, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet, et desiderat

dominus rei vel creditor suam intentionem proponere et non ei licentia sit, absente suo adversario qui rem detinet, vel infantia vel furore laborante et neminem tutorem vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, licentia ei detur adire praesidem vel libellum ei porrigere et hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora et interruptionem temporis facere: et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. Justinian. l. 2 pr. C. de ann. exc. (VII, 40).

Saepe quidam suos obnoxios in iudicium vocantes et judiciariis certaminibus ventis non ad certum finem lites producebant, sed taciturnitate in medio tempore adhibita, propter potentiam forte fugientium vel suam imbecillitatem vel alios quoscumque casus (cum sortis humanae multa sunt, quae nec dici nec enumerari possint), deinde jure suo lapsi esse videbantur eo, quod post cognitionem novissimam triginta annorum spatium efflaxerit, et hujusmodi exceptione opposita suas fortunas ad alios translatas videntes merito quidem, sine remedio autem lugebant. — Quod nos corrigentes eandem exceptionem, quae ex triginta annis oritur, in hujusmodi casu opponi minime patimur, sed licet personalis actio ab initio fuerit instituta, tamen eam in quadagesimum annum extendimus, cum non sit similis, qui penitus ab initio tacuit, ei, qui et postulationem deposuit et in iudicium venit et subiit certamina, litem autem implere per quosdam casus praepeditus est. — Quod tempus, id est quadraginta annorum spatium, ex eo numerari decernimus, ex quo novissima processit cognitio, post quam utraque pars cessavit. Justinian. l. 9 pr., § 1, § 3 C. de praescr. triginta (VII, 39).

Van schorsing der verjaring spreekt men, wanneer eene aangevangene verjaring gedurende eene zekere tijdsruimte niet doorloopt, doch na het ophouden der reden van schorsing weder wordt voortgezet. De verjaring rust dan een poos lang, maar de tijd na de schorsing sluit zich aan bij den tijd, vóór de schorsing verlopen. Schorsing heeft o. a. plaats, zoolang hij die het vorderingsrecht zou moeten uitoefenen onmondig is, al heeft hij ook een voogd; eveneens in sommige gevallen waar hij rechtens, niet bloot feitelijk, verhinderd wordt eene vordering in te stellen (*contra agere non valentem non currit praescriptio*, zegt men tegenwoordig); zoo bijv. de schuldeischer in het geval van l. 22 § 11 C. de jure delib. (VI, 30); zie ook § 29 I. de rer. div. (II, 1). Onbekendheid met het recht dat men heeft, is geene reden van schorsing.

Wordt eene vordering ingesteld, die verjaard is, dan kan de aangesprokene de verjaring tegenwerpen (*exceptio temporis, praescriptio temporis*); ambtshalve past de rechter ze niet toe. Van oudsher is betwist, welke werking de verjaring der vordering heeft. Volgens sommigen treft zij alleen de actie („zwakkere werking”), volgens anderen vernietigt zij ook het recht, waarop de vordering steunt („sterkere werking”). De vraag heeft alleen betrekking op de persoonlijke rechtsvorderingen, aangezien het onbetwist is, dat het zakelijk recht niet met de verjaring der onpersoonlijke rechtsvordering ophoudt te bestaan. Zij lost zich daarom op in deze andere vraag, of er na de verjaring der persoonlijke rechtsvordering nog eene natuurlijke verbintenis overblijft (zie hieronder § 179). De Romeinsche rechtsbronnen geven in dezen geene afdoende beslissing.

§ 111. MIDDELEN VAN VERDEDIGING. EXCEPTIES.

(Inst. Lib. 4, Tit. 13: de exceptionibus.

Tit. 14: de replicationibus).

Gelijk de acties zijn middelen van aanval, den eischer toekomende, zoo zijn de excepties middelen van verdediging, die den gedaagde ten dienste staan. Alle excepties zijn middelen van verdediging, maar niet ieder middel van verdediging is eene exceptie.

Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus. — Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari. Gajus, Inst. IV § 115, § 116.

Buiten bespreking laten wij hier de verweringsmiddelen, ontleend aan het niet-opvolgen, door den eischer, van de voorschriften der procesorde, bijv. de exceptie van onbevoegdheid des rechters, van aanhangig geding, van nietigheid der dagvaarding, enz.

Waar des gedaagden verdediging gegrond is in het materiële recht, kan zij van drieërlei aard zijn:

1°. *Volstreckte ontkenning*. De gedaagde betwist de feiten, waarop de eischer zijne vordering steunt, of spreekt de rechtsgevolgen tegen, welke deze uit die feiten afleidt. De eischer zal nu de waarheid der gestelde feiten moeten bewijzen; de rechter zal beslissen, of uit de vaststaande feiten de beweerde rechtsgevolgen voortvloeien (zie hieronder § 113).

2°. *Betrekkelijke ontkenning*. De gedaagde geeft toe, dat de door den eischer aangevoerde feiten juist zijn, maar hij voert te gelijk andere aan, waaruit blijkt, dat het door den eischer ingeroepen recht niet is ontstaan (bijv. de gesloten overeenkomst is nietig wegens krankzinnigheid van eene der partijen), of sedert is te niet gegaan (de verbintenis bijv. door betaling), zoodat het althans op dit oogenblik niet meer bestaat. Het gevolg van deze verdediging is, dat de gedaagde nu moet bewijzen de waarheid der feiten, waarop hij zich beroept.

Quingenta testamento tibi legata sunt: idem scriptum est in codicillis postea scriptis: refert, duplicare legatum voluerit an repetere et oblitus se in testamento legasse id fecerit: ab utro ergo probatio ejus rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur: nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. Et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare judici debet. Cels. l. 12 D. de probat. (XXII, 3).

Bij deze beide wijzen van verdediging is opneming eener bijzondere bijvoeging in de formule onnoodig. Het „si non paret, absolve” geeft den rechter gelegenheid, daarop te letten.

3°. *Exceptieve verdediging*. De gedaagde beweert, dat des eischers aanspraak, hoezeer op zich zelve gegrond, in hare werking wordt verlamd, doordat hem gedaagde een zelfstandig recht toekomt (bijv. een vruchtgebruik tegenover de ingestelde eigendoms-actie) of doordien andere

omstandigheden aanwezig zijn, die te weeg brengen — vaak geldt het daarbij de werking der billijkheid in tegenstelling van den strengen rechtsregel — dat eene vrijspraak moet volgen, waar op grond der door eischer aangevoerde feiten alleen eene veroordeeling zou moeten worden uitgesproken. De feiten, waarop hij zijne exceptie doet rusten, moet de gedaagde bewijzen (zie hieronder § 113).

Veluti si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. — Item si pactus fuero tecum, ne id quod mihi debeas a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum dari mihi oportere, quia obligatio pacto convento non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelli. — In his quoque actionibus quae non in personam sunt exceptiones locum habent. Veluti si metu me coegeris aut dolo induxeris, ut tibi rem aliquam mancipio darem; nam si eam rem a me petas, datur mihi exceptio, per quam, si metus causa te fecisse vel dolo malo arguero, repelleris. Gajus, Inst. IV § 116a, § 116b, § 117.

Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. Ulp. l. 2 pr. D. de except. (XXXXIV, 1).

Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est. Ulp. l. 1 D. eod.

Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est. Papin. l. 12 D. de doli exc. (XXXXIV, 4).

In de Romeinsche formule wordt de exceptie meestal opgenomen als eene uitzondering of beperking van de veroordeeling — oudtijds komt ze ook wel voor als *praescriptio* in het begin der formule.

Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is cum quo agitur. Nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit quam non numeravit, sic exceptio concipitur *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*; item si dicat contra pactiorem pecuniam peti, ita concipitur exceptio *si inter A. Agerium et N. Nejudium non convenit, ne ea pecunia peteretur*; et denique in ceteris causis similiter concipi solet; ideo scilicet quia omnis exceptio obicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est ne aliter iudex eum cum quo agitur condemnet, quam si nihil in ea re qua de agitur dolo actoris factum sit; item ne aliter iudex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum fuerit. Gajus, Inst. IV § 119.

Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem. Paul. l. 22 pr. D. de except. (XXXXIV, 1).

Sed his quidem temporibus, sicut supra quoque notavimus, omnes praescriptiones ab actore proficiuntur. Olim autem quaedam et pro reo opponebantur, qualis illa erat praescriptio *ea res agatur, si in ea re praesudicium hereditati non fiat*, quae nunc in speciem exceptionis deducta est et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere iudicii praesudicium hereditati faciat, veluti cum singulas res petat; est enim iniquum per unius rei Gajus, Inst. IV § 133.

Tusschen de beide eerste wijzen van verdediging bestaat in zooverre overeenstemming, dat zij beide in onmiddellijk verband staan met den grondslag der rechtsoverreding, en dat in beide gevallen des eischers

recht wordt aangetast, òf door de bewering dat het nooit bestaan heeft, òf door de bewering dat het nu niet meer bestaat. Verschil openbaart zich o. a. in den bewijslast.

De tweede en derde wijze van verdediging komen hierin overeen, dat de door den eischer aangevoerde feiten niet worden ontkend, terwijl door den gedaagde nieuwe feiten worden aangevoerd, die op gelijke wijze in het geding gebracht en door hem bewezen moeten worden. Ook de betrekkelijke ontkening wordt wel eens als exceptie aangeduid; zoo spreekt men van exceptie van krankzinnigheid, van betaling, enz. Doch men gebruikt het woord dan in een oneigenlijken, niet-Romeinschen zin. Het verschil ligt hierin, dat bij de betrekkelijke ontkening wordt gesteld, dat des eischers recht zelf dood, van rechtswege nietig is, terwijl bij de exceptieve verwerping alleen eene, dikwijls slechts tijdelijke, verlamming wordt beweerd (zie hierboven § 92, n^o. 6).

Of in zeker geval moet worden aangenomen, dat het recht zelf is te niet gegaan, of dat het alleen krachteloos wordt gemaakt door eene exceptie, hangt af van de bepalingen, die het stellige recht daaromtrent bevat (zie bijv. hierboven § 81, bl. 167, en hieronder § 212, III, bl. 188). Bij de Romeinen is in dezen van grooten invloed geweest de eigenaardige verhouding tusschen het civiele en het praetorische recht. Doch men gaat te ver door te beweren, dat het begrip der exceptie uitsluitend daaraan zijn bestaan heeft te danken.

Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit. Ulp. l. 43 pr. D. de R. J. (L, 17).

Non utique existimatur confiteri de intentione adversarii is quocum agitur, quia exceptione utitur. Marcell. l. 9 D. de except. (XXXIV, 1).

Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sunt. Paul. l. 8 D. eod.

De excepties worden onderscheiden:

1^o. op soortgelijke wijze als de acties (zie hierboven § 107, n^os. 3, 6, 7 en 8) in *civiles* (bijv. *exceptio legis Cinciae*, *senatus consulti Macedoniani*, *Scti Vellejani*) en *praetoriae* (bijv. *exceptio doli*, *metus*, *acti*), in *directae* en *utiles*, in *vulgares* en in *factum*, in *exceptiones in factum conceptae* en in *jus conceptae*;

Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat. Quae omnes vel ex legibus vel ex his quae legis vicem optinent, substantiam capiunt, vel ex jurisdictione praetoris proditae sunt. Gajus, Inst. IV § 118.

Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est. Ulp. l. 21 D. de praeser. verb. (XIX, 5).

2^o. met het oog op hare werking, in vernietigende of voortdurende (*peremptoriae*, *perpetuae*) en opschortende of tijdelijke (*dilatoriae*, *temporales*), naarmate zij aan het vorderingsrecht des eischers voor altijd in den weg staan of daartegen slechts tijdelijk of in dezen vorm een beletsel zijn. Is, ondanks het bestaan eener dilatoire exceptie, de vordering ingesteld, dan heeft in het klassieke recht deze exceptie dezelfde werking als de peremptoire. Keizer Zeno heeft evenwel daaromtrent zachtere bepalingen gegeven;

Dicuntur autem exceptiones aut peremptoriae aut dilatoriae. — Peremptoriae sunt quae perpetuo valent nec evitari possunt, veluti quod metus causa aut dolo malo, aut quod contra legem senatusve consultum factum est, aut quod res iudicata est vel in iudicium deducta est, item pacti conventi quod factum est, ne omnino pecunia peteretur. — Dilatoriae sunt exceptiones quae ad tempus valent, veluti illius pacti conventi quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim eo tempore non habet locum exceptio.... — Observandum est autem ei cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si objecta exceptione egerit, rem perdit; non enim post illud tempus, quo integra re eam evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in iudicium deducta et per exceptionem perempta. Gajus, Inst. IV § 120, § 121, § 122, § 123.

3^o. in *exceptiones personae cohaerentes en rei cohaerentes*, naarmate zij slechts toekomen aan een bepaald persoon (bijv. bij het zoogenaamde *beneficium competentiae*, hieronder § 210, nr. 3, en bij het *pactum de non petendo in personam*, § 212 a. h. e.), of wel aan allen, tegen wie de vordering kan worden ingesteld, aan den oorspronkelijken schuldenaar zoowel als aan zijne opvolgers en borgen (bijv. de exceptie van gewijsde zaak, van bedrog, enz.). Het laatste is regel, omdat de meeste excepties niet steunen op een persoonlijk voorrecht, maar in nauw verband staan met het vorderingsrecht zelf;

Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea quam socius habet exceptionem „quod facere possit”, vel parens patronusve, non competit fidejussori: sic mariti fidejussor post solum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur. — Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fidejussori. Intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fidejussori competit. Idem dicitur et si pro filio familias contra senatus consultum quis fidejusserit, aut pro minore viginti quinque annis circumscripto: quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fidejussori danda est exceptio. Paul. l. 7 D. de except. (XXXXIV, 1).

Omnes exceptiones, quae reo competunt, fidejussori quoque etiam invito reo competunt. Marcian. l. 19 D. eod.

Plane ex persona ejus, qui exceptionem obicit, in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris. Ulp. l. 2 § 2 D. de doli exe. (XXXXIV, 4).

4^o. in *exceptiones in rem en exceptiones in personam*, naarmate zij kunnen worden tegengeworpen aan ieder, die het recht, waaraan de exceptie in den weg staat, wil doen gelden (bijv. de exceptie wegens dwang), of wel alleen aan een bepaald persoon (bijv. de exceptie wegens bedrog).

Si ex altera parte in rem, ex altera in personam pactum conceptum fuerit, veluti ne ego petam vel ne a te petatur: heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit et ab herede tuo omnes petere poterimus. Florentin. l. 57 § 1 D. de pact. (II, 14).

Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis: sed utilis visum est etiam de metu opponere exceptionem. Etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur ejus, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio in rem scripta est „si in ea re nihil metus causa factum est”, ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed

an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiciatur, verumtamen hoc jure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocumque adhibito exceptio obici possit. Ulp. l. 4 § 33 D. de doli exc. (XXXIV, 4).

De belangrijkste van alle Romeinsche excepties is de *exceptio doli*: „si in ea re nihil dolo malo Aⁱ. Aⁱ. factum sit neque fiat.” Gelijk reeds uit de redactie blijkt, is hare strekking tweeledig. Vooreerst komt zij den gedaagde te pas, wanneer hij beweert, dat de eischer zich, ten aanzien van het recht dat hij doet gelden, reeds vóór het instellen der vordering, heeft schuldig gemaakt aan bedrog (zie hierboven § 80): „condemna nisi in ea re dolo malo factum sit.” Aldus opgevat, noemt men de exceptie tegenwoordig: *exceptio doli specialis* of *praeteriti*.

In de tweede plaats kan de *exceptio doli* door den gedaagde worden ingeroepen overal en altijd, waar hij beweert, dat de eischer iets vordert, dat hem naar den regel des rechts misschien wél, doch naar redelijkheid en goede trouw — op welken grond ook — niet toekomt. Van gepleegd bedrog behoeft hier geen sprake te zijn. Het onredelijke in des eischers handelwijze („condemna nisi in ea re dolo malo fiat”) ligt hierin, dat hij iets verlangt, waarop hij onder de bestaande omstandigheden naar billijkheid geen aanspraak heeft. De *exceptio doli* in de laatstgenoemde beteekenis — tegenwoordig als *exceptio doli generalis* of *praesentis* aangeduid — is hierom van een zooveel omvattend practisch belang, omdat zij het kleed is, waarin een aantal excepties (bijv. *exceptio pacti conventi*, *exceptio rei venditae et traditae*, *exceptio legis Falcidiae*, enz.) zich kunnen hullen. Is de *exceptio doli* door den gedaagde opgeworpen en vervolgens in de formule opgenomen — hetgeen bij de *bonae fidei judicia* onnoodig is: judiciis bonae fidei exceptio doli mali inest — dan mag de *judex* op alle verdedigingsmiddelen acht slaan, al staan ze niet met zoovele woorden afzonderlijk in de formule vermeld.

Sequitur, ut videamus, in quibus causis locum habeat exceptio et quibus personis obiciatur. Et quidem illud adnotandum est, quod specialiter exprimendum est, de ejus dolo quis queratur, non in rem „si in ea re nihil dolo malo factum est”, sed sic „si in ea re nihil dolo malo actoris factum est.” Docere igitur debet is, qui obicit exceptionem, dolo malo actoris factum, nec sufficiet ei ostendere in re esse dolum: aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit enumerare, dummodo hae sint, quarum dolus noceat. — Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt. Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiat, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere. . . . — Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit; nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. Ulp. l. 2 § 1, § 3, § 5 D. de doli exc. (XXXIV, 4).

De exceptie kan op hare beurt op dezelfde wijze worden bestreden als de actie: door volstreckte ontkenning, door betrekkelijke ontkenning,

of door exceptieve verwerping, die hier *replicatio* heet. Deze kan weder worden gevolgd door eene *duplicatio* (van den gedaagde), enz.

Replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones, et a parte actoris veniunt: quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant: semper enim replicatio idcirco obicitur, ut exceptionem oppugnet. — Illud tenendum est omnem exceptionem vel replicationem exclusoriam esse: exceptio actorem excludit, replicatio reum. Ulp. l. 2 §§ 1, 2 D. de except. (XXXXIV, 1).

Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio. Paul. l. 22 § 1 D. cod. Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie justa videatur, inique noceat actori. Quod cum accidat, alia adjectione opus est adjuvandi actoris gratia: quae adjectio replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis. Nam si verbi gratia pactus sum tecum, ne pecuniam quam mihi debes a te peterem, deinde postea in contrarium pacti sumus, id est ut petere mihi liceat, et, si agam tecum, excipias tu, ut ita demum mihi condemneris, *si non concenerit, ne eam pecuniam peterem*, noceat mihi exceptio pacti conventi; namque nihilo minus hoc verum manet, etiamsi postea in contrarium pacti sumus; sed quia iniquum est me excludi exceptione, replicatio mihi datur ex posteriore pacto hoc modo *si non postea convenit, ut mihi eam pecuniam petere liceret*. — Item si argentarius pretium rei quae in auctionem venerit persequatur, obicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnatur, *si ei res quam emerit, tradita est*: et est justa exceptio; sed si in auctione praedictum est *ne ante emptori res traderetur quam si pretium solverit*, replicatione tali argentarius adjuvatur *aut si praedictum est, ne aliter emptori res traderetur, quam si pretium emptor solverit*. — Interdum autem evenit, ut rursus replicatio, quae prima facie justa sit, inique reo noceat. Quod cum accidat, adjectione opus est adjuvandi rei gratia, quae duplicatio vocatur. — Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam inique actori noceat, rursus adjectione opus est qua actor adjuvetur, quae dicitur triplicatio. — Quarum omnium adjectionum usum interdum etiam ulterius quam diximus varietas negotiorum introduxit. Gajus, Inst. IV § 126, § 126a, § 127, § 128, § 129.

Curator dementi datus decreto interposito, uti satisfacere, non cavet et tamen quasdam res de bonis ejus legitimo modo alienavit. Si heredes dementis easdem res vindicent, quas curator alienavit, et exceptio opponetur „si non curator vendiderit”, replicatio dari debet „aut si satisfactione interposita secundum decretum vendiderit”. Quod si pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, triplicatio doli tutos possessores praestabit. Julian. l. 7 § 1 D. de cur. fur. (XXVII, 10).

§ 112. DE LITIS CONTESTATIO EN HARE GEVOLGEN.

Door *litis contestatio* verstaat men in het algemeen die handeling der gedingvoerende partijen, waardoor het boven allen twijfel wordt verheven, dat zij een geschil hebben, hetwelk door den rechter moet worden beslist, en waarover dat geschil loopt. De *litis contestatio* vormt het begin van den rechtsstrijd (*lis inchoata, iudicium acceptum, lis in iudicium deducta*). Wèl is de dagvaarding de eerste handeling van het proces, maar zij is eene eenzijdige daad van den eischer en bewijst dus nog niet, dat er werkelijk een door den rechter te beslissen geschil is, veelmin waarover het geschil loopt; dit een en ander kan eerst blijken uit het antwoord van den gedaagde.

Ten tijde van de procedure *per legis actiones* (zie hierboven § 102) bestaat de *litis contestatio* in eene solemneele verklaring van partijen,

in bijzijn van getuigen: het laatste bedrijf der handeling *in jure*. De getuigen strekken om bij den *judex* verklaring te kunnen afleggen omtrent hetgeen bij den *praetor* is voorgevallen.

Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: „Testes estote.” Festus, in *ve. Contestari*.

In het formulierenproces (zie hierboven § 103) heeft de *litis contestatio* plaats op het oogenblik, waarop de gedaagde de door den *praetor* naar aanleiding der gevoerde debatten opgestelde en door den eischer aangeboden *formula* aanvaardt. Daar de *judex* door de *formula* op de hoogte wordt gesteld van hetgeen bij den *praetor* is geschied, verliest de oproeping der getuigen hare beteekenis en valt allengs weg. De vorm is eenigszins veranderd, maar het wezen der zaak is hetzelfde gebleven.

In het Justiniaansche proces komt geene handeling voor, waaraan men den naam *litis contestatio* kan geven. Toch is de uitdrukking behouden; de *litis contestatio* wordt geacht voltrokken te zijn, wanneer beide partijen zich voor den rechter over het bestaan en den inhoud van hun rechtsstrijd hebben verklaard, „*post narrationem propositam et contradictionem objectam.*”

Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species aucte judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc videtur contestata, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit. Sever. et Antonin. l. un. C. de lit. cont. (III, 9).

De *litis contestatio*, het begin en de grondslag van den rechtsstrijd, oefent een belangrijken invloed op de rechtsbetrekking der partijen. Men onderscheidt eene negatieve en eene positieve werking.

I. *Negatieve of opheffende werking* (zoogenaamde *litis consumptio*). Ten einde den gedaagde te beveiligen tegen eene herhaling der tegen hem ingestelde vordering (bis de eadem re ne sit actio) nemen de Romeinen aan, dat de actie, die eenmaal gebruikt en in geding gebracht is, daardoor voor goed is verbruikt, versleten: *actio consumitur*. Naar omstandigheden wordt zij geacht van rechtswege te niet te gaan, of zij kan, zoo ze later wordt herhaald, worden bestreden met de *exceptio rei in judicium deductae*.

De Romeinsche rechtsgeleerden vergelijken deze opheffende werking der *litis contestatio*, voor zoover ze althans van rechtswege plaats heeft, met de vrijwillige schuldvernieuwing, zonder dat zij echter uit die vergelijking verkeerde gevolgtrekkingen afleiden (zie hieronder § 211 a. h. e.).

Et siquidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem sive in personam, sive ea formula quae in factum concepta est, sive ea quae in jus habet intentionem, postea nihilo minus ipso jure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei judicatae vel in judicium deductae. — Si vero legitimo judicio in personam actum sit ea formula quae juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatae vel in judicium deductae. — Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat; nec

omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. Gajus, Inst. IV §§ 107—108.

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc est, quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. — Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso jure agere non possim, quia inutiliter intendo *dari mihi oportere*, quia litis contestatione dari oportere desiit. Aliter atque si imperio continenti iudicio egerim; tunc enim nihilo minus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere possum, sed deo per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae summoveri. Quae autem legitima iudicia et quae imperio continentia sint, sequenti commentario referemus. Gajus, Inst. III §§ 180, 181.

Non solet deterior condicio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non essent, sed plerumque melior: Paul. I. 86 D. de R. J. (L, 17).

nemo enim in persequendo deteriore causam, sed meliorem facit. Denique post litem contestatam heredi quoque prospiceretur et heres tenetur ex omnibus causis. Paul. I. 87 D. eod.

De negatieve of opheffende werking der *litis contestatio*, en daarmede de *exceptio rei in iudicium deductae*, zijn uit het Justiniaansche recht verdwenen, schoon nog sporen in de compilatie zijn overgebleven. Het te niet gaan der actie tegen hoofdelijke medeschuldenaren en borgens werd door Justinianus opgeheven.

Justinian. I. 28 C. de fidej. (VIII, 40), zie hieronder, III, bl. 19.

Kan men dan na de afschaffing der zoogenaamde *consumtio* meer dan eenmaal dezelfde vordering instellen? Indien op de eerste actie geen vonnis is gevolgd, wèl; indien daarop een vonnis is gevallen, kan de tweede actie worden afgeweerd door de *exceptio rei iudicatae*, waarover nader te vergelijken hieronder § 115.

II. *Positieve werking*. Het ideaal der rechtspleging zoude zijn, dat des rechters uitspraak onmiddellijk volgde op de *litis contestatio*, dat de eischer niet behoefde te wachten op de erkenning en verwezenlijking van zijn recht. Dit ideaal is echter onbereikbaar. Waar de gedaagde den eisch bestrijdt, hebben partijen tijd noodig om hunne beweringen voor den rechter te ontwikkelen en te bewijzen; de rechter heeft tijd noodig om ze te onderzoeken. Zoo ligt er steeds eene grootere of kleinere tijdsruimte tusschen het begin en het einde van het rechtsgeding. Gedurende dat tijdsverloop kunnen er belangrijke veranderingen plaats hebben in de onderlinge verhouding van partijen, zoowel ten aanzien van hunne personen (bijv. door overlijden), als ten aanzien van het voorwerp van het geschil (bijv. door ondergang, vermindering, vermeerdering, waardeverandering der zaak). Wordt de vordering afgewezen, dan geeft dit geen bezwaar; de gedaagde ondervindt geen nadeel van den duur van het proces, daar hij hangende den strijd in zijne positie gehandhaafd blijft. Wint echter de eischer zijn proces, dan zou de duur daarvan hem groote schade berokkenen, indien geen acht geslagen werd op wijzigingen,

die in den loop van een geding kunnen voorvallen; de gedaagde zou er belang bij hebben, het proces zoo lang mogelijk te rekken. Om dit te voorkomen, wordt als beginsel gesteld, dat de eischer, wiens vordering wordt toegewezen, zooveel mogelijk moet gebracht worden in den toestand waarin hij zou geweest zijn, indien zijne aanspraak onmiddellijk bij den aanvang van het geding ware bevredigd. Dit beginsel wordt echter dikwijls eenigermate getemperd met het oog op den gedaagde, die te goeder trouw meende zich tegen een gerechtelijken aanval te moeten verdedigen.

Praeterea restituere debet possessor et quae post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisivit: in quo hereditates quoque legatae, quae per eum servum obvenerunt, continentur. Nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. Itaque partus ancillae restitui debet, quamvis postea editus sit, quam matrem ejus, post acceptum scilicet iudicium, possessor usuceperit: quo casu etiam de partu, sicut de matre, et traditio et cautio de dolo necessaria est. Gajus l. 20 D. de R. V. (VI, 1).

Cum fundus vel homo per conditionem petitus esset, puto hoc nos jure uti, ut post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset. Paul. l. 31 pr. D. de reb. cred. (XII, 1).

Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur: cujus opinionis ratio redditur, quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet. Papin. l. 2 D. de usur. (XXII, 1).

Cum homo ex testamento petitus est, causa ejus temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori et, sicut partus ancillarum, sicut fructus fundorum interim percepti in hoc iudicium deducuntur, ita quod servo legatorum vel hereditatis nomine interim obvenerit praestandum est petitori. Julian. l. 91 § 7 D. de legat. I. (XXX).

Het genoemde beginsel openbaart zich in de volgende regels, die òf strekken om de veroordeeling te verzekeren (n^{rs}. 1—4), òf om den omvang der veroordeeling vast te stellen (n^{rs}. 5—8).

1^o. De gegrondheid van des eischers vordering wordt beoordeeld naar het tijdstip der *litis contestatio*. De rechter neemt bij zijn vonnis dat tijdstip tot grondslag voor de beoordeeling der onderlinge verhouding van partijen. Heeft de eischer het recht, waarop zijne vordering steunt, eerst na de *litis contestatio* verkregen, zoo baat hem dat niet in dit geding, en zal hij een nieuw proces moeten aanvangen. Anders is het met die vereischten, welke geen betrekking hebben op des eischers recht, niet in de *intentio* der formule voorkomen, maar welke bovendien gevorderd worden om eene veroordeeling van den gedaagde mogelijk te maken (bijv. bezit der zaak bij de revindicatie enz.); daarbij komt het aan op het tijdstip van het vonnis.

Non potest videri in iudicium venisse id quod post iudicium acceptum accidisset: ideoque alia interpellatione opus est. Paul. l. 23 D. de jud. (V, 1).

Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse et vel in futurum concipi, ita iudicium in pendenti potest esse vel de his rebus quae postea in obligationem adventurae sunt. Nam neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obli-

gationem rei accipi possit: iudicium vero, antequam aliquid debeat, non posse. Javol. l. 35 D. eod.

Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore. Proculus et Pegasus nihilo minus teneri ajunt: intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit, quae sententia et a nobis probanda est. Ulp. l. 30 pr. D. de pec. (XV, 1).

Verliest de eischer, in den loop van het geding, het recht, dat hij bij den aanvang had, dan zou volgens het zooeven gezegde dit verlies hem niet schaden. Streng toegepast zou deze regel daartoe leiden, dat de gedaagde zelfs dan werd veroordeeld, als hij gedurende het proces aan des eischers vordering voldeed. In overeenstemming met de leer der Sabinianen: omnia iudicia esse absolutoria, heeft men evenwel aangenomen, dat de gedaagde wordt vrijgesproken, wanneer de aanspraak des eischers geheel is bevredigd en de gedaagde aan alle zijne sedert de *litis contestatio* ontstane verplichtingen jegens den eischer heeft voldaan.

Superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is eum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absolvere eum debere existimant, nec interesse ejus generis sit iudicium; et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. . . . De bonae fidei iudiciis autem idem sentiunt, quia in ejusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. Tantumdem et de in rem actionibus putant, quia formulae verbis id ipsum exprimitur. . . . Gajus, Inst. IV § 114.

Superest ut admoneamus, quod si ante rem iudicatam is eum quo actum est satisfaciat actori, officio iudicis convenit eum absolvere, licet iudicii accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut damnari debeat: et hoc est, quod ante vulgo dicebatur omnia iudicia absolutoria esse. § 2 l. de perp. et temp. act. (IV, 12).

2^o. De ingestelde vordering, die overigens niet erfelijk is (zie hierboven § 108, n^o. 5), kan gedurende het proces niet meer door overlijden van een der partijen te niet gaan. Evenmin gaat de actie hangende het geding te niet door verjaring (zie hierboven § 110). In het Justiniaansche recht wordt de verjaring reeds door de dagvaarding gestuit.

De *litis contestatio* heeft geen invloed op den loop der *usucapio*. Doch dit belet niet de veroordeeling van den gedaagde, die de zaak moet uitkeeren, evenals of de verjaring niet te zijnen behoeve voltooid ware: *usucapio frustra complebitur anticipata lite* (Fragm. Vat. § 12). Het door verjaring verkregen eigendomsrecht wordt tot de *omnis causa* gerekend, zie nader hieronder § 149.

Sciendum est ex omnibus causis lites contestatas en in heredem similesque personas transire. Callistr. l. 5^o D. de O. et A. (XXXXIV, 7).

Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent. Gajus l. 139 pr. D. de R. J. (L, 17).

Si rem alienam emero et, cum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione. . . . Paul. l. 2 § 21 D. pro empt. (XXXI, 4).

„Restituere” autem is intellegitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam et fructuum. Paul. l. 35 D. de V. S. (L, 16).

Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere eoque nomine de dolo cavere: periculum est enim ne eum vel pigneraverit vel manumiserit. Gajus l. 18 D. de R. V. (VI, 1).

3°. De niet-bezitter die zich, tegen beter weten, inlaat op een tegen hem als bezitter aangevangen geding (qui dolo liti se offert), wordt als bezitter behandeld en eventueel tot betaling van de waarde der zaak veroordeeld. Hetzelfde geldt van dengene, die ten tijde der *litis contestatio* wel bezit, maar zich later te kwader trouw van het bezit ontdoet (qui dolo desiit possidere); zie ook hieronder § 155.

Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum, si non possidens optulerit tamen se petitioni, an teneatur. Et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri. Ulp. l. 13 § 13 D. de H. P. (V, 3).

Is qui se optulit rei defensionem sine causa, cum non possideret nec dolo fecisset, quo minus possideret: si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait: quae sententia vera est. Sed hoc post litem contestatam: ceterum ante iudicium acceptum non decipit actorem qui se negat possidere, cum vere non possideret: nec videtur se liti optulisse qui discessit. Ulp. l. 25 D. de R. V. (VI, 1).

4°. De zaak, waarover geprocedeerd wordt, alsmede de aanhangige actie, kunnen, behoudens enkele uitzonderingen, na de *litis contestatio* niet meer geldig worden vervreemd of overgedragen.

Lite pendente actiones, quae in iudicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentis intendit, in conjunctam personam vel extraneam donationibus vel emptionibus vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri ab eodem actore liceat, tamquam si nihil factum sit, lite nihilo minus peragenda. Constant. l. 2 C. de litig. (VIII, 36).

Censemus, ut, si quis lite pendente vel actiones vel res quas possidet ad alium quandam transtulerit sive scientem sive ignorantem, vitio litigiosi contractus subjacere..... Justinian. l. 5 pr. C. eod.

5°. De bezitter eener zaak, die als zoodanig wordt aangesproken en veroordeeld, moet niet alleen de opgevorderde zaak zelve afgeven, maar ook alles wat sedert de *litis contestatio* daaruit is voortgekomen of daaraan is toegevoegd, met name alle natuurlijke en burgerlijke vruchten en accessies (zie hierboven § 67 en § 68), die den eischer, ware de zaak hem dadelijk gerestitueerd, zouden ten deel gevallen zijn: *omnis causa*.

De bezitter te kwader trouw wordt hierbij strenger behandeld dan die te goeder trouw. De eerstgenoemde moet, met de nog aanwezige vruchten, ook de verteerde verantwoorden — de bezitter te goeder trouw behoeft dit alleen te doen, wanneer ze niet meer voorhanden zijn door zijn opzet of schuld; verder de verzuimde vruchten, indien de eischer die had kunnen trekken — de bezitter te goeder trouw is daartoe alleen gehouden, voor zoover hij zelf ze had kunnen genieten.

De schuldenaar eener geldsom moet van den dag der *litis contestatio* af interessen betalen, indien hij niet reeds vroeger in verzuim was.

„Restituere” is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset. Paul. l. 75 D. de V. S. (L, 16).

Idem Julianus eodem libro scribit, si moram fecerit in homine reddendo possessor et homo mortuus sit, et fructuum rationem usque ad rei judicatae tempus spectandam esse. Idem Julianus ait non solum fructus, sed etiam omnem causam praestandam: et ideo et partum venire in restitutionem et partuum fructus. Usque adeo autem et causae veniunt, ut Julianus libro septimo scribit, si per eum servum possessor adquisierit actionem legis Aquiliae, restituere cogendum. Quod si dolo malo ipse possessor deserit possidere et aliquis hominem injuria occiderit, aut pretium hominis aut actiones suas praestare cogetur, utrum eorum voluerit actor. Sed et fructus, quos ab alio possessore percepit, restituere eum oportet: lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet. Sed fructus ejus temporis, quo tempore possessus est ab eo qui evicerit, restituere non debet: sed quod dicit de actione legis Aquiliae, procedit, si post litem contestatam uscepit possessor, quia plenum jus incipit habere. Ulp. l. 17 § 1 D. de R. V. (VI, 1).

Generaliter autem cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fructus sit, sed an petitor frui poterit, si ei possidere licuisset. Quam sententiam Julianus quoque probat. Papin. l. 62 § 1 D. eod.

Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuit: et id in operis servorum vel vecturis jumentorum vel naulis navium dicendum. Quod in fructibus dicitur, hoc et in pensionibus urbanorum aedificiorum intellegendum erit. In usurarum autem quantitate mos regionis erit sequendus: iudex igitur usurarum modum aestimabit et statuet. Ipsius quoque rei interitum post moram debet, sicut in stipulatione, si post moram res interierit, aestimatio ejus praestatur. Item partus ancillarum et, si servus fuerit legatus, et hereditas vel legatum vel quid per eum adquisitum sit heres praestare debet. Ulp. l. 39 § 1 D. de legat. I. (XXX).

Sed et partus ancillarum et fetus pecorum et fructus restitui et omnem causam oportet: nec solum eos qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabit. Ulp. l. 12 pr. D. quod met. c. (IV, 2).

6°. Bij vorderingen tegen den bezitter als zoodanig, inzonderheid bij onpersoonlijke vorderingen, is de bezitter te kwader trouw aansprakelijk zelfs voor toevallig verlies of vermindering der zaak, tenzij hij bewijst, dat den eischer, in geval van tijdige afgifte der zaak, hetzelfde toeval zoude hebben getroffen.

De bezitter te goeder trouw wordt door de tegen hem gerichte vordering niet aanstonds gelijk aan een bezitter te kwader trouw, en kan daarom niet als deze voor elk toeval aansprakelijk worden gesteld. Maar hij moet toch van het oogenblik dat zijn recht wordt betwist bedenken, dat hij het proces kan verliezen, dat de zaak wellicht de zijne niet is. Daarom is hij voor elke beschikking over of verwaarloozing van de misschien aan een ander toebehoorende zaak verantwoordelijk. Dat is de werkelijke beteekenis van den vaak misbruikten regel: *post litem contestatam omnis possessor praedo est*.

Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo et culpa possessoris, tamen interdum tanti damnandus est, quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quo minus tunc cum iudicium acciperetur homo exhiberetur: tanto magis si apparebit eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset. Paul. l. 12 § 4 D. ad exhib. (X, 4).

Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede ejus et

sua natura res ante rem judicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori. Gajus l. 14 § 1 D. depos. (XVI, 3).

„Si ante litem contestatam“, inquit, „fecerit“: hoc ideo adjectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam. Quamquam enim litem contestatae mentio fiat in senatus consulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur. Et hoc jure hodie utimur: coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur. Qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus praeteritus. Ulp. l. 25 § 7 D. de H. P. (V, 3).

Illud quoque quod in oratione divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia aut jumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet: Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere. Paul. l. 40 pr. D. eod.

Qui in rem convenitur, etiam culpa nomine condemnatur. Culpa autem reus est possessor, qui per insidiosa loca servum misit, si is periit, et qui servum a se petitem in harena esse concessit, et is mortuus sit: sed et qui fugitivum a se petitem non custodit, si is fugit, et qui navem a se petitam adverso tempore navigatum misit, si ea naufragio perempta est. Gajus l. 36 § 1 D. de R. V. (VI, 1).

7^o. Bij persoonlijke vorderingen heeft de *litis contestatio* ten gevolge, dat de schuldenaar voor elke schuld aansprakelijk wordt. Maar die verzwaarde verantwoordelijkheid gaat niet zoover, dat hij in alle opzichten wordt gelijkgesteld met den schuldenaar, die in verzuim is, weshalve hij niet aansprakelijk is voor toeval, tenzij hij lichtzinnig, in het bewustzijn van zijn onrecht, heeft geprocedeerd.

Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur: cujus opinionis ratio redditur, quoniam quale est, eum petitur, tale dari debet ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet. Papin. l. 2 D. de usur. (XXII, 1).

Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit: quod si acceptum est iudicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici. Paul. l. 38 § 7 D. eod.

Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere. Julian. l. 63 D. de R. J. (L, 17).

Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram: utique si juste ad iudicium provocavit. Paul. l. 24 pr. D. de usur. (XXII, 1).

Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si homo viveret. — Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere. Ulp. l. 82 § 1, § 2 D. de V. O. (XXXV, 1).

8^o. Eindelijk komt het tijdstip der *litis contestatio* nog te pas bij sommige berekeningen en schattingen, bijv. bij de vraag hoeveel de gedaagde verrijkt is; bij alternatieve verbintenissen ter keuze van den

schuldeischer verliest deze, met de *litis contestatio*, de bevoegdheid op de gedane keuze terug te komen; bij hoofdelijke verbintenissen kan de schuldenaar, na *litis contestatio* met een der hoofdelijke schuldeischers, alleen aan dezen geldig betalen.

Quod autem spectetur tempus, an locupletiores sint facti, utrum tempus litis contestatae an rei judicatae? Et verum est litis contestatae tempus spectari oportere idque imperator noster cum patre rescripsit. Ulp. l. 7 pr. D. de don. i. v. et u. (XXIV, 1).

Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum oleum frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit: si de die nihil convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur. Idemque juris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur ejus loci, quo dari debuit, si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur. Quod et de ceteris rebus juris est. Gajus l. 4 D. de cond. trit. (XIII, 3).

Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet: quem elegerit, petet et is erit solus in obligatione. An autem mutare voluntatem possit et ad alterius petitionem transire, quaerentibus respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis sit, „quem voluero” an „quem volam”: nam si talis fuerit „quem voluero”, cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit: si vero tractum habeat sermo illius et sit talis „quem volam”, donec iudicium dietet, mutandi potestatem habebit. Pomp. l. 112 pr. D. de V. O. (XXXV, 1).

Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit. Gajus l. 16 D. de duob. reis (XXXV, 2).

§ 113. BEWIJS. BEWIJSLAST.

Bewijzen noemt men in rechte de handeling der gedingvoerende partijen, waardoor zij den rechter, volgens de wettelijke regels, de waarheid hunner beweringen doen blijken. Wij bepalen ons hier tot het materiëel-rechtelijke deel der bewijsleer.

Het bewijs loopt uitsluitend over feiten; het bestaan van een betwist recht (in subjectieven zin) kan slechts worden bewezen door het bewijs van de feiten, waaruit dat recht wordt afgeleid. De toepassing van het recht (in objectieven zin) op de feiten behoort tot de taak des rechters; partijen behoeven het bestaan van den rechtsregel niet te bewijzen (zie hierboven § 22 a. h. e.).

De feiten, die het voorwerp uitmaken van bewijs, moeten zijn:

1°. betwistbaar: algemeen bekende en vaststaande feiten, die redelijker wijze niet kunnen worden ontkend, behoeven niet te worden bewezen (*notorium non eget probatione*);

2°. betwist: wat door de partijen erkend wordt, vereischt geen nader bewijs; het wordt door den rechter aan het vonnis ten grondslag gelegd, ook al is hij niet overtuigd van de waarheid van het erkende. Tijdens het formulierenproces geldt de bekentenis, bij den praetor afgelegd, als een vonnis; loopt zij over eene bepaalde geldsom, dan kan executie onmiddellijk er op volgen; in het tegenovergestelde geval is nog eene schatting door den rechter noodig. In de Justiniaansche procedure treedt de bekentenis niet meer in de plaats van het vonnis, maar de rechter is bij zijne beslissing aan den inhoud der bekentenis gebonden;

Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. Paul. l. 1 D. de conf. (XXXXII, 2).

Post rem judicatam vel jurejurando decisam vel confessionem in jure factam nihil quaeritur post orationem divi Marci, quia in jure confessi pro judicatis habentur. Ulp. l. 56 D. de re jud. (XXXXII, 1).

Certum confessus pro judicato erit, incertum non erit. — Si quis incertum confiteatur vel corpus sit confessus Stichum vel fundum dare se oportere, urgeri debet, ut certum confiteatur: item eum, qui rem confessus est, ut certam quantitatem fateatur. Ulp. l. 6 pr., § 1 D. de conf. (XXXXII, 2).

Notandum, quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, judex non rei judicandae, sed aestimandae datur: nam nullae partes sunt judicandi in confitentis. Ulp. l. 25 § 2 D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

3°. van dien aard, dat de beslissing van het geschil afhankelijk is van de waarheid of onwaarheid er van: frustra probantur, quae probata non relevant.

Neque natales tui, licet ingenuum te probare possis, neque honores, quibus te functum esse commemoras, idoneam probationem pro filiae tuae ingenuitate continent, cum nihil prohibeat et te ingenuum et eam ancillam esse. Dioel. et Maxim. l. 10 C. de probat. (IV, 19).

Ad probationem servitutis Glyconis matrem ejus ac fratrem servilia fecisse ministeria non sufficit, cum neque ingenuorum coniventia conjunctis necessitudine praedictet neque de servis ex eadem matre natis unus libertatem adipisci prohibeatur. Dioel. et Maxim. l. 22 C. eod.

Zeer belangrijk is de vraag: wie moet bewijzen, op wien drukt de bewijslast? Van hare beantwoording hangt menigmaal de uitslag van het geding af; dikwijls is het: non jus deficit sed probatio (l. 30 D. de test. tut., XXVI, 2) de reden, waarom men in het ongelijk wordt gesteld.

De bewijslast rust niet uitsluitend op een der gedingvoerenden; elk hunner moet de feiten bewijzen, die hij als grondslag van zijn aanval of van zijne verdediging aanvoert, of liever verplicht is aan te voeren, om zijn beweren te rechtvaardigen. De eischer moet beginnen met de feiten, waarop zijn aanval steunt, te bewijzen, indien ze namelijk door den gedaagde worden betwist (volstreckte ontkenning, zie hierboven § 111, n°. 1); de gedaagde kan des eischers bewijsvoering afwachten en is dus in zoover in eene gunstiger positie (*commodum possessoris*, in tegenstelling van *onus petitoris*). Indien de gedaagde de gestelde feiten niet ontkent, maar van zijn kant nieuwe feiten in het proces brengt (betrekkelijke ontkenning, exceptieve verdediging, zie hierboven § 111, n°. 2 en 3), moet hij het bewijs daarvan leveren: reus excipiendo fit actor.

Het is hierbij onverschillig, of de aangevoerde feiten positief of negatief zijn; de partij, die op een negatief feit aanval of verdediging grondt, moet wel degelijk dit negatieve feit bewijzen (zie bijv. hieronder § 203, III, bl. 150).

Verius esse existimo ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam vel obligatam, quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. Marcian. l. 21 D. de probat. (XXII, 3).

Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. Paul. l. 2 D. eod.

Actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. Diocl. et Maxim. l. 23 C. de probat. (IV, 19).

Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo exceptione te munitum adseveres, de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas, habita de exceptione contestatione tunc demum, cum intentionem secundum adseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit. Diocl. et Maxim. l. 9 C. de except. (VIII, 35).

Qui accusare volunt, probationes habere debent, cum neque juris neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. Actore enim non probante qui convenitur, etsi nihil ipse praestarit, obtineat. Antonin. l. 4 C. de ed. (II, 1).

Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est. Ulp. l. 1 D. de except. (XXXIV, 1).

In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse. Ulp. l. 19 pr. D. de probat. (XXII, 3).

Ten einde den bewijslast billijk te verdeelen, neemt men aan, dat wie zich bij zijn eisch of bij zijne verdediging op een recht beroept, kan volstaan met te bewijzen dat dat recht wettig is ontstaan, maar dat hij niet tevens het voortbestaan behoeft aan te toonen door het bewijs van het niet aanwezig zijn van vernietigende feiten. De eigenaar bijv. bewijst, dat hij het eigendomsrecht wettig heeft verkregen, *niet*, dat het sedert niet is verloren gegaan; de schuldeischer bewijst, dat de verbintenis wettig is ontstaan, *niet*, dat zij sedert niet op eenigerlei wijze is opgeheven. Dat verlies of die opheffing moet eventueel door de tegenpartij worden bewezen.

Zelfs wordt niet verlangd, dat men, om het wettig ontstaan van zijn recht aan te toonen, bewijst het aanwezig zijn van de eischen, die in het algemeen voor de geldigheid eener rechtshandeling zijn gesteld (bijv. de bevoegdheid der partijen) of het niet aanwezig zijn van bijzondere omstandigheden, die bij uitzondering de regelmatige werking der rechtscsheppende feiten zouden verhinderen en alzoo het ontstaan van een recht zouden kunnen beletten. Het ontbreken van zoodanig algemeen vereischte of het aanwezig zijn van dergelijke uitzondering te bewijzen, wordt veeleer geacht te liggen op den weg der tegenpartij.

Ut creditor, qui pecuniam petit, numeratam implere cogitur, ita rursus debitor, qui solutum adfirmat, ejus rei probationem praestare debet. Sever. et Antonin. l. 1 C. de probat. (IV, 19).

Ab ea parte, quae dicit adversarium suum ab aliquo jure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere. Paul. l. 5 pr. D. de probat. (XXII, 3).

Nec codicillos quidem furem posse facere certissimi juris est. Si igitur scriptura velut codicillorum patris tui fuit prolata, ut aliquid ex hac peti possit, adseverationi tuae mentis eum compotem fuisse negantis fidem adesse probari convenit. Diocl. et Maxim. l. 5 C. de codicill. (VI, 36).

De eischer moet eindelijk ook die feiten aanvoeren en bewijzen, waaruit blijkt dat zijn recht rijp is voor vervolging (*actio nata*, zie hierboven

§ 106), hetgeen inzonderheid te pas komt, als het afhankelijk is van de vervulling eener voorwaarde of het verschijnen eener tijdsbepaling. Hetzelfde geldt van de feiten, waaruit moet blijken, dat de in het proces gebrachte aanspraak juist *dexen* eischer tegen *dexen* gedaagde toekomt. Gewoonlijk zal dit reeds duidelijk worden uit de feiten, die zijn aangevoerd om het ontstaan van het recht aan te toonen, maar in sommige gevallen (bijv. bij overdracht van schuldvordering, bij overgang op erfgenamen, enz.) zullen voor de zoogenaamde subjectieve *legitimitio ad causam* afzonderlijke feiten moeten worden aangevoerd en bewezen.

§ 114. BEWIJSMIDDELEN.

De voornaamste bewijsmiddelen zijn:

1^o. Getuigen, personen die verklaren wat zij met hunne zintuigen omtrent zekere feiten hebben waargenomen. Aan 's rechters oordeel is overgelaten, hoeveel getuigen voor een voldoende bewijs noodig zijn en in hoeverre de gehoorde getuigen geloof verdienen. Eene wettelijke (positieve of negatieve) bewijstheorie kent het Romeinsche recht niet, zie Gellius, N. A., XIV, 2.

Ideoque divus Hadrianus Vibio Varo legato provinciae Ciliciae rescripsit eum qui iudicat magis posse scire, quanta fides habenda sit testibus. Verba epistolae haec sunt: „Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus, qui et cuius dignitatis et cuius existimationis sint, et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque meditatam sermonem attulerint an ad ea quae interrogaveras ex tempore verisimilia responderint.” — Ejusdem quoque principis exstat rescriptum ad Valerium Verum de exentienda fide testium in haec verba: „Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis ejusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summam non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris.” Callistr. l. 3 § 1, § 2 D. de test. (XXII, 5).

Jurisjurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium, jam dudum artari praecepimus et ut honestioribus potius fides testibus habeatur, simili more sanximus, et ut unius testimonium nemo iudicem in quacumque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat. Constant. l. 9 C. de test. (IV, 20).

2^o. Schriftelijke oorkonden, hetzij openbare (*instrumenta publice confecta*) of onderhandsche. De openbare hebben grootere bewijskracht, terwijl de onderhandsche nooit bewijzen ten voordeele van dengene die ze heeft opgemaakt. De schriftelijke bescheiden, waarvan men zich in rechte wil bedienen, moeten bij de *editio actionis* worden medegeedeeld.

Exemplo perniciosum est, ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. Unde neque fiscum neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem praebere posse oportet. Gallien. l. 7 C. de probat. (IV, 19).

Edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est: non tamen ut et instrumenta, quibus quis usus non est, compellatur edere. Ulp. l. 1 § 3 D. de ed. (II, 13).

3^o. De eed, d. i. eene plechtige verklaring, vaak onder aanroeping der godheid — *jusjurandum est affirmatio religiosa*, zegt Cicero, *de off.*, III, 29 — door eene der partijen afgelegd, tot staving van haar beweren omtrent feiten of rechtsbetrekkingen. De eed wordt onderscheiden (verg. ook nog hieronder § 116, n^o. 4) als:

a. beslissende eed; deze wordt door eene der partijen, voor den magistraat of voor den rechter, aan hare tegenpartij opgedragen, met dit gevolg, dat, als hij is afgelegd, het gezworene voor recht (formeele waarheid) wordt gehouden. Degene, aan wien de beslissende eed is opgedragen, moet, als hij niet wil zweren, dezen terugwijzen; doet hij noch het een noch het ander, dan wordt hij in het ongelijk gesteld;

Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae. Gajus l. 1 D. de jurej. (XII, 2).

Quod si deferente me juraveris et absolutus sis, postea perjurium fuerit adprobatum, Labeo ait de dolo actionem in eum dandam: Pomponius autem per jusjurandum transactum videri, quam sententiam et Marcellus libro octavo digestorum probat: stari enim religioni debet. Ulp. l. 21 D. de dolo malo (IV, 3).

Nam sufficit perjurii poena. Paul. l. 22 D. eod.

Dato jurejurando non aliud quaeritur, quam an juratum sit, remissa quaestione an debeatur, quasi satis probatum sit jurejurando. Ulp. l. 5 § 2 D. de jurej. (XII, 2).

Jusjurandum vicem rei judicatae optinet non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei jusjurandum. Ulp. l. 1 pr. D. quar. rer. act. (XXXXIV, 5).

Ait praetor: „eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam“: alterum itaque eligat reus, aut solvat aut juret: si non jurat, solvere cogendus erit a praetore. Ulp. l. 34 § 6 D. de jurej. (XII, 2).

Manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare nec jusjurandum referre. Paul. l. 38 D. eod.

b. aanvullende eed; deze kan door den rechter aan eene der partijen worden opgelegd, wanneer het punt in geschil niet voldoende is bewezen. Terugwijzing kan hier niet plaats hebben;

In bonae fidei contractibus nec non etiam in aliis causis inopia probationum per judicem jurejurando causa cognita res decidi potest. Dioel. et Maxim. l. 3 C. de reb. cred. (IV, 1).

Admonendi sumus interdum etiam post jusjurandum exactum permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usus sit. Sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a judice aliquis absolutus fuerit (solent enim saepe judices in dubiis causis exacto jurejurando secundum eum judicare qui juraverit): quod si alias inter ipsos jurejurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare. Gajus l. 31 D. de jurej. (XII, 2).

c. de eed die strekt om een door den rechter toe te wijzen bedrag te bepalen, *jusjurandum in litem*, zie hierboven § 69.

In den regel moet de partij, die den rechter overtuigen wil van de waarheid harer beweringen, die feiten bewijzen, welke zij als grondslag daarvan aanvoert. Soms zelfs evenwel loopt het bewijs over andere feiten, waaruit dan wordt geconcludeerd tot de waarheid van hetgeen eigenlijk bewezen moest worden. Dit heeft plaats, wanneer een rechtsvermoeden

der partij te hulp komt. Zoodanige rechtsvermoedens zijn òf onwederlegbare (zoogenaamde *praesumptiones juris et de jure*), waarbij verder bewijs overbodig en tegenbewijs niet toegelaten is, òf wederlegbare (zoogen. *praesumptiones juris tantum*), waarbij de tegenpartij mag bewijzen niet alleen, dat de praemissen onwaar zijn, maar ook dat in het concrete geval de gevolgtrekking van het bewezene tot het te bewijzen feit niet gewettigd is.

Het eigenaardige van zoodanig rechtsvermoeden ligt niet hierin, dat het dengene, voor wien het pleit, van den bewijslast ontslaat, maar veeleer hierin, dat het voorwerp van het bewijs een ander wordt. Wie bijv. de wettigheid zijner geboorte moet bewijzen, kan dat doen (zie hierboven § 54) door te bewijzen, dat hij geboren is in de zevende maand van het huwelijk zijner moeder.

Quicumque de provincialibus et collatoribus decurso posthac quantolibet annorum numero, cum probatio aliqua ab eo tributariae solutionis exposcitur, trium cohaerentium sibi annorum apochas securitatesque protulerit, superiorum temporum apochas non cogatur ostendere, neque de praeterito ad illationem functionis tributariae coartetur, nisi forte aut curialis aut quicumque apparitor vel optio vel actuarius vel quilibet publici debiti exactor sive compulsor possessorum vel collatorum habuerit cautionem, aut id quod deposcit deberi sibi manifesta gestorum adsertione patefecerit. Marcian. l. 3 C. de apoch. publ. (X, 22).

Vermoedens, welke niet op de wet steunen (zoogenaamde *praesumptiones hominis, facti*), geven slechts eene grootere of kleinere mate van waarschijnlijkheid en sluiten het tegenbewijs nooit uit.

§ 115. HET VONNIS EN ZIJNE WERKING.

Evenals het begin van het proces (*litis contestatio*, zie hierboven § 112) invloed oefent op de rechtsverhouding der procedeerende partijen, zoo is het ook met het einde, de rechterlijke beslissing.

In het algemeen bestaat des rechters taak niet in het scheppen of vernietigen, in het geven of ontnemen, maar in het erkennen van bestaande of het ontkennen van niet-bestaande rechten. Slechts bij uitzondering grijpt de rechter in bestaande toestanden in en verandert of vernietigt hij, wat tot nu toe bestond, bijv. waar het geldt de vernietiging van een testament of eene onder curateele stelling; zie ook hieronder § 150.

Et si quidem is optinuerit, qui servitatem sibi defendit, non debet ei servitus cedi, sive recte pronuntiatum est, quia habet, sive perperam, quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari. . . . Ulp. l. 8 § 4 D. si serv. vind. (VIII, 5).

Bij het rechterlijk vonnis worden dus òf bestaande maar betwiste en onzekere rechten voor de toekomst vastgesteld, òf wel niet-bestaande voor altijd ontzegd. In elk geval vormt het vonnis — namelijk indien het voldoet aan de eischen die het procesrecht stelt en niet meer door de gewone rechtsmiddelen (zie hieronder § 118) kan worden bestreden:

sententia indubitata, quae nullo remedio adtemptari potest, zegt Ulpianus in l. 23 § 1 D. de cond. ind. (XII, 6) — eene beslissing, die in het vervolg noch rechtstreeks noch zijdelings mag worden aangetaast, zelfs al ware het vonnis materiëel onjuist geweest. Deze kracht van het rechterlijk gewijsde (*rerum judiciarum auctoritas*), waarvan de *exceptio rei judicatae* het orgaan is, kan somtijds in de toepassing tot onbillijkheden leiden, maar is desniettemin in het belang der rechtszekerheid onontbeerlijk, zal niet telkens een proces over een proces gevoerd kunnen worden en derhalve nooit een einde komen aan de onzekerheid.

Intusschen werkt het vonnis, met eenige weinige uitzonderingen, alleen tusschen de partijen en hunne rechtverkrijgenden.

Res judicata pro veritate accipitur. Ulp. l. 207 D. de R. J. (L, 17).

Post rem judicatam vel jurejurando decisam vel confessionem in jure factam nihil quaeritur post orationem divi Marci, quia in jure confessi pro judicatis habentur. Ulp. l. 56 D. de re jud. (XXXII, 1).

Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res judicata pro veritate accipitur. Ulp. l. 25 D. de statu hom. (I, 5).

Si deferente creditore juravit debitor se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset: nam et si a iudice quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. Tryph. l. 13 D. quib. mod. pign. (XX, 6).

Pari modo si judicatum fuerit non esse eum in potestate, etsi per injuriam judicatum sit, agenti hoc interdicto obicienda erit exceptio rei judicatae, ne de hoc quaeratur, an sit in potestate, sed an sit judicatum. Ulp. l. 1 § 4 D. de lib. exhib. (XXXIII, 30).

Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem rei judicatae frequens est. Paul. l. 6 D. de exc. rei jud. (XXXIV, 2).

Res inter alios judicatae neque emolumentum adferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque praedictum solent inrogare. Ideoque nepti tuae praedictum non potest, quod adversus coheredem ejus iudicatum est, si nihil adversus ipsam statutum est. Gordian. l. 2 C. quib. res jud. (VII, 56).

Het vonnis kan eene veroordeeling of eene vrijspraak inhouden. In het laatste geval wordt des eischers vordering afgewezen en de gedaagde vrijgesproken; alles blijft in den toestand, waarin het vóór het proces was; de eischer kan niet tot iets worden veroordeeld (zie echter hierboven § 107, nr. 14). Betwist is de vraag, of er ten laste van den vrijgesproken schuldenaar eene natuurlijke verbintenis blijft bestaan (zie hieronder § 179). In het eerste geval wordt des eischers aanspraak toegewezen en de gedaagde veroordeeld om iets te doen of te laten. Ten einde voldoening aan den inhoud van het vonnis te erlangen heeft de zegevierende eischer een nieuw rechtsmiddel (*actio iudicati*), dat niet leidt tot een nieuw geding, maar tot executie van het vonnis (zie hieronder § 117). Hij behoeft zich niet meer te beroepen op zijn oorspronkelijk recht, maar hij heeft in het vonnis een nieuwen en krachtigen titel, waaraan de veroordeelde gehoorzamen moet (*iudicati obligatio, obligatio quae ex causa iudicati descendit*). Zijn oorspronkelijk recht wordt

evenwel door het vonnis niet, als door schuldvernieuwing, vernietigd, maar het wordt er door bevestigd en versterkt. De *actio judicati* gaat in elk geval over op en tegen de erfgenamen; tegen dengene die ontkent is zij gericht op het dubbele bedrag. Borgtocht, pand en hypotheek, aan de oorspronkelijke verbintenis verknocht, blijven bestaan.

Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit. Modest. l. 1 D. de re jud. (XXXXII, 1).

Judicati actio perpetua est et rei persecutionem continet: item heredi et in heredem competit. Ulp. l. 6 § 3 D. eod.

Niet alleen moet door den veroordeelde aan het vonnis worden gehoorzaamd, maar het gezag der rechterlijke uitspraak wordt ook, gelijk zoeven reeds is gezegd, in het vervolg gehandhaafd tegen elken rechtstreekschen of zijdelingschen aanval, gewaarborgd tegen elke bestrijding, in welken vorm ook. De rechtskracht van het vonnis gedooft niet, dat later op eenige wijze door dezelfde partijen, tusschen welke het vonnis gewezen is, wordt teruggekomen op hetgeen eenmaal is beslist en als recht is vastgesteld.

Indien derhalve na het vonnis, hetzij door den vroegeren eischer, hetzij door den vroegeren gedaagde, met hetzelfde of met een ander rechtsmiddel iets wordt gevorderd in strijd met de vroegere beslissing, dan kan die vordering worden afgeweerd met de *exceptio* (of *replicatio*) *rei judicatae*. Hij die in het vorige geding eischer was heeft deze exceptie, indien de destijds veroordeelde gedaagde later opkomt tegen hetgeen toen is uitgemaakt, terwijl de vrijgesproken gedaagde met dezelfde exceptie den vroegeren eischer kan afweren, wanneer deze terugkomt op de vroeger afgewezen aanspraak.

Om de exceptie van gewijsde zaak in een later geding te kunnen tegenwerpen, moeten twee vereischten samenkomen: 1^o. bij de nieuwe vordering moet het dezelfde rechtsvraag gelden, die bij het vroegere vonnis is beslist (*eadem quaestio*, objectieve identiteit); 2^o. het nieuwe proces moet tusschen dezelfde personen gevoerd worden als het eerste (subjectieve identiteit).

Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere judicii. Et ideo si hereditate petita singulas res petat vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur. Ulp. l. 7 § 4 D. de exc. rei jud. (XXXXIV, 2).

De eadem re agere videtur et qui non eadem actione agit, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re. . . . Ulp. l. 5 D. eod.

Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. Nec jam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, posteaquam contra eum judicatum esset, nova instrumenta causae suae repperisset. Nerat. l. 27 D. eod.

Si quis rem a non domino emerit, mox petente domino absolutus sit, deinde possessionem amiserit et a domino petierit, adversus exceptionem „si non ejus sit res” replicatione hac adjuvabitur „at si res judicata non sit”. Julian. l. 24 D. eod.

Wat het eerste vereischte aangaat zij opgemerkt, dat het alleen aankomt op identiteit van rechtsvraag, niet op identiteit van actie of identiteit van stoffelijk voorwerp, alhoewel waar de rechtsvraag dezelfde is, veelal ook het stoffelijk voorwerp hetzelfde zal zijn. Indien bijv. eerst de *actio furti* (zie hieronder § 197) is afgewezen, op grond dat er geen diefstal is gepleegd, kan dezelfde eischer niet ter zelfder zake later de *condictio furtiva* instellen. Hij, wien de *actio redhibitoria* (zie hieronder § 190 a. h. e.) is ontzegd, mag niet later ter zelfder zake met de *actio quanti minoris* optreden. Vg. ook hierboven § 107, nr. 1b.

Si ancillam praegnatam petiero et post litem contestatam conceperit et pepererit, mox partum ejus petam: utrum idem petere videor an aliud, magnae quaestionis est. Et quidem ita definiri potest totiens eandem rem agi, quotiens apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est. Ulp. l. 7 § 1 D. de exc. rei jud. (XXXXIV, 2).

Si quis iter petierit, deinde actum petat, puto fortius defendendum aliud videri tunc petitum, aliud nunc, atque ideo exceptionem rei judicatae cessare. Ulp. l. 11 § 6 D. eod.

Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur. Paul. l. 14 § 3 D. eod.

Paulus respondit ei, qui in rem egisset nec tenuisset, postea condicenti non obstare exceptionem rei judicatae. Paul. l. 31 D. eod.

Si quis ad exhibendum egerit, deinde absolutus fuerit adversarius, quia non possidebat, et dominus iterum agat nactus eo possessionem: rei judicatae exceptio locum non habebit, quia alia res est. Ulp. l. 18 D. eod.

Eandem causam facit etiam origo petitionis. Ceterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellat ista exceptio, nisi forte intermissum dominium in medio tempore rediit quodam postliminio. Quid enim, si homo, quem petieram, ab hostibus fuerit captus, mox postliminio receptus? Hic exceptione summovebor, quia eadem res esse intellegitur. At si ex alia causa dominium fuerim nactus, non nocet exceptio: et ideo si forte sub condicione res legata mihi fuerit, deinde medio tempore adquisito dominio petam, mox existente condicione legati rursus petam, putem exceptionem non obstare: alia enim causa fuit prioris domini, haec nova nunc accessit. Ulp. l. 11 § 4 D. eod.

Er is identiteit van rechtsvraag, en de exceptie van gewijsde zaak is gegrond, wanneer in het nieuwe geding eene zaak gevraagd wordt als deel van een geheel, dat vroeger is ontzegd. Hetzelfde is het geval, wanneer bij een vroeger vonnis eene aanspraak is afgewezen (bijv. op een kapitaal), welke de noodzakelijke voorwaarde is van hetgeen nu wordt gevorderd (bijv. de rente). Aan den anderen kant vindt de exceptie eveneens toepassing wanneer de vraag, die nu gedaan wordt, in strijd is met hetgeen in een vroeger geding incidenteel is beslist (ten onrechte aldus genoemde rechtskracht der beslissingsgronden). Zoo zal bijv. de eisch tot betaling eener hoofdsom worden ontzegd, indien vroeger een eisch tot betaling van rente is afgewezen op grond dat het kapitaal niet verschuldigd was.

Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatae nocet, nam pars in toto est: eadem enim res accipitur et si pars petatur ejus, quod totum petitum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate vel in jure.

Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso vel pro indiviso, dicendum erit exceptionem obstare. Proinde et si proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem peti, obstabit exceptio. Idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur: nam nocebit exceptio. Item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit, deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat: item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem. Ulp. l. 7 pr. D. de exc. rei jud. (XXXXIV, 2).

Si petiero gregem et vel aucto vel minuto numero gregis iterum eundem gregem petam, obstabit mihi exceptio. Sed et si speciale corpus ex grege petam, si adfuit in eo grege, puto obstaturam exceptionem. Pomp. l. 21 § 1 D. eod.

Item si fundo petito postea insula, quae e regione ejus in flumine nata erit, petatur, exceptio obstatura est. African. l. 26 § 1 D. eod.

Idem scribit, cum ego et tu heredes Titio extitissemus, si tu partem fundi, quem totum hereditarium dicebas, a Sempronio petieris et victus fueris, mox eandem partem a Sempronio emero et traditus mihi fuerit, agente te familiae ereiscundae iudicio non veniet non solum hoc quod pro herede possidetur, sed nec id quod pro emptore: cum enim per iudicem priorem apparuit totam non esse hereditatis, quemadmodum in familiae ereiscundae iudicium veniat? Paul. l. 25 § 8 D. fam. ere. (X, 2).

Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. Aliud dicam, si reprobavit pensionem quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio. Ulp. l. 7 § 1 D. de comp. (XVI, 2).

Indien in deze gevallen het beweren des eischers in het tweede geding overeenstemt met de beslissing van den vroegeren rechter (bijv. dat de diefstal wèl gepleegd is, dat het kapitaal wèl verschuldigd is, enz.), dan zal de rechtskracht dier beslissing zich natuurlijk niet aldus openbaren, dat de gedaagde de exceptie van gewijsde zaak kan tegenwerpen, maar hierin, dat de eischer ontheven is van het bewijs van hetgeen bij het vroegere vonnis is erkend en aangenomen.

Betreft het vroegere vonnis een recht, dat slechts aan een van beide partijen kan toekomen, dan is dit, door de toewijzing aan den eischer, te gelijker tijd ontzegd aan den gedaagde en kan deze dus later geen aanspraak er op maken — tenzij hij zijn recht steunt op eene verkrijging volgende op het eerste vonnis. Is het recht aan den eischer ontzegd, dan is het daarmee nog geenszins aan den gedaagde toegewezen. Intusschen zal middellijk ook over het recht des gedaagden beslist zijn, wanneer den eischer zijne vordering is ontzegd juist op grond van een den gedaagde toekomend recht; ofschoon dit recht eigenlijk niet in geding was gebracht, zal de gedaagde het in het vervolg niet meer behoeven te bewijzen en de eischer het moeten erkennen.

Si inter me et te controversia de hereditate sit et quasdam res ex eadem tu possides, quasdam ego: nihil vetat et me a te et invicem te a me hereditatem petere. Quod si post rem iudicatam a me petere coeperis, interest, utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit an contra: si meam esse, nocebit tibi rei iudicatae exceptio, quia eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse: si vero meam non esse, nihil de tuo jure iudicatum intellegitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua. Gajus l. 15 D. de exc. rei jud. (XXXXIV, 2).

Het andere vereischte, de subjectieve identiteit, is aanwezig, wanneer het tweede proces wordt gevoerd tusschen dezelfde personen, die in het

eerste geding, hetzij in persoon, hetzij op wettige wijze vertegenwoordigd, tegenover elkander stonden of tusschen hunne algemeene of bijzondere rechtverkrijgenden, mits de opvolging in het recht hebbe plaats gehad, nadat het vonnis is geweest.

Si cum uno herede depositi actum sit, tamen et cum ceteris heredibus recte agatur nec exceptio rei judicatae eis proderit: nam etsi eadem quaestio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit. Et si actum sit cum herede de dolo defuncti, deinde de dolo heredis ageretur, exceptio rei judicatae non nocebit, quia de alia re agitur. Paul. l. 22 D. de exc. rei jud. (XXXXIV, 2).

Si egero cum vicino aquae pluviae arcendae, deinde alteruter nostrum praedium vendiderit et emptor agat vel cum eo agatur, haec exceptio nocet, sed de eo opere, quod jam erat factum, cum judicium acciperetur. Ulp. l. 11 § 9 D. eod.

Exceptio rei judicatae nocebit ei, qui in dominium successit ejus qui iudicio expertus est. Papin. l. 28 D. eod.

De beschrevene werking van het rechterlijk vonnis en van de exceptie van gewijsde zaak heeft zich in het Romeinsche recht eerst langzamerhand ontwikkeld. Vroeger had die exceptie — volgens de uitdrukking van Keller, *über Litis Contestation und Urtheil* (1827) — alleen eene negatieve, geene positieve kracht. Er werd niet gelet op den inhoud van het vonnis, maar enkel gevraagd, of over de nu ingestelde actie vroeger, hoe dan ook, was beslist. De *exceptio rei judicatae* was in wezen gelijk aan de, op de *litis contestatio* gegronde, *exceptio rei in iudicium deductae*, al steunde de eerste formeel op het vonnis. Immers men beriep zich niet op de rechtskracht der beslissing, maar op het uit het bestaan van het vonnis blijkende te niet gaan der actie door de *litis contestatio* (zie hierboven § 112).

De *exceptio rei judicatae*, steunende op de rechtskracht van het vonnis (bis de eadem re ne sit quaestio), beantwoordt beter aan het doel: bescherming tegen herhaling van dezelfde aanspraak, dan de vroegere *exceptio rei in iudicium deductae*, het orgaan van de vernietigende werking der *litis contestatio* (bis de eadem re ne sit actio). Deze laatste exceptie toch, waarbij het enkel aankwam op identiteit der actie, ging somtijds niet ver genoeg, somtijds te ver.

Niet ver genoeg. Immers in alle gevallen, waarin de *eischer* belang er bij heeft, het eerste vonnis te handhaven tegen een aanval van den vroegeren gedaagde — stel bijv. A heeft eene zaak van B geïndiceerd en dit proces gewonnen, nu vindiceert B dezelfde zaak van A —, kon de *exceptio rei in iudicium deductae* niet baten, al gold het ook dezelfde rechtsvraag, omdat de vroegere gedaagde geene actie in geding had gebracht en hem dus de consumtie niet kon worden tegengeworpen.

Te ver. Immers herhaling der actie was verboden, ook wanneer bijv. de eerste eisch was afgewezen op grond van eene dilatoire exceptie (zie hierboven § 111) of van eene *pluris petitio* (zie § 104 a. h. e.). Evenzoo, wanneer dezelfde actie kon worden ingesteld tegen verschillende personen, bijv. hoofdelijke schuldenaren, hoofdschuldenaar en borg; had de

schuldeischer zijne actie tegen een hunner, al was het zonder gevolg, gebruikt en dus verbruikt, dan was hij tegenover de anderen machteloos. In deze en andere soortgelijke gevallen kon de *exceptio rei in iudicium deductae* worden tegengeworpen, omdat enkel werd gelet op de identiteit der actie, niet op den inhoud van het vonnis. De *exceptio rei iudicatae* daarentegen vindt hier geene toepassing.

§ 116. BESLISSING VAN DEN RECHTSSTRIJD BUITEN PROCES.

Ook zonder een proces te voeren kunnen partijen een einde maken aan een tusschen hen bestaand geschil, en wel op verschillende wijzen:

1°. Zij kunnen overeenkomen het geschil te laten beslissen door een of meer privaatspersonen als scheidsrechters (*arbitri*). Over den vorm en de werking dezer overeenkomst (*compromissum*), zie hieronder § 195, III, bl. 117. Onder de daar nader aangeduide voorwaarden zijn partijen verplicht, tot de behandeling bij den scheidsrechter mede te werken en zich aan zijne uitspraak te onderwerpen. Degene, te wiens aanzien de overeenkomst niet wordt nageleefd of de uitspraak niet wordt opgevolgd, heeft naar omstandigheden eene actie of eene exceptie.

Voor de geldigheid van het compromis is het noodig, dat de aangevozen scheidsman bevoegd is — onbevoegd zijn vrouwen, onmondigen, krankzinnigen, dooven, stommen. De gekozen scheidsman is niet verplicht, de opdracht aan te nemen. Heeft hij ze echter aanvaard, dan moet hij ze behoorlijk volvoeren door de zaak te onderzoeken en alle aan zijn oordeel onderworpen punten te beslissen; door den praetor kan hij daartoe worden gedwongen, indien hij geene wettige verontschuldiging heeft. Zijne uitspraak is onveranderlijk.

De officio arbitri tractantibus sciendum est omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum: nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi ut efficere possit cautum est: non ergo quod libet statuere arbiter poterit nec in qua re libet nisi de qua re compromissum est et quatenus compromissum est. Paul. l. 32 § 15 D. de recept. (IV, 8).

Dicere autem sententiam existimamus eum, qui ea mente quid pronuntiat, ut secundum id discedere eos a tota controversia velit. Sed si de pluribus rebus sit arbitrium receptum, nisi omnes controversias finierit, non videtur dicta sententia, sed adhuc erit a praetore cogendus. Paul. l. 19 § 1 D. eod.

Licet autem praetor destitute edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem ejus habere debet et excusationem recipere causa cognita: ut puta si fuerit infamatus a litigatoribus, aut si inimicitiae capitales inter eum et litigatores aut alterum ex litigatoribus intercesserint, aut si actas aut valetudo quae postea contigit id ei munus remittat, aut occupatio negotiorum priorum vel profectio urguens aut munus aliquod reipublicae: et ita Labeo: Ulp. l. 15 D. eod.

et si qua alia incommoditas ei post arbitrium susceptum incedat. Sed in causa valetudinis similibusve causa cognita differre cogitur. Paul. l. 16 pr. D. eod.

Unde videndum erit, an mutare sententiam possit. Et alias quidem est agitatum, si arbiter jussit dari, mox vetuit, utrum eo quod jussit an eo quod vetuit stari debeat. Et Sabinus quidem putavit posse. Cassius sententiam magistri sui bene excusat et ait Sabinus non de ea sensisse sententia, quae arbitrium finiat, sed de praeparatione causae: ut puta si jussit litigatores Calendis adesse, mox Idibus jubeat: nam mutare

eum diem posse. Ceterum si condemnavit vel absolvit, dum arbiter esse desierit, mutare sententiam non posse, Paul. l. 19 § 2 D. eod.

quia arbiter, etsi erraverit in sententia dicenda, corrigere eam non potest. Gajus l. 20 D. eod.

Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit: et sibi imputet qui compromisit. Nam et divi Pii rescripto adicitur: „vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet.” Ulp. l. 27 § 2 D. eod.

2^o. Partijen kunnen ook haren rechtsstrijd beslechten door het aangaan van eene dading (*transactio*), d. i. eene overeenkomst, waarbij zij, door eene wederkeerige opoffering, een einde maken aan een onzekeren of betwisten rechtstoestand. Het eigenaardige der dading, in tegenstelling van andere verwante rechtshandelingen (afstand, erkenning, enz.), ligt in de vereischten der onzekerheid en der wederzijdsche opoffering van werkelijke of vermeende rechten.

Eene dading is niet bestaanbaar zonder onzekerheid aangaande den rechtstoestand van beide partijen of van één hunner, welke onzekerheid het gevolg kan zijn òf van eene werkelijke of gevreesde betwisting, òf hiervan dat eene aanspraak, wat haar bestaan of haren omvang betreft, van onzekere omstandigheden afhankelijk is. Daarom is eene dading nietig, wanneer zij is aangegaan over een bij rechterlijk vonnis beslisten rechtsstrijd.

De opoffering, die partijen brengen, kan zeer verschillend zijn, en daarnaar neemt de dading zelve een verschillend karakter aan. Partijen kunnen bijv. van weerszijden een onzeker zakelijk recht, erfrecht of familierecht of wel eene verbintenis, geheel of gedeeltelijk, erkennen of prijsgeven; tegenover de erkenning of den afstand aan de eene zijde kan aan de andere zijde iets gegeven of beloofd, een zakelijk recht of eene verbintenis gevestigd worden. Door deze overeenkomst kunnen dus, evenals door de schenking (zie hierboven § 90), allerlei vermogensveranderingen worden tot stand gebracht, zoodat zij niet uitsluitend thuis behoort in het Verbintenissenrecht, maar veeleer op hare plaats is in het Algemeen Gedeelte en wel, om hare strekking, naast het vonnis.

Voor zoover de dading verbintenissen doet ontstaan of althans erkent, geeft zij eene actie tot nakoming; voor zoover afstand wordt gedaan van werkelijke of vermeende rechten, is die afstand onherroepelijk: de schuldenaar wordt evenzoo bevrijd, alsof hij door den rechter ware vrijgesproken (*exceptio transactionis*).

Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. Qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit. Ulp. l. 1 D. de transact. (II, 15).

Cum te proponas cum sorore tua de hereditate transegisse et idpropter certam pecuniam te ei debere cavisse, etsi nulla fuisset quaestio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interposita pecunia recte cauta intellegitur. Ex qua causa si fisco solvisses, repetere non posses: si non solvisses, jure convenireris. Antónin. l. 2 C. de transact. (II, 4).

Si post rem judicatam quis transegerit et solverit, repetere poterit idecirco, quia placuit transactionem nullius esse momenti: hoc enim imperator Antoninus cum divo

patre suo rescripsit. Retineri tamen atque compensari in causam iudicati, quod ob talem transactionem solutum est, potest. Quid ergo si appellatum sit vel hoc ipsum incertum sit, an iudicatum sit vel an sententia valeat? Magis est, ut transactio vires habeat: tunc enim rescriptis locum esse credendum est, cum de sententia indubitata, quae nullo remedio adtemptari potest, transigitur. Ulp. l. 23 § 1 D. de cond. ind. (XII, 6).

Et post rem iudicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit vel appellare potueris. Ulp. l. 7 pr. D. de transact. (II, 15).

Si causa cognita prolata sententia, sicut iure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis sollemnitate suspensa non est, super iudicato frustra transigi non est opinionis incertae. Proinde si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsequuta competentem tibi actionem peremisti, praeses provinciae usitato more legum rebus pridem iudicatis effectum adhibere curabit. Dioel. et Maxim. l. 32 C. de transact. (II, 4).

Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit. Dioel. et Maxim. l. 38 C. eod.

Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerit rato manente pacto, stipulanti recte promiserat, praestare cogetur. Hermogen. l. 16 D. de transact. (II, 15).

Causas vel lites transactionibus legitimis finitas imperiali rescripto resuscitari non oportet. Dioel. et Maxim. l. 16 C. de transact. (II, 4).

Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicarum esse recta ratione placuit, si quidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea quae placuerant custodiri. Nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas, cum nullum tempus sanae mentis majores quinque et viginti annis consensus repudiet. Dioel. et Maxim. l. 20 C. eod.

Cum mota inofficiosi querella matrem vestram cum diversa parte transegisse ita, ut partem bonorum susciperet et a lite discederet, proponatis, instaurari quidem semel omissam querellam per vos, qui matri heredes extitistis, juris ratio non sinit. — Verum si fides placitis praestita non est, in id quod interest diversam partem recte convenietis: aut enim, si stipulatio conventioni subdita est, ex stipulatu actio competit, aut, si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est. Alex. l. 6 C. eod.

De dading kan worden bestreden wegens bedrog en dwang (zie hierboven §§ 80 en 81), niet daarentegen wegens benadeeling, noch wegens later gevonden bescheiden, tenzij mocht blijken, dat de dading was aangegaan op grond van valsche stukken.

Interpositas metus causa transactiones ratas non haberi edicto perpetuo continentur. Nec tamen quilibet metus ad rescindenda ea, quae consensu terminata sunt, sufficit, sed talem metum probari oportet, qui salutis periculum vel corporis cruciatum contineat. Dioel. et Maxim. l. 13 pr. C. de transact. (II, 4).

Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. Sin autem evidens calumnia detegitur et transactio imperfecta est, repetitio dabitur. Paul. l. 65 § 1 D. de cond. ind. (XII, 6).

Sub praetextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi jura non patiuntur. Sane si eam per se vel per alium subtractis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur, si quidem actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio removetur, si vero jam perempta est, infra constitutum tempus tantum actionem de dolo potes exercere. Dioel. et Maxim. l. 19 C. de transact. (II, 4).

Si ex falsis instrumentis transactiones vel pactiones initae fuerint, quamvis jus-

jurandum his interpositum sit, etiam civiliter falso revelato eas retractari praecipimus: ita demum ut, si de plurimis causis vel capitulis eadem pactiones initae fuerint, illa tantummodo causa vel pars retractetur, quae ex falso instrumento composita convicta fuerit, aliis capitulis firmis manentibus; nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur. Leo et Anthem. l. 42 C. eod.

3°. Indien partijen geene dading sluiten, kan aan een geschil of aan eene onzekerheid een einde gemaakt worden doordien hij, die een recht of eene aanspraak beweert te hebben, daarvan afstand doet (zie hierboven § 93), of degene, tegen wien dat recht of die aanspraak worden ingeroepen, ze erkent.

4°. Als eene soort dading kan ook beschouwd worden de overeenkomst, krachtens welke een rechtsstrijd zal beslist worden door den eed van eene der partijen, zie hieronder § 195, III, bl. 116.

Jusjurandum speciem transactionis continet majoremque habet auctoritatem quam res judicata. Paul. l. 2 D. de jurej. (XII, 2).

Jurejurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an juraverit dari sibi oportere vel, cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit. Ulp. l. 9 § 1 D. eod.

§ 117. TENUITVOERLEGGING VAN HET VONNIS.

Wanneer een veroordeelend vonnis den overwonnen gedaagde eenige praestatie oplegt, is deze verplicht aan die veroordeeling te voldoen. De vraag is, welke middelen den eischer ten dienste staan om zijne tegenpartij daartoe te noodzaken. Dezelfde vraag doet zich voor ten aanzien van hen, die, ten gevolge van bekentenis of eed, voor veroordeeld worden gehouden.

Oudtijds werd, volgens de wet der 12 Tafelen, de executie gericht tegen den *persoon* van den veroordeelde (*manus injectio*, zie hierboven § 102, nr. 4). Door de Lex Poetelia (omstreeks 313 v. C.) en het praetorische edict werd zij belangrijk verzacht. Tevens werd, naast deze persoonlijke executie, door den praetor Rutilius ingevoerd en later allengs verbeterd en uitgebreid eene algemeene vermogensexecutie (*missio in possessionem* en *bonorum venditio*). Daarbij wordt het vermogen van den schuldenaar in massa verkocht en aan den meestbiedende toegewezen, die als opvolger onder algemeenen titel (*bonorum emptor*, zie hierboven § 71) verplicht is de schulden, ten beloope der door hem geboden percenten, te betalen, waardoor de schuldenaar in zoover wordt bevrijd.

In den Keizertijd wordt bij de vorderingen tot teruggave of vertooning eener bepaalde zaak onmiddellijke dwang tot afgifte (*manu militari*) toegelaten, zie bijv. hieronder § 155. In alle andere gevallen, waarin veroordeeling tot eene geldsom wordt uitgesproken, heeft inbeslagneming van bijzondere goederen plaats (*pignus in causa judicati captum*, zie hieronder §§ 170 en 171). Algemeene executie komt in het Justiniaansche recht alleen nog voor, wanneer verschillende schuldeischers van een insolventen schuldenaar deze verlangen. Het goed wordt dan echter niet

meer bij massa aan den meestbiedende verkocht, maar door een te be-
noemen curator stuksgewijze te gelde gemaakt (*distractio bonorum*).

Volgens de *Lex Julia de cessione bonorum* kan de insolvente schulde-
naar, door ten behoeve van zijne crediteuren afstand te doen van zijnen
boedel, zich bevrijden van de eerloosheid en den lijfswang, waardoor
hij anders zou worden getroffen (zie hieronder § 210, III, bl. 178).

§ 118. RECHTSMIDDELEN TEGEN HET VONNIS.

Het oude recht kent geene gewone rechtsmiddelen, waarmede de in
het ongelijk gestelde partij een gewezen vonnis kan bestrijden, ten einde
eene betere beslissing te erlangen. De eenige wijzen, waarop de werking
van een vonnis kan worden opgeheven, zijn de volgende:

a. de *intercessio* tegen beschikkingen van den magistraat door een
magistraat van gelijken of van hooger rang of door een volkstribuun.
Door dit middel kan echter alleen de uitvoering der verkeerde uitspraak
worden tegengehouden; ze kan niet worden verbeterd;

b. in *integrum restitutio*, zie hieronder § 119;

c. verzet tegen de *actio judicati* of *revocatio in duplum*, wanneer de
veroordeelde beweert, dat het vonnis feitelijk of rechtens niet bestaat,
omdat de procesvormen zijn geschonden, omdat een onbevoegde magi-
straat of rechter heeft geoordeeld, omdat een verkeerde persoon veroor-
deeld is, of omdat het vonnis strijdt met de geldende rechtsregels of
iets onmogelijks inhoudt. Beide middelen leiden tot eene nieuwe uit-
spraak over de vraag, of er rechtens een vonnis bestaat; de veroor-
deelde, die in het ongelijk wordt gesteld, moet, bij wijze van straf, het
dubbel betalen.

*Illud meminimus: si quaeritur, judicatum sit nec ne, et hujus quaestionis judex
non esse judicatum pronuntiaverit: licet fuerit judicatum, rescinditur, si provocatum
non fuerit. Macer l. 1 pr. D. quae sent. sine appell. (XXXIX, 8).*

Eerst onder de Keizers wordt ingevoerd en langzamerhand uitgebreid
het hooger beroep (*appellatio*) op eene hoogere instantie, den *praefectus
urbi*, den *consularis*. De Keizer is de hoogste instantie voor het geheele
Rijk. Het hooger beroep, waardoor vonnissen niet alleen vernietigd,
maar ook verbeterd kunnen worden, is een gewoon rechtsmiddel, dat in
alle zaken kan worden aangewend — echter niet bij bekentenis of eed,
noch in geval van veroordeeling bij niet-verschijning des gedaagden (zie
hierboven § 104) — wanneer de partij zich door de uitspraak van den
eersten rechter verongelijkt acht. Beroep op den Keizer is alleen geoor-
loofd, wanneer het geding over een bepaald bedrag loopt. Ondersteld
wordt, dat de aangevallen uitspraak werkelijk een geldig vonnis is; van
een nietig vonnis is appel onnoodig. Het hooger beroep moet binnen
een korten termijn mondeling of schriftelijk (*libelli appellatorii*) worden
ingediend en heeft schorsing der executie ten gevolge. In appel mag
men zich beroepen ook op nieuwe feiten en bewijsmiddelen (zoogenaamd

beneficium novorum). Wordt het hooger beroep gegrond geoordeeld, dan vervalt het vroegere vonnis; blijkt het ten onrechte te zijn ingesteld, dan wordt de eerste uitspraak bevestigd, zonder dat deze bevestiging terugwerkt, en de appelland door eene straf getroffen.

Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem judicantium vel imperitiam recorigat: licet nonnumquam bene latas sententias in pejus reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est. Ulp. l. 1 pr. D. de appell. (XXXXIX, 1).

Appellatione interposita, sive ea recepta sit sive non, medio tempore nihil novari oportet: si quidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est: si vero non est recepta, ne praedictum fiat, quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio an non sit.— Recepta autem appellatione tandiu nihil erit innovandum, quamdiu de appellatione fuerit pronuntiatum. Ulp. l. 1 pr., § 1 D. nihil innovari (XXXXIX, 7).

Cum ex causa iudicati soluta esset pecunia ex necessitate iudicis ab eo, qui appellatione interposita meruerit meliorem sententiam, recipere eum pecuniam quam solvit oportet. Ulp. l. 11 D. de appell. (XXXXIX, 1).

Sed si furti vel aliis famosis actionibus quis condemnatus provocavit, pendente iudicio nondum inter famosos habetur: si autem omnia tempora provocationis lapsa sunt, retro infamis est: quamvis si injusta appellatio ejus visa sit, hodie notari puto, non retro notatur. Ulp. l. 6 § 1 D. de his qui not. (III, 2).

Si quid autem in agendo negotio minus se adlegasse litigator crediderit, quod in iudicio acto fuerit omissum, apud eum qui de appellatione cognoscit persequatur, eum votum gerentibus nobis aliud nihil in iudiciis quam justitiam locum habere debere necessaria res forte transmissa non excludenda videntur. Dioel. et Maxim. l. 6 § 1 C. de appell. (VII, 62).

Door de invoering van het appel is het begrip der rechtskracht (zie hierboven § 115) eenigermate gewijzigd en te onderscheiden van de geldigheid van het vonnis. Terwijl toch vroeger elk geldig vonnis rechtskracht had, is het nu mogelijk, dat een vonnis geldig is en toch niet heeft de werkingen der gewijsde zaak, omdat het nog vatbaar is voor hooger beroep.

§ 119. HERSTEL IN DEN VORIGEN TOESTAND.

Herstel in den vorigen toestand (*in integrum restitutio*) is een buitengewoon, diep ingrijpend rechtsmiddel (*extraordinarium auxilium*), waarmede de praetor dengene, die met toepassing van den rechtsregel aanmerkelijk is benadeeld, te hulp komt, wanneer er, blijkens een bijzonder daaromtrent ingesteld onderzoek, uit een oogpunt van billijkheid, gegronde reden bestaat om die benadeeling op te heffen. In tegenstelling van andere rechtsmiddelen, waardoor eveneens bestaande rechtsbetrekkingen worden opgeheven en vroegere hersteld (bijv. *actio doli*, *actio metus*, *actio redhibitoria*), kenmerkt zich de *in integrum restitutio* hierdoor, dat bij haar alles afhangt van het oordeel der Overheid, die beslist, of, alle omstandigheden in aanmerking genomen, herstel in dit concrete geval billijk en doelmatig is te achten.

In de eerste plaats wordt vereischt, dat er zij schade, die niet eene geldelijke behoefte te zijn, hetzij ten gevolge van eene handeling of van

een verzuim, hetzij bestaande in een werkelijk verlies of in eene winst-deriving. Voorts moet er eene bijzondere reden aanwezig zijn, die de Overheid noopt, aldus in te grijpen in bestaande toestanden.

Volgens het edict van den praetor kan *in integrum restitutio* verleend worden wegens minderjarigheid — het meest voorkomende en daardoor meest ontwikkelde geval — en verder wegens dwang, bedrog, dwaling, verzuimen vooral ten gevolge van afwezigheid, *capitis deminutio minima* van den schuldenaar.

Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae causa cognita ejusmodi deprehensa sunt, vel ab aliis circumventi vel sua facilitate decepti aut quod habuerunt amiserunt, aut quod acquirere emolumentum potuerunt omiserint, aut se oneri quod non suscipere licuit obligaverunt. Ulp. l. 44 D. de minor. (IV, 4).

Et sive quid amiserit vel lucratus non sit, restitutio facienda est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit. Paul. l. 27 D. ex quib. caus. maj. (IV, 6).

Utilitas hujus tituli non eget commendatione, ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive metu sive calliditate sive aetate sive absentia inciderunt in captionem, Ulp. l. 1 D. de l. l. R. (IV, 1).

sive per status mutationem aut justum errorem. Paul. l. 2 D. eod.

Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. Modest. l. 3 D. eod.

Al zijn echter deze vereischten aanwezig, zoo wordt toch geen herstel verleend, wanneer het gemeene recht een middel aan de hand geeft om de schade af te weren; of wanneer de geleden schade naar verhouding geringer is dan die, welke door de restitutie aan derden zou worden berokkend; of wanneer de schade een gevolg is van eigen schuld of van een toeval, dat ieder ander eveneens had kunnen treffen en dus niet van den bijzonderen toestand, waarin de benadeelde verkeerde; of wanneer het herstel het crediet van den daarbij betrokken persoon zou benadeelen en hem dus eene schade toebrengen, grooter dan die waartegen herstel wordt gezocht; of wanneer het betreft de gevolgen van een begaan misdrijf of een gepleegd bedrog.

In causae cognitione etiam hoe versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate nec locupletior factus est. Ulp. l. 16 pr. D. de minor. (IV, 4).

Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si majori rei vel summae praejudicaretur, audiatur is qui in integrum restitui postulat. Callistr. l. 4 D. de l. l. R. (IV, 1).

Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. Totumque istud arbitrio praetoris temperabitur, id est ut ita demum restituat, si non negligentia, sed temporis angustia non potuerunt litem contestari. Paul. l. 16 D. ex quib. caus. maj. (IV, 6).

Is, qui rei publicae causa abest, in aliqua re laesus non restituitur, in qua, etiamsi rei publicae causa non afuisset, damnum erat passurus. Paul. l. 44 D. eod.

Item non restituitur, qui sobrie rem suam administrans occasione damni non incon-sulte accidentis, sed fato velit restitui; nec enim eventus damni restitutionem indulget,

sed inconsulta facilitas. Et ita et Pomponius libro vicensimo octavo scripsit. Unde Marcellus apud Julianum notat, si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit, non debere eum restitui: neque enim captus est emendo sibi rem per-necessariam, licet mortalem. Ulp. l. 11 § 4 D. de minor. (IV, 4).

Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, ne magno incommodo hujus aetatis homines adficiantur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur. Itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit aut tam neglegenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet. Paul. l. 24 § 1 D. eod.

Nunc videndum minoribus utrum in contractibus captis dumtaxat subveniatur, an etiam delinquentibus: ut puta dolo aliquid minor fecit in re deposita vel commodata vel alias in contractu, an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? Et placet in delictis minoribus non subveniri. Nec hic itaque subvenietur. Nam et si furtum fecit vel damnum injuria dedit, non ei subvenietur. Sed si, cum ex damno dato confiteri possit ne dupli teneatur, maluit negare: in hoc solum restituendus sit, ut pro confesso habeatur. Ergo et si potuit pro fure damnum decidere magis quam actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur. Ulp. l. 9 § 2 D. eod.

Wijders is de *in integrum restitutio* uitgesloten in enkele bijzondere gevallen. Zoo wordt bijv. geen herstel verleend tegen eene dertig- of veertigjarige verjaring, tegen verkoop door den fiscus van het goed zijner schuldenaren of tegen eene verleende vrijheid.

In het algemeen wordt zeer veel overgelaten aan de discretionnaire macht van den praetor.

Praetor edicit: „Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam.” Ulp. l. 1 § 1 D. de minor. (IV, 4).

Het herstel moet, door den benadeelde of door zijne opvolgers, worden gevraagd bij den praetor resp. den *praeses provinciae* of *proconsul*, en wel binnen een bepaalden termijn, oudtijds een *annus utilis*, volgens Justinianus een *quadriennium continuum*, te rekenen van het oogenblik, waarop de bijzondere toestand, die aanleiding geeft om herstel te vragen, heeft opgehouden te bestaan.

De *restitutio* werkt onpersoonlijk of persoonlijk, naarmate het recht, waarvan herstel wordt gevraagd, een absoluut of een relatief karakter heeft. Bij verbintenissen uit overeenkomst kan echter de benadeelde, wanneer hij geen verhaal heeft op de wederpartij of haren opvolger, ook derden aanspreken, die in het bezit zijn van hetgeen hij heeft verloren. De restitutie wegens dwang werkt altijd onpersoonlijk.

Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei ejus possessorem, licet eum eo non sit contractum. Ut puta rem a minore emisti et alii vendisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re sua careat, et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem judicio. Pomponius quoque libro vicensimo octavo scribit Labeonem existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emptor rursus eum alienavit, si quidem emptor sequens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam: si ignoravit et prior emptor solvendo esset, non esse faciendam: sin vero non esset solvendo, aequius esse minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emptor est. Ulp. l. 13 § 1 D. de minor. (IV, 4).

Het gevolg eener verleende *in integrum restitutio* is, dat partijen zoo-veel mogelijk worden teruggebracht in den toestand, waarin zij waren,

vóórdat het feit plaats greep, waardoor de benadeeling is veroorzaakt. Terwijl dus de benadeelde van aangegane verbintenissen wordt bevrijd en vervreemde zaken met hun toebehooren alsmede verloren rechten en bevoegdheden terugkrijgt, moet hij van zijn kant ook aan de tegenpartij alles teruggeven wat hij heeft verkregen, voor zoover hij dat nog in zijne macht heeft.

Pupillis, quos placuit oneribus hereditariis esse liberandos, confusas actiones restitui oportet. Papin. l. 87 § 1 D. de A. v. O. H. (XXIX, 2).

Si minor annis viginti quinque sine causa debitori acceptum tulerit, non solum in ipsum, sed et in fidejussores et in pignora actio restitui debet. Et si ex duobus reis alteri acceptum tulerit, in utrumque restituenda est actio. — Ex hoc intellegimus, si damnosam sibi novationem fecerit, forte si ab idoneo debitore ad inopem novandi causa transtulerit obligationem, oportere eum in priorem debitorem restitui. Gajus l. 27 § 2, § 3 D. de minor. (IV, 4).

Item ei, qui per captivitatē fundi possessionem vel usus fructus quasi possessionem amisit, succurrendum esse Papinianus ait, et fructus quoque medio tempore ab alio ex usu fructu perceptos debere captivo restitui aequum putat. Ulp. l. 23 § 2 D. ex quib. caus. maj. (IV, 6).

Restitutio autem ita faciēda est, ut unusquisque integrum jus suum recipiat. Itaque si in vendendo fundo circumscrip̄tus restituetur, jubeat praetor emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere, nisi si tunc dederit, cum eum perditurum non ignoraret: sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur, sed parcius in venditione, quia aes alienum ei solvitur, quod facere necesse est, credere autem non est necesse. Nam et si origo contractus ita constitit, ut infirmāda sit, si tamen necesse fuit pretium solvi, non omnimodo emptor damno adficiendus est. Paul. l. 24 § 4 D. de minor. (IV, 4).

..... Plane qui post aditam hereditatem restituitur, debet praestare, si quid ex hereditate in rem ejus pervenit nec perit per aetatis inbecillitatem. Ulp. l. 7 § 5 D. eod.

De *in integrum restitutio* is een middel, dat krachtiger werkt en verder reikt dan de gewone rechtsmiddelen. Juist daarom geeft men het niet wegens elke benadeeling en zorgt, dat de belangen van derden niet te veel worden getroffen, opdat de schade die men door de *in integrum restitutio* wil opheffen, niet worde opgewogen door de schade, die er door zou worden veroorzaakt.

Scaevola noster ajebat: si quis juvenili levitate ductus omiserit vel repudiaverit hereditatem vel bonorum possessionem, si quidem omnia in integro sint, omnimodo audiendus est: si vero jam distracta hereditate et negotiis finitis ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat, repellendus est: multoquoque parcius ex hac causa heredem minoris restituendam esse. Paul. l. 24 § 2 D. de minor. (IV, 4).

Si minor annis, posteaquam ex parte heres exstitit, in integrum restitutus est, divus Severus constituit, ut ejus partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur. Macer l. 61 D. de A. v. O. H. (XXIX, 2).

§ 120. MIDDELEN TOT BEWARING VAN RECHTEN BUITEN PROCES.

Het Romeinsche recht kent vele middelen om ook buiten proces rechten te verzekeren en te beveiligen. Met het oog op de vele vormen en het strenge actiën-stelsel zijn ze juist daar bijzonder noodig.

De bedoelde middelen strekken òf

1^o. om eene mogelijke betwisting te verijdelen door het bewijs te waarborgen, of het bestaan en den omvang eener zwakke of twijfelachtige verplichting boven allen twijfel te verheffen; daartoe dienen vooral stipulaties (verg. ook hieronder § 188 a. h. e.); òf

2^o. om eene bestaande verplichting krachtiger te maken door den wil van den verbonden persoon sterker te binden: eed, strafbeding; òf

3^o. om den rechthebbende te beveiligen tegen feitelijke belemmeringen, waarop de uitoefening van zijn recht zou kunnen afstuiten, met name tegen onvermogen van den schuldenaar door borgstelling of pand, of tegen verduistering van goed door sequestratie (zie hieronder § 186) of *missio in possessionem*.

Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, judiciales cautionales communes. — Judiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur ut ratum fiat, ut iudicatum solvi et ex operis novi nuntiatione. — Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratum rem haberi et damni infecti. — Communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa. — Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione. — Stipulationum istarum praetoriarum quaedam sunt, quae satisfactionem exigunt, quaedam nudam repromissionem: sed perpaucae sunt, quae nudam promissionem habent, quibus enumeratis apparebit ceteras non esse repromissiones, sed satisfactiones. Ulp. l. 1 pr. — § 5 D. de stip. praet. (XXXXVI, 5).

„Cautum” intellegitur, sive personis sive rebus cautum sit. Paul. l. 188 § 1 D. de V. S. (L, 16).

Plus cautionis in re est quam in persona. Pomp. l. 25 D. de R. J. (L, 17).

Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia et ventris nomine. Damni enim infecti nomine si non caveatur, non in universorum nomine fit missio, sed rei tantum, de qua damnum timetur. Ulp. l. 1 D. quib. ex caus. in poss. (XXXXII, 4).

Cum legatorum vel fideicommissi servandi causa, vel quia damni infecti nobis non caveatur, bona possidere praetor permittit, vel ventris nomine in possessionem nos mittit, non possidemus, sed magis custodiam rerum et observationem nobis concedit. Pomp. l. 12 D. eod.

Tot beteren waarborg voor de nakoming eener verplichting is aan sommige personen de bevoegdheid toegekend, eene zaak van hun schuldenaar, die zij onder zich hebben, zoolang te houden, totdat eene hun toekomende aanspraak is bevredigd (recht van terughouding of retentie, zie hieronder § 213 a. h. e.).

Eindelijk is, in vele gevallen, ter voorkoming van toekomstige betwisting, aan bepaalde personen de verplichting opgelegd, om een inventaris op te maken van de goederen die zij onder zich hebben en verplicht zijn later terug te geven of te verantwoorden.