



De leer der transactie of dading naar het Romeinsche- en Nederlandsche regt

<https://hdl.handle.net/1874/299031>

DE LEER DER TRANSACTIE OF DADING

NAAR HET

ROMEINSCH- EN NEDERLANDSCHE REGT.

DE FEEN DER TRANSCATIE OF BADING

ROMEINSCHE EN NEDERLANDSCHE RECHT

SPECIMEN JURIDICUM INAUGURALE

DE

TRANSACTIONE,
SECUNDUM JUS ROMANUM AC HODIERNUM.

QUOD,

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI

GEORGII GUILIELMI VREEDE,

JURIS ROM. ET HOD. DOCT. ET PROF. ORD.,

NEC NON

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU

ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,

Pro Gradu Doctoratus

SUMMISQUE IN

JURE ROMANO ET HODIERNO HONORIBUS AC PRIVILEGIIS

IN ACADEMIA RHENO-TRAJECTINA

RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,

ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

JACOBUS ADELBERTUS HAAKMAN,

Amstelaedamensis.

A. D. XXVII M. SEPTEMBRIS, A. MDCCCLX, HORA III.


Trajecti ad Rhenum,

TYPIS MANDARUNT KEMINK ET FILIUS.

MDCCCLX.

THE

VAN MIER OUDERS

VOORREDE.

Bij het einde van het gelukkig tijdperk, dat ik aan de Utrechtsche Hoogeschool mogt doorbrengen, is het mij eene behoefte U allen, die mijne schreden hebt geleid, een woord van hartelijken dank toe te brengen.

Hooggeschatte Promotor, LINTELO DE GEER, wees overtuigd van mijne innige erkentelijkheid, zoo voor het belangrijk onderwijs, dat ik met velen van U mogt genieten, als voor den vriendelijken bijstand, mij in het bijzonder, bij de bearbeiding dezer proeve geschonken.

Geachte Hoogleeraren ACKERSDIJK en VREEDE, in dankbare herinnering zullen mij immer bij blijven de vele blijken van welwillendheid, die ik van Uwe zijde heb ondervonden.

Ook Gij, Hoogleeraren HOLTJUS en FRUIN, stondt mij ter zijde, waar ik Uwe hulp inriep; — met bereidvaardigheid

hebt Gij mij toegang tot Uwe bibliotheken verleent. Aan-
vaardt beiden mijnen vriendelijken dank.

Hoogleeraren ROVERS, OPZOOMER, KARSTEN en BUIJS
BALLOT, gelukkig reken ik mij, onder Uwe leiding het
Academie-Leven eenmaal te zijn ingetreden.

Dierbare Vriend Dr. W. F. SCHEIJ, moge ik eenmaal
kunnen toonen, dat de zorg aan mijne vroegere opleiding
door U besteed, niet aan eenen ondankbare is verspild
geworden.

Academie-Vrienden vaart wel! De herinnering aan het
verleden zij U allen eene bemoediging voor het toeko-
mende.

INHOUD.

EERSTE GEDEELTE.

ROMEINSCH REGT.

	Blz.
HOOFDSTUK I. Over het begrip en den aard van Transactie. . .	3.
„ II. Over de personen, welke kunnen transigeren. . .	19.
„ III. Over het voorwerp van Transactie.	38.
„ IV. De handeling van Transactie in betrekking tot de voorwaarden, welke tot haar wezen behooren. .	84.
„ V. De werking der Transactie.	96.
„ VI. De ontbinding en de gronden tot vernietiging der Transactie.	117.

TWEEDE GEDEELTE.

NEDERLANDSCH REGT

HOOFDSTUK I. Het begrip en de aard van Dading.	141.
„ II. De personen welke dading kunnen treffen. . .	153.
„ III. Het voorwerp en de vorm van Dading. . . .	187.
„ IV. De werking der Dading.	215.
„ V. De nietigheid en de gronden tot vernietiging der Dading.	242.

EERSTE GEDEELTE.

ROMEINSCH REGT.

EERSTE GEDEELTE.

ROMEINSCH REGT.

THE FIRST EDITION

OF THE

RECORDS OF THE

RECORDS OF THE

RECORDS OF THE

RECORDS OF THE

RECORDS OF THE

RECORDS OF THE

RECORDS OF THE

RECORDS OF THE

RECORDS OF THE

RECORDS OF THE

HOOFDSTUK I.

OVER HET BEGRIP EN DEN AARD VAN TRANSACTIE.

'Te vergeefs zal men naar eene bepaling van *Transactie* zoeken in de Titels van Pandecten en Codex ¹⁾, welke van deze regts-handeling gewagen.

De Romeinen, practici bij uitnemendheid, gevoelden weinig behoefte aan regtsbepalingen. In navolging der regtsgeleerden van den tegenwoordigen tijd, willen wij evenwel reeds bij den aanvang van ons onderzoek eene formule trachten te vinden, waarin het begrip der te behandelen zaak kort en duidelijk wordt uitgedrukt.

De middelen hiertoe zijn in ruime mate voorhanden, en worden ons door de Romeinsche regtsgeleerden zelve verschaft.

Zoo bij CICERO, als bij de JC^{ti}, wier uitspraken in de Pandecten zijn opgenomen, wordt aan de handeling van Transactie den zin van *absolvere*, *expedire* toegekend.

In de *Oratio pro QUINCTIO*, o. a. leest men: *Quaero*

1) D. II, 15, en C. II, 4.

qua ratione NAEVIUS *susceptum negotium transegerit* ¹⁾; — in l. 229 D. *de verb. sign.* (L. 16) zegt PAULUS:

„*Transacta, finitave* intelligere debemus non solum de quibus controversia fuit, sed etiam, quae sine controversia sunt possessa.”

Past men deze beteekenis toe op de woorden van ULPIANUS in l. 1 D. h. t. waar hij zegt: *Qui transigit quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit*; — zoo komt men tot het besluit, dat Transactie een middel is om aan eene onzekerheid, welke eener regtsaanspraak aankleeft, een einde te maken. Uit die lex zelfe blijkt verder, wat onder onzekerheid moet worden verstaan. Door de tegenstelling van *res dubia* en *res lite incerta* ²⁾ heeft ULPIANUS willen aantoonen, dat Transactie plaats kan hebben, òf over eene uit zich zelfe onzekere zaak, òf over eene zaak, welke tot verschil aanleiding zou kunnen geven of werkelijk reeds gegeven heeft, en hierdoor een geding heeft of zou kunnen doen ontstaan, welks uitslag immer onzeker is ³⁾.

Al aanstonds zien wij hieruit, over welke zaken bij Transactie wordt gehandeld en merken wij als zoodanig op: die, welke onzeker zijn, doch niet tot verschil aanleiding kunnen geven en voorts die, welke betwistbaar zijn en daardoor aan het oog der twistende partijen zich onzeker voordoen. Naar den aard der zaken,

1) Zie ook Orat. pro ROSCIO Comoedo. Vgl. ERNESTI, Clavis en DIRKSEN, Manuale in v.

2) Zie over de beteekenis van *lis* in deze lex: VARRO, de verb. sign. XVI. *Lis* staat hier tegenover *res*, even als *causa* van *lis* wordt onderscheiden in l. 16 C. h. t.

3) Zie l. 1 C. de Pactis (II, 3).

waarover bij Transactie wordt gehandeld kan men haar denken als eene handeling *in-* of *buiten* regten en tevens als een middel, waardoor een geding wordt beslist of voorgekomen, of als eene wijze, waarop men uit een' onzekeren toestand geraakt.

Beschouwt men nu de *Transactie* meer bepaaldelijk als middel van pleitbeslechting, en denkt men alzoo aan eene *twistige* zaak, zoo doet zich eene vraag op: waarin verschilt zij van andere regtsinstituten, die hetzelfde karakter hebben, zoo als het *vonnis*, het *compromis*? Ook op deze vraag heeft ULPIANUS in de l. l D. h. t. het antwoord gegeven, door de Transactie als eene handeling van de partijen zelve voor te stellen. *Vonnis* en *compromis* zijn daarentegen handelingen door *derden*.

De pleitbeslechting, welke bij Transactie door partijen zelve geschiedt, moet natuurlijkerwijze een gevolg zijn van haar beider wil. Terwijl nu iedere op den verklaarden wil van twee personen steunende handeling, in het R. R. *pactum* wordt genoemd, zal men dien naam ook aan de Transactie moeten toekennen ¹⁾.

Wanneer twee personen omtrent iets overeenkomen, kunnen zij hiermede tweërlei bedoeling hebben. Of de een wil aan den ander een voordeel toekennen zonder dat hij daarvoor iets in de plaats ontvangt, óf beide beoogen ieder voor zich eenig voordeel met deze handeling.

Bij *Transactie* worden de partijen immer veronder-

1) l. D. de Pactis (II, 14) „Pactum autem a pactione dicitur, est autem pactio duorum pluriumve in unum placitum consensus.”

H. DONELLUS, Comment. Ed. Francof. 1626, T. 18, p. 1036, 10, a. „Pacti species est transactio, certe non est transactio sine conventione.”

steld deze laatste bedoeling te hebben. „*Transactio nullo dato seu retento minime procedit*,” zegt de l. 38 C. h. t. Over en weder moeten zij dus òf iets geven, òf iets doen, òf beloven iets niet te zullen doen. In het algemeen drukken wij dit uit door te zeggen, dat bij Transactie elk der partijen zich eene opoffering moet getroosten. De hogrootheid dier opofferingen, hare verhouding tot elkander hangen natuurlijkerwijze van den wil der transigenten af en niets belet dan ook, wanneer haar wil dit beoogt, dat de een zich tot meer dan de ander verpligte.

In de *wederzijdsche* opofferingen bij Transactie gevorderd ligt wederom een verschil tusschen dit regtsmiddel en het vonnis of het Compromis.

Derhalve hebben wij de volgende kenmerken in de Transactie opgemerkt: Overeenkomst (*Pactum*) — *waardoor* eene onzekerheid over eene regtsaanspraak wordt opgelost, of wel *waardoor* eene vordering wordt voorgekomen of geëindigd — *waarbij* partijen over en weder iets opofferen.

De volgende bepaling laat zich hieruit zamenstellen: *Transactie is eene regtshandeling in de gedaante van een Pactum, waarbij partijen wederzijds iets opofferende, een einde maken aan eene onzekerheid, of wel een verschil beslissen, om hierdoor een geding te eindigen of te voorkomen, al naar dat het verschil tot eene regtsvordering had geleid, of dat men daarvoor vreesde.*

Vergelijken wij hiermede de karakterschets door CUIJACIUS en H. DE GROOT van Transactie gegeven:

„*Transactio est remissio litis praesentis aut imminantis.*” en:

„*Dading is een toeseegging van dingsluijden tot des dings-*

talige saks beslissing," — dan missen wij daarin den inhoud der l. 38 C. h. t. Zij verdienen daarom welligt het verwijt van niet genoeg uit te drukken het verschil tusschen *Transactie* en *Compromis*. De algemeenheid van uitdrukking in de bepaling van *CUJACIUS*, maakt haar ook voor *kwietschelding van schuld* gangbaar.

Niet veel juister dan de beide vorige is de formule, waarin *DONELLUS* een begrip van *Transactie* heeft willen geven:

„Est enim trasactio nihil aliud quam pactio de re dubia vel controversa et de qua lis esse possit.”

Beter en scherper naar ons oordeel is de bepaling van *VINIUS*:

„Transactio est conventio, qua res dubia vel controversa aliquo dato, vel retento, vel promisso terminatur.”

Zij is te zamen gesteld uit de l. 1. D. en 38 C. h. t. *NODT*, *SCHULTING* en andere Hollandsche regtsgeleerden hebben haar overgenomen.

Van de bepalingen door de nieuwere schrijvers gegeven, mogen vermeld worden die van *ARNDTS* ¹⁾: „*Der Vergleich ist ein Vertrag, der eine Ungewissheit von rechtsansprüchen zu beseitigen bezweckt, indem beiderseits von dem vermeintlichen Recht etwas nachgelassen wird.*”

CARL RISCH ²⁾: „*Der Vergleich ist ein entgeltlicher Vertrag, welcher die beseitigung einer ungewissheit von Rechts-*

1) *Zie Lehrbuch der Pandecten*, § 269.

2) *Die Lehre vom Vergleiche* (von der Juristen facultät der Universität München, gekrönte Preisschrift.) Erlangen 1855.

ansprüchen, unter den Vertrag schliessenden zum unmittelbaren Inhalt hat."

Beide zijn evenwel niet volkomen bevredigend. De „Ungewissheit von Rechtsansprüchen" is naar onze meening niet het eenig voorwerp der Transactie. Ook en wel voornamelijk wordt over een verschil getransigeerd.

PUCHTA geeft de volgende omschrijving, welke aan het zelfde gebrek lijdt, als die van CUJACIUS en H. DE GROOT. „*Der Vergleich ist der Vertragsmässige umwandlung eines streitigen oder sonst ungewissen Rechtsverhältnisses in ein gewisses.*"

Om den aard der Transactie wèl te leeren kennen gaan wij deze handeling in hare historische wording en ontwikkeling na.

Van de wet der XII Tafelen is een gedeelte tot ons gekomen, welks verklaring tot grooten strijd aanleiding heeft gegeven. Het luidt aldus:

„Rem ubi pagunt orato; ni pagunt in comitio aut in foro ante meridiem causam conjicito" ¹⁾).

De verschillende meeningen te beschouwen, welke, zoo over den inhoud als over de interpunctie dezer plaats zijn genit, zou ons te ver af voeren; genoeg is het uit den tekst, door CICERO overgeleverd, te kunnen opmaken, dat het Twaalf-Tafelen regt reeds een pactum kende, waarbij partijen een verschil bijlegden ²⁾).

Duidelijk wordt het door een ander gedeelte van de wet der XII Tafelen in welke gevallen dit pactum werd aangewend.

1) Vgl. CICERO ad HERENNIIUM, II, 13.

2) Hem, die den strijd der schrijvers over den inhoud en over de inter-

In een ander fragment, door DIRKSEN aan de 8^{ste} tafel toegekend ¹⁾, wordt namelijk gezegd: „*Si membrum rupit, ni cum eo pagit, talio esto.*” Hieruit blijkt dat oorspronkelijk zulk een pactum werd gesloten nà het begaan van een privaat delict, ter voorkoming van de poena talionis ²⁾.

Herinneren wij ons, hoe de Romeinen ten tijde van de wet der XII Tafelen nog weinig onderscheid maakten tusschen Delicta Publica en Delicta Privata; en hoe zij iedere belediging of beschadiging den persoon of den eigendom aangedaan, overlieten aan de vervolging van den beleedigde, of benadeelde, mits hij zijne vervolging bepaalde binnen de grenzen, door de wet gesteld; zoo kan het ons niet verwonderen, dat in die wet zelve vrijheid werd gegeven, om bij overeenkomst de straf, of liever gezegd, de vervolging te verzachten of af te wenden, waaraan de beleediger anders blootstond.

Ligtelijk laat het zich begrijpen, dat zoodanige overeenkomst door den beleedigde of benadeelde, meestal niet

punctie van dit gedeelte van de wet der XII Tafelen zou willen nagaan verwijzen wij tot:

F. BALDUINUS, Commentarii de legibus XII Tab. Basiliae 1558. c. 47.

GER. NOODT, de pactis et transact. RUTGERSII variac Lectiones. L. V. c. 16.

DIRKSEN, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel. Fragmente Leipzig 1824. p. 168 waar de schrijver aantoont dat deze text uit twee gedeelten bestaat, welke tot de 6e en 7e tafel zouden hebben behoord.

Vgl. ook KELLER, Röm. civilprocess, RUDORFF, Röm. Rechtsgeschichte, II, p.

¹⁾ Op. Cit. bladz. 516.

²⁾ De L. XII Tab. kende drie privaat delicten, t. w. *Injuria*, *Damnnum* en *Furtum*. Bij GAJUS worden er vier vermeld: t. w. de drie genoemde en *Rapina*.

gesloten werd, ten zij de delinquent hem beloonde voor de opoffering van zijn regt tot vervolging. Hoe toch zal men veronderstellen, dat hij, die zoo even bij den Regter ging vorderen, dat hij den hem aangedanen hoon, of de hem toegebragte schade, op den schuldige zou mogen verhalen, het regt hem toegestaan, zonder eenige belooning zal opgeven.

Zoo dikwerf nu een pactum de non petendo over eene vordering tot straf wordt gesloten, onder voorwaarde, dat hij, ten wiens voordeele het strekt, zich eene opoffering getrooste, zal men dit pactum naar aanleiding van de l. 38 C. h. t. *Transactie* moeten noemen ¹⁾.

Maar niet onmogelijk is het dat zoodanige vervolging worde gestaakt, zonder dat hiervoor eenige belooning wordt gevraagd, alzoo uit zuivere edelmoedigheid. In dergelijk geval heeft het pactum de non petendo het karakter eener liberalitas, en heet het een *pactum remissorium*.

Bij erkenning van deze tweeërlei gedaante, waarin een pactum de non petendo kan voorkomen, mag men niet met VÖLDERNDORFF WARADEIN aannemen, dat het Pactum de non petendo naar het Twaalf-Tafelen regt, niet anders was dan eene Transactie, maar zal men de Transactie volgens de wet der XII Tafelen veeleer als eene Species pacti de non petendo moeten aanmerken ²⁾.

1) Zie hier de verhouding waarin de partijen in het hier voorgesteld geval verkeerden: van de zijde des beleedigden wordt eene vordering tot straf of schadevergoeding, naar de l. XII Tab. aan den beleedigde of benadeelde als een privaatrecht toekomende, opgeofferd, — van die des schuldigen daarentegen eene zekere zaak, of wel de belofte om iets te doen of niet te doen, als tegenpraestatie voor de *remissio litis*.

2) Zur Lehre vom ERLASZ, München 1850, hl. 30.

Het pactum de non petendo van de wet der XII Tafelen moet, naar wij gelooven, onder welke gedaante het zich ook voordoe, het zij als Transactie, het zij als pactum remissorium, immer beschouwd worden als een middel tot afwering van straf.

Hoe toch zou het zich laten verklaren, dat het Pactum de non petendo of zijn species de Transactie in het Twaalf-Tafelen regt, tegen eenige andere vordering, dan die ex delicto werd toegelaten? Gelijk wij immers weten, erkent de wet der XII Tafelen geene verbindtenissen, dan die, welke onder wettelijk voorgeschreven vormen zijn aangegaan. Het begrip dat de bloote toestemming voldoende is, om tusschen twee personen eene regtsbetrekking te scheppen, heeft zich eerst gevormd bij de latere ontwikkeling van het Romeinsche regt.

Pacta komen in het Twaalf-Tafelen regt, inderdaad dan in aanmerking, wanneer men daarbij beoogd heeft eene strafvervolgning te doen ophouden ¹⁾.

De strekking in het pactum de non petendo van het Twaalf-Tafelen regt opgemerkt, maakt dit tevens tot eene processuele handeling. Men moest toch bij den Regter eerst om het regt van vervolging tegen den schuldige hebben gevraagd, alvorens men hem voor zijn misdrijf kon doen boeten.

Het pactum de non petendo is hier dus gerigt tegen de aanklagt.

Hetzelfde geldt natuurlijk voor de Transactie als zijn species ²⁾.

1) Zie VÖLDERNDORFF WARADEIN, t. a. p. RISCH, t. a. p. v. SCHEURL, Beitr. zur Bearb. des R. R. II, 1e heft.

2) Zoo zegt GAIUS in l. 22, § 1 D. de Pactis: Qui in jus vocatus est

Een blik in de titels: de Pactis ¹⁾ overtuigt ons, dat door verloop van tijd, het pactum de non petendo zich een ruimer gebied heeft verworven. In de uitspraak van ULPIANUS, dat men als pactum moet beschouwen iedere „*duorum pluriumve in unum placitum consensus*,” wordt ten duidelijkste uitgedrukt, dat het pactum de non petendo niet meer bepaald is tot vorderingen ex delicto, maar integendeel omtrent vorderingen van allerlei aard kan voorkomen.

De eenige beperking aan de pacta gesteld, ligt in het voorschrift van den Praetor, dat hij slechts die zal beschermen, welke niet met de wet, de goede trouw of de billijkheid strijden ²⁾.

Het pactum de non petendo bij de wet der XII Tafelen het eenige pactum, is alzoo in het later Romeinsche regt, eene der vele soorten van pacta geworden.

Van waar die ontwikkeling van het begrip, oorspronkelijk aan het pactum eigen? Het jus civile, in de wet der XII Tafelen vervat, bond, zoo als wij weten, streng aan den vorm en deed van dezen de rechtskracht eener handeling afhangen. Die vereenzelving van *regt* en *vorm* mag, zoolang de Romeinsche Staat nog in zijn' oorsprong was, weinig bezwaar hebben opgeleverd; — de uitbreiding van het Romeinsche volk in latere tijden, zijn toenemend verkeer met vreemdelingen, zal evenwel het bewustzijn

duobus casibus dimittendus est, si quis ejus personam defendet, et si dum in jus vocatur de re *transactum* fuerit.

1) D. II, 14. C. II, 3.

2) l. 7, § 7 D. de Pactis (II, 14). Ait Praetor Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, Plebiscita, Seta, edicta, decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt servabo.

levendig hebben doen worden, dat die vormen somwijlen lastig konden zijn, als den vreemdeling van het regtsverkeer uitsluitende, en overbodig mogten worden geacht, waar men elkander vertrouwde.

De opname van vreemde volken in den Romeinschen Staat, de bescherming welke men hun wilde verleenē, afgescheiden van het civiel regt, dat bepaaldelijk voor den Romeinschen burger gold, moest noodwendig op de oorspronkelijke regtsbegrippen inwerken. De inrigting der jurisdictie van den Praetor, en diens Edict maakten voorts eene hervorming des Regts, naar de behoeften des tijds en de eischen der billijkheid mogelijk. — Ziedaar de redenen van het ontstaan der vormlooze regtshandelingen naast die, welke aan vaste vormen gebonden waren ¹⁾. Aldus hebben wij ons de wording te verklaren van die overeenkomsten, waarvan het Twaalf-Tafelen regt niet wist; b. v. *emptio*, *venditio*, *locatio conductio*, *societas* enz.; alle op bloote toestemming der partijen gebouwd. Zoo ontstonden ook de *contractus innominati*.

Terwijl aan alle deze overeenkomsten eene *causa civilis* ten grondslag lag, waardoor zij in hare werking met *obligationes stricti juris* gelijk gesteld konden worden, ging men nog een stap verder en kende, waar de billijkheid en goede trouw dit vorderden, aan elke op verklaarden wil steunende afspraak (*pactum*) dit regtsgevolg toe, dat men er zich op kon beroepen tegen iedere daarmee strijdige vordering. Door het verleenē eener

1) Zie R. IHERING, *Geist des R. R.*; Leipzig 1858, bladz. 515: „Das system der bona fides im alt römischen Sinn, d. h. lediglich auf Treu und Glauben basirten Verkehrs ist ein nothwendige Ausfluss des jus strictum des Systems des Formalismus.“

exceptie beschermde de Praetor hem, van wien in strijd met eene vroegere afspraak werd gevorderd. Zoo had men het regt, wanneer een pactum de non petendo was aangegaan over hetgeen uit eene vroegere *verbindtenis* kon worden gevorderd, om zich op die afspraak te beroepen, tegen de vordering uit die verbindtenis ontstaande. Het gevolg hiervan was, dat die verbindtenis in hare uitvoering werd geschorst.

Hierin nu ligt het groot verschil tusschen het pactum de non petendo van het later Romeinsche regt en dat van de wet der XII Tafelen, in welk laatste de vordering ex delicto en daardoor ook de obligatio ex delicto geheel vernietigd werd. Naar de onderscheiding van het later Romeinsche regt, zou men dit verschil kunnen aanduiden door te zeggen dat het pactum de non petendo van de wet der XII Tafelen eene schuldvernietiging *ipso jure* te weeg bragt, terwijl de werking van het latere in den regel *ope exceptionis* was ¹⁾.

De werking „ope exceptionis” van het pactum de non petendo hoewel juridisch van die „ipso jure” verschillende, heeft ten slotte en in de uitkomst evenzeer een bevrijdend karakter.

Onderzoeken wij thans, of de Transactie van het later

1) Wij zeggen in den regel, omdat het pactum de non petendo bij zijne latere ontwikkeling meestal werd aangegaan over andere vorderingen dan ex delicto. Wordt het daarentegen over de aanklagt wegens een delictum getroffen, zoo wordt ook de aanklagt en hiermede de vordering ex delicto, naar het later Romeinsche regt opgeheven.

Evenzoo VON SCHEURL, t. a. pl. p. 22: „Regelmäßig und an sich ist das pactum de non petendo gar kein wahrer Erlasz Vertrag, sondern nur eine uebereinkunft, welche die wirksamkeit der Obligation ohne sie eigentlich auf zu heben, bleibend hemmt.”

Romeinsche regt, gelijk onder de wet der XII Tafelen nog als eene species pacti de non petendo voorkomt.

Om dit te mogen erkennen zou de Transactie van het later Romeinsche regt, evenzeer een bevrijdend karakter moeten hebben.

Gelijk het pactum de non petendo breidde zich ook de Transactie van de wet der XII Tafelen, door verloop van tijd uit. Vroeger bepaaldelijk eene processuele handeling, werd zij later ook extra-processueel, daar zij omtrent alle verbindtenissen of regten, waarover nog geen geding was aanhangig gemaakt, kon worden gesloten. Evenwel bleef haar langen tijd haar karakter van middel tot beslechting van een geschil bij, hoewel dit zich in zooverre wijzigde, dat uit het verschil, waarover zij werd aangegaan nog geene vordering behoefde te zijn voortgevlod, daar de vrees voor een geding, als genoegzamen grond werd beschouwd, om haar in het leven te roepen. Eerst onder de Keizerlijke wetgeving heeft men dit gezigtspunt enigzins opgegeven, door aan de Transactie ook de kracht toe te kennen, om aan eene onzekerheid, waaruit nimmer eenig verschil zou kunnen zijn geboren, een einde te maken. Als zoodanig zien wij de werking der Transactie in de l. 11 C. h. t.

In het Justiniaansche regt alzoo moet men de Transactie aanmerken als eene handeling, welke met drieërlei doel kan worden aangegaan, namelijk:

1°. Om een bestaand geding in der minne te eindigen; 2°. om een gevreesd geding te voorkomen; en 3°. om eene onzekerheid in eene zekerheid te herscheppen.

Vragen wij nu of de Transactie de vordering welke tot verschil aanleiding heeft gegeven opschort? Van de

beantwoording dezer vraag hangt tevens de beslissing af, of zij in het later Romeinsche regt nog eene species pacti de non petendo mag worden genoemd.

Indien Transactie over eene betwifelde regtsaanspraak wordt gesloten, dan laat zich de opoffering van hem, die haar deed gelden, op tweeërlei wijze denken. Hij geeft of zijn beweerd regt geheel of gedeeltelijk op, of hij verbindt zich tot iets aan de tegenpartij, opdat deze zijne bewering als regtmatig erkenne. In het laatste geval heeft de Transactie juist de omgekeerde werking van het pactum de non petendo, daar zij, in plaats van eene vordering krachteloos te maken, deze tot eene waarheid verheft. Zoo zien wij, dat door de uitbreiding, welke het pactum de non petendo en de Transactie allengs verkregen, ook de oorspronkelijke verhouding, waarin zij als genus en species onder het Twaalf Tafelen regt tot elkander hadden gestaan, werd verbroken; veeleer zoude men met RUSCH onder het Justiniaansche regt het pactum de non petendo moeten aanmerken, als: „*eine der Formen, in denen der Vergleich zur Existenz kommen kann*” ¹⁾).

Éene vraag blijft ons nog ter beantwoording over, nu wij den aard der Transactie hebben leeren kennen. Welke der opgemerkte eigenschappen geeft aan de Transactie haar hoofdkarakter?

De velerlei en geheel van elkander verschillende hoedanigheden dezer overeenkomst hebben de schrijvers, bij

1) t. a. p. bl. 31.

Anders RUDORFF ad PUCHTA, Pand. vorl. § 297: „*Von welchen pactum de non petendo der vergleich nur eine Species bildet.*”

de beantwoording dezer vraag met elkander in strijd gebragt.

De lang heerschende meening in Duitschland was, dat het karakter van overeenkomst de overhand heeft, boven dat van Processuele handeling; — hare eigenschappen als overeenkomst gaven wederom aanleiding tot verschil van zienswijze omtrent de plaats, welke de transactie onder de overeenkomsten inneemt.

MÜHLENBRUCH, PUCHTA en ARNDTS erkennen, dat zij somwijlen een bevrijdend karakter heeft en rekenen haar daarom tot de modi quibus obligatio tollitur.

VANGEROW en GÖSCHEN rangschikken haar onder de consensuele verbindtenissen.

De strijd, dien wij onder hen opmerken, welke het in beginsel eens zijn, maar in de nevenpunten verschillen, doet ons vermoeden dat zij niet het ware karakter der transactie hebben aangetoond. Voorts mag naar onze meening de transactie niet onbepaald onder de modi quibus obligatio tollitur worden gerangschikt; want zoo als gebleken is, heeft zij niet immer een *bevrijdend* karakter; — daarenboven veronderstelt een modus quo obligatio tollitur eene verbindtenis, terwijl de transactie ook een zakelijk regt tot voorwerp kan hebben.

Naar ons oordeel moet men het karakter eener overeenkomst in hare werking zoeken. Zoo is het in de plaats stellen eener nieuwe verbindtenis voor eene oude het karakter van *Novatie*: — het geven van eene zaak voor eene andere, dat van *ruiling*, het leveren eener bepaalde zaak tegen eenen bepaalden prijs, dat van *koop* en *verkoop*.

De werking der transactie was oorspronkelijk uitsluitend en in het later Romeinsche regt voornamelijk gerigt op

een bestaand of te voorzien geding. Van daar, dat wij haar meer als eene Processuele handeling beschouwen, en hierin meenen te moeten navolgen de samenstellers van Pandecten en Codex, die haar in het Processuele gedeelte van het R. R. hebben opgenomen, of liever nog de bewerkers van het Edictum, welke haar als een Processueel Pactum beschouwden en behandelden.



HOOFDSTUK II.

OVER DE PERSONEN, WELKE KUNNEN TRANSIGEREN.

De geldigheid van eene regtshandeling moet in de eerste plaats beoordeeld worden naar de bekwaamheid der handelende personen. Wij vangen derhalve het bijzonder gedeelte van dit onderzoek aan met de vraag: wanneer moet iemand geacht worden onbevoegd te zijn, tot het sluiten eener transactie?

Als overeenkomst (*pactum*) onder bezwarenden titel vordert de transactie bij de contrahenten *wil* en *vermogen*.

Tot de verklaring van zijnen wil moet de transigent bevoegd zijn even als tot de toepassing daarvan op zijn vermogen. De oorzaken, welke op die bevoegdheid belemmerend werken maken den persoon, bij wien zij tot het aangaan van transactie gevorderd wordt, onbevoegd.

Uit den aard der zaak, heeft het verlies des verstands dat van het gebruik des wils ten gevolge, en kunnen zinneloozen dus niet transigeren. Onder dien naam heeft men naar het Romeinsche Regt te verstaan: *furiosi*,

dementes, amentes, mente capti; — zij allen zijn onbevoegd tot eenige regtshandeling ¹⁾).

Tot op JUSTIANUS werd er veel getwist over de vraag, of in *lucidis intervallis* een krankzinnige gelijk mag worden gesteld, in de verklaring van zijnen wil, met iemand wiens verstandelijke vermogens niet zijn gekrenkt.

Genoemde Keizer loste die vraag door een bevestigend antwoord op ²⁾. In zulke oogenblikken zal een waanzinnige derhalve tot het sluiten eener transactie bekwaam moeten worden geacht.

In denzelfden regtstoestand als waanzinnigen, verkeerden zij, die zich in de eerste (7) levensjaren bevinden ³⁾. Ook hun is alle bevoegdheid ontzegd; — de transactie door eenen *infans* aangegaan, zelfs onder auctoritas van zijnen voogd, is dan ook volstrekt nietig.

De bevoegdheid tot beschikking werd oorspronkelijk geheel uitgesloten door de *patria potestas* en de *manus*. Beide deze regtsinstellingen ondergingen evenwel door verloop van tijd belangrijke wijzigingen. De *manus* verdween zelfs geheel onder de keizerlijke regering.

Oorspronkelijk kon een *filius familias* geen vermogen

1) Inst. 3, 19, § 8. *Furiosi nulla voluntas est*; l. 5 D. de R. J. L.) 17). *Furiosus nullum negotium contrahere potest.*

Inst. 1, 23, § 4 *Sed et mente captis curatores dandi sunt.*

Vgl. l. 2, l. 6 D. de Cur. fur. (XXVII, 10) l. 12, pr. D. de tut. et Cur. (XXVI, 5).

2) l. 6 C. de Cur. furios, (V, 70): *Per intervalla, quae perfectissima sunt nihil agere curatorem, sed ipsum posse furiosum, dum sapit et hereditatem adire, et omnia alia facere quae satis hominibus competunt.*

3) l. 1, § 13 D. de Obl. et Act. (XLIV, 7). *Huius (furiosi) proximus est qui ejus aetatis est ut nondum intelligatur, quid agatur.*

Inst. 3, 19, § 9, 10, nam *infans* . . . nullum intellectum habet.

bezitten; wat hij verkreeg kwam zijnen vader toe. Op dezen regel werd het eerst eene uitzondering gemaakt voor die goederen, welke de *filius familias* zich door krijgsdienst mogt hebben verworven ¹⁾. Ten opzichte van deze (*bona castrensia*) wordt de *filius familias* als eigenaar aangemerkt; — hij zal daarover dus ook kunnen transigeren.

Meerdere uitzonderingen op de regten der *patria potestas*, komen eerst onder de latere Keizers voor. Zoo gaf CONSTANTIJN aan hen, die in 's Keizers dienst zich aan het Hof bevonden, de vrije beschikking over alles, wat zij daarin zouden verdienen. (*bona quasi-castrensia*) ²⁾ Zijne opvolgers THEODOSIUS I, HONORIUS, THEODOSIUS II, VALENTINIANUS, LEO en ANTHEMIUS, en eindelijk JUSTINIANUS breidden den omvang van het *peculium quasi castrense* verder uit, zoodat in het later R. R. de *filius familias* gezegd kan worden, regt van beschikking te hebben, — en daardoor bevoegd te zijn tot het sluiten van transactie — over die goederen, welke hij door zich zelven had verkregen. Bovendien komen er uitzonderingen voor ten behoeve van de *filius familias* omtrent goederen, welke hij van anderen had gekregen; — van deze spreken wij later.

In de tijden toen de *manus* in zwang was, stond de vrouw in manu, tot haren echtgenoot in dezelfde betrekking, als de *filius familias* tot zijnen vader. De *manus* toch had voor haar ten gevolge dat zij ten opzichte van haren man *filiac loco* werd beschouwd. Bij het verdwijnen

1) Over den oorsprong der *bona Castrensia* zie GÖTTLING, Hist. des Röm. Staatsw. p. 108.

2) Zie I. un. C. de Castr. omn. (XII, 31). I. 2. C. de priv. eor. (XII, 29).

der manus verviel natuurlijk de beperkende invloed op de bevoegdheid der getrouwde vrouw, om over het nu haar eigen blijvend vermogen (*parapherna*) te beschikken. Hierin staat zij gelijk met eene *persona sui juris*.

De aan geene magt van anderen onderworpen personen zijn tot het aangaan van regtshandelingen bevoegd, maar zijn somwijlen beperkt in hunne vrijheid van beschikking en daardoor tot transactie onbekwaam.

Als zoodanig moet in de eerste plaats de *Impubes* genoemd worden. Zagen wij reeds vroeger hoe hij in de 7 eerste levensjaren in het R. R. geheel onbevoegd geacht werd tot eenige regtshandeling, gedurende de daarop volgende jaren werd wel den *Impubes* de eerste eigenschap tot het aangaan eener transactie gevorderd, *wil* namelijk toegekend, maar bleef hem toch de vrije toepassing van dien wil op zijn vermogen ontzegd, voor zooverre hij zich daardoor nadeel kon berokkenen. Het regt om eigenmagtig, d. i. zonder eenigen bijstand over zijn vermogen te beschikken, kwam hem niet toe. Tot het aangaan van transactie was hij derhalve onbevoegd, ten zij hem hierbij magtiging (*auctoritas*) door zijnen voogd ware verleend.

Had hij zonder die magtiging gehandeld, zoo was hij daardoor niet verbonden, en behoefde hij zich niet te onderwerpen aan de gevolgen dezer handeling, voor zoo ver hem die nadeelig konden zijn. Als *impubes* is hij te jong, om de gevolgen zijner handelingen te berekenen, en moet hij derhalve worden beschermd tegen het misbruik, dat van zijne onervarenheid zoude kunnen worden gemaakt. Daarom is de door hem op eigen gezag gesloten handeling, waardoor hij zijn vermo-

heeft verminderd slechts ten zijnen opzichte nietig. Hij daarentegen, die met den Impubes eene transactie heeft aangegaan, zal zich op diens onbekwaamheid niet kunnen beroepen.

In zeker opzigt verkeert hij, die door zijne zorgeloosheid en zucht tot verkwisting zijne belangen uit het oog verliest, in dezelfde omstandigheden, als de Impubes; aan beiden moet gemis van doorzicht worden toegeschreven. Eene veel betwiste vraag is het evenwel of de *prodigus* slechts onbevoegd moet worden gerekend tot zoodanige handelingen, waardoor hij zich nadeel berokkent, dan wel of men hem in dezen gelijk moet stellen met *furiosi* of *infantes*.

Eene schijnbare tegenstrijdigheid tusschen verschillende plaatsen der Pandecten heeft hieromtrent verschil van gevoelen doen ontstaan.

Zij die den *prodigus* volstrekt onbevoegd achten, beroepen zich op de uitspraak van POMPONIUS in l. 40 D. de reg. jur. (l. 17).

„*Furiosi vel ejus cui bonis interdictum est, nulla voluntas est.*”

Zij, die daarentegen de betrekkelijke onbevoegdheid van den *prodigus* voorstaan, voeren eene uitspraak van denzelfden POMPONIUS aan, in l. 3 D. Novat. (XLVI. 2).

„*Cui bonis interdictum est, novare obligationem suam non potest, nisi meliorem conditionem suam fecerit.*”

Aan deze laatste meening geven wij den voorkeur, daar men verkeerdelijk de l. 40 D. de reg. jur. als op zich zelve staande heeft beschouwd, en daardoor eene tegenstrijdigheid in de Pandecten heeft aangenomen, welke

in de daad niet bestaat. Want brengt men haar in verband met de l. 19 en 20 D. de aqua pluv. zoo als GOTHOFREDUS ¹⁾ reeds heeft aanbevolen, dan vervalt èn de tegenstrijdigheid, welke men in de boven aangehaalde wetten heeft willen zien, èn de meening, dat de prodigus volstrekt onbevoegd zoude zijn, gelijk de *furi- osus* en de *infans*.

In l. l. 19 et 20 D. de aqua pluv. zegt LABEO:

„Si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae, ... sed hoc ita si non per errorem aut impetum deceptus fuerit, *nulla enim voluntas errantis est.*”

In dezen samenhang, laat de l. 40 D. de reg. jur. zich zoo verklaren, dat een *prodigus*, als meestal in dwaling verkeerende omtrent hetgeen hem voordeelig is, niet verbonden wordt door eene handeling waardoor hij zich nadeel heeft toegebracht, daar men aan hem die in dwaling verkeert, geen wil kan toeschrijven. De transactie door den *prodigus* aangegaan, is dan ook, gelijk die van den Impubes *relatief* nietig.

Naar het oud R. R. werden puberes aangemerkt als volkomen meesters over hun vermogen, en konden zij daarover naar hun goedvinden beschikken. Ditzelfde denkbeeld ligt ook aan het later R. R. ten grondslag, maar daarin treft men eene nieuwe beschouwing aan, namelijk dat aan hem, die den leeftijd van 25 jaren nog niet heeft bereikt, iemand moet worden toegevoegd, die hem in het beheer zijner zaken bijstaat, (curator), wan-

1) Comment. in tit. de R. J. ad l. 40 cit.

neer hij zulks verlangt. Daarenboven werd de *minor* door den Praetor in bescherming genomen, tegen alle nadeel, voortvloeiende uit eene handeling, welke zonder de toestemming van eenen curator, door hem was aangegaan. De *restitutio in integrum* was hiertoe het middel.

Zeer ligt laat het zich begrijpen, dat ieder die met eenen minor wilde handelen, er eene noodzakelijke voorwaarde van maakte, dat deze om eenen curator zoude vragen, opdat later de handeling door den Praetor niet zou worden vernietigd, wanneer het bleek, dat zij voor den minor nadeelig was geweest. Zoo werd het vragen van eenen curator allengs eene gewoonte en werd het den voogd als eene pligt voorgeschreven, om bij het einde der voogdij bij zijnen pupil hierop aan te dringen ¹⁾. Niettemin bleef die aanvraag eene vrijwillige daad, en hieruit mag men afleiden, gelijk VON SAVIGNY, dat het beheer van den curator zich niet verder uitstreckte, dan tot het vermogen, dat tijdens zijne benoeming voorhanden was ²⁾. Komen er derhalve na de benoeming van eenen curator nog goederen aan den minor op, zoo kan hij ook voor het beheer dezer eenen curator vragen. Terwijl het toch van den wil van den minor afhangt, of hij op het oogenblik zich in het beheer zijner zaken wil doen bijstaan, en hij tot het aangaan van regtshandelingen volkomen bevoegd is, zal men,

1) I. 5, § 5 D. de adm. tut. (XXVI, 7): Si tutor pupillum suum non admonuerit, ut sibi Curatores peteret (*sacris enim constitutionibus hoc facere iubetur, qui tutelam administravit*); an tutelae iudicio teneatur?

2) Zie Schutz der Minderjährigen. Verm. Schr. II, bl. 321—396.

zijnen wil niet verder mogen uitbreiden, dan tot het oogenblik waarop hij verklaard werd; — zoo zal een minor aan wien op zijn verzoek eenen curator werd toegevoegd, om hem in eenige handeling bijstand te verleenen, omdat de persoon, met wien die handeling gesloten werd, het gevaar niet wilde loopen dat zij later door eene restitutio in integrum zou worden vernietigd, zelf het beheer kunnen voeren over eene erfenis, welke hem later ten deel valt; want, indien de curator tegen den wil van den minor ook regtens over die erfenis het beheer voerde, zoo zoude het vragen om eenen curator ophouden eene vrijwillige daad te zijn en zou de minor veeleer geacht moeten worden onder wettelijk toezigt te staan.

Wat aangaat de bevoegdheid van den minor tot vereemding of beschikking over de goederen, waarvan het beheer, op zijn verzoek, aan eenen curator is toevertrouwd, zij is gelijk aan die van den prodigus. De transactie door den minor gesloten, zonder toestemming van den hem, op zijn verzoek, toegevoegden curator, is betrekkelijk nietig ¹⁾.

Ingeval de minor echter over goederen getransigeerd heeft, welke hem na de benoeming van eenen curator zijn opgekomen, zal hij tot die handeling, naar het boven opgemerkte, bekwaam moeten worden geacht. Hier staat hij gelijk met den minor aan wien geen curator is toegevoegd. Op grond van benadeeling zal hij derhalve eene restitutio in integrum van de hem drukkende transactie

1) l. 3 C. de integr. rest. minor (VI, 22). Si curatorem habens minor XXV annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet; cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est.

kunnen vragen. Evenwel valt nog op te merken, dat de transactie niet eene vervreemding van onroerend goed voor den minor ten gevolge moet hebben gehad, daar deze, zonder Keizerlijke goedkeuring niet mag plaats hebben, zoo als gezegd wordt in l. 3. C. *Quando opus non est* (V, 72):

„Prædium rusticum vel suburbanum a minore viginti quinque annis alienari sine decreto principis nisi parentis voluntas vel testatoris, ex cujus bonis ad minorem pervenit, super alienando eo, aliquid mandasse deprehendatur, nulla ratione potest”¹⁾.

In hoeverre zijn zij, die als wettelijke vertegenwoordigers voor iemand opkomen, bevoegd tot het sluiten van transactie? Zien wij eerst voor de bevoegdheid van den voogd en den curator. Hoewel de betrekking van den voogd en den curator tot den persoon van den infans, of waanzinnige afwijkt van die, waarin voogden en curators tot impuberes en minores staan, daar de eersten hunnen pupil *vertegenwoordigen*, de laatstgenoemden daarentegen hunnen pupil *bijstaan*, zoo bestaat er evenwel geen verschil in het beheer, dat zij over de hun toevertrouwde goederen hebben te voeren. Voogden en curators moeten allen voor hun beheer instaan en zich daarin gedragen, gelijk het een goed huisvader betaamt. Tot op ALEXANDER SEVERUS mogten zij het hun toevertrouwd vermogen aanwenden op de wijze, welke hun het voordeeligst voor den pupil toescheen; — tot op dien tijd waren zij dus ook bevoegd, om daarover te transigeren.

1) Vgl. l. 2, § 1, l. 3 C. de his, qui veniam (II, 45), l. 3 C. si major factus (V, 74) l. 7 en 11, c. de praed. et al. reb. min. (V, 71).

ALEXANDER SEVERUS beperkte echter aanmerkelijk hunne bevoegdheid, daar hij hun op enkele zeer weinige uitzonderingen na, verbood om onroerend goed te vervreemden ¹⁾.

Later heeft CONSTANTIJN hun ook de bevoegdheid ontnomen, om enkele roerende goederen van bijzondere waarde, zoo als gouden en zilveren voorwerpen, edelgesteenten, kostbare kleedingstukken enz. te verkoopen. Aanstonds echter wijzigde hij deze bepaling weder in zooverre, dat hij den verkoop van versleten kleedingstukken, en overtollige dieren, zonder geregtelijke magtiging toestond ²⁾.

In het later R. R. zullen voogden en curators, in de meeste gevallen, alzoo onbevoegd zijn, om eene Transactie aan te gaan, waarbij goederen van den pupil zouden worden vervreemd. Uit de onbevoegdheid tot vervreemding van onroerend goed, volgt onzes inziens ook die, tot vervreemding van regten op die goederen klevende. Zoo zal men b. v. eenen voogd of curator onbevoegd moeten achten, om zonder regterlijke magtiging eene transactie te sluiten, waarbij hij voor zijnen pupil afstand deed van een servituut.

1) l. 1 D. § 2 de rebus cor. (XXVII, 9) Praeterea Patres Conscripti interdicam tutoribus et curatoribus ne praedia rustica vel suburbana distraherent, nisi ut si fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit ex solvi, tunc Praetor vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possint alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potueris probari obreptum esse Praetori. Si communis res erit, et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli accepit jus exsequatur, nihil novandum, censeo.

2) Zie l. 22 C. de adm. tut. en l. 4 C. quando decreto opus non est.

Onder hen, die krachtens de wet het vermogen van *personae alieni juris* besturen, verdient de *pater familias* het eerst te worden genoemd. De vraag naar diens bevoegdheid, om voor zijn kind te transigieren geldt het later R. R., daar in het vroegere, zoo als reeds is opgemerkt, de *filius familias* nimmer een vermogen kon bezitten, afgescheiden van dat zijns vaders. Over de *bona castrensia* en *quasi castrensia*, wordt de *filius familias* als *dominus* aangemerkt, in betrekking tot deze staat de vader dus gelijk met ieder derde.

Maar, afgescheiden van deze goederen werd sedert CONSTANTIJN tot het vermogen van den f. f. gerekend, alles, wat hij van derden, zijnen vader alleen uitgezonderd, had verkregen (*Bona adventitia*)¹⁾. Van deze goederen heeft de zoon in den regel den eigendom, de vader het vruchtgebruik. In den regel zal de vader, *transactionis causa* ze niet kunnen vervreemden zonder toestemming van den zoon. Maar er kunnen gevallen zijn, waarin de vader die toestemming niet kan verkrijgen, b. v. bij afwezigheid van den zoon, of wel door diens *infantia*, waardoor hij gerekend wordt geenen wil te hebben. — In die omstandigheden zal de vader, over de *bona adventitia* eene transactie kunnen treffen, mits zich hier in gedragende naar de voorschriften, waaraan voogden of bewindvoerders zijn onderworpen²⁾. Zoo zal de vader bij dergelijke transactie het belang van zijn kind in het oog moeten houden, maar evenzeer zal

1) Vgl. l. 6 pr. C. de bon. quae liber. (VI, 61).

2) l. 8, § 3 C. de bonis, quae liber. (VI, 61). „adhibeatur autem filiorum consensus, nisi adhuc in prima aetate sint constituti, aut longe absint.”

hij in die gevallen, waar voogden magtiging behooren te vragen, hiertoe ook verplicht zijn.

Over de *bona castrensia irregularia* heeft de vader het vruchtgebruik niet, hij zal daarover dan ook niet kunnen transigeren, evenmin als over de *bona castrensia* en *quasi castrensia*, voor zoo ver namelijk eene vervreemding dier goederen het gevolg der transactie zoude zijn ¹⁾.

Behalve door het huwelijk werd de patria potestas vóór JUSTINIANUS, ook door adoptie en arrogatie verkregen.

Het boven gezegde geldt dus ook voor hem die een kind geadopteerd of gearrogeerd heeft.

In het Justiniaansche regt heeft de adoptie slechts dan de patria potestas ten gevolge, wanneer de adoptief vader het aangenomen kind van vaders- of moederszijde in den bloede bestaat.

De vraag, in hoeverre de man bevoegd is over het vermogen zijner vrouw te transigeren komt slechts dan te pas, wanneer het huwelijk niet de *manus* ten gevolge heeft gehad, daar de vrouw in het laatste geval ophoudt een eigen vermogen te bezitten. Bij het huwelijk sine manu heeft men twee gevallen te onderscheiden: de vrouw brengt òf haar geheele vermogen, òf slechts een gedeelte daarvan ten huwelijk aan. In het laatste geval moet men zich haar vermogen, als in twee gedeelten gesplitst, voorstellen; t. w. *dos* en *parapherna*. De *dos* gaat over in het vermogen van den man, onder voorwaarde, dat, zoo hiomtrent geene uitzonderingen zijn gemaakt door de wet of bij beding, zij bij de ontbinding

1) Vgl. l. 8. pr. § 1 C. de bon quae liber. (VI, 61). Nov. 118. cap. 2. Nov. 117. cap. 1.

des huwelijks, weder aan de regthebbenden zal worden uitgekeerd.

Staande huwelijk heeft de man dus aan den *Dos* een regt van eigendom.

Ter verzekering van het regt der vrouw om, bij de ontbinding des huwelijks, weder in den eigendom van deze door haar aangebragte huwelijksgoederen te treden, werden al spoedig maatregelen genomen. Zoo bepaalde het III^e Hoofdstuk (*de fundo dotali*) der Lex Julia de Adulteriis, dat de man de vaste goederen der vrouw binnen Italië gelegen, zonder hare toestemming niet zou mogen vervreemden. JUSTINIANUS breidde dit verbod uit, tot de goederen buiten Italië ¹⁾.

Naar het later R. R. moet de man alzoo de toestemming vragen zijner vrouw, om transactionis causa eenig onroerend goed tot den *Dos* behoorende, te kunnen vervreemden.

Over de *Parapherna* zal hij nimmer kunnen transigeren, daar deze het afzonderlijk vermogen der vrouw uitmaken.

Als tegenpraestatic van den *Dos*, komt van de zijde des mans voor, de *donatio ante* — of zoo als zij door JUSTINIANUS genoemd is, *propter nuptias*. Zoodra de man zoodanige schenking heeft gedaan, verliest hij den eigendom van de daarin begrepen goederen, maar hij behoudt daarvan het beheer en het vruchtgebruik. Het verlies van zijn eigendomsregt heeft dat van zijne bevoegdheid tot beschikking transactionis causa ten gevolge.

Maar zal men hem ook onbevoegd moeten verklaren

1) Zie C. tit. de fundo dotali. (V, 23).

om over die goederen te transigeren, indien hij zijn vruchtgebruik daarvan opoffert, of wel eene erfdienstbaarheid daarop legt? Wij houden dergelijke transactie voor deugdelijk, mits het vruchtgebruik of de erfdienstbaarheid verleend zijn, niet langer dan het tijdstip waarop die goederen regtens aan de vrouw komen te vervallen.

In hoeverre is men door opdragt tot het sluiten eener transactie gerechtigd?

De opdragt van eenen last omschrijft bepaald wat men verrigt wil hebben, of duidt slechts in het algemeen den aard der handeling aan, waartoe men iemand magtigt. Van daar de onderscheiding in *bepaalde* en *algemeene lastgeving* (*mandatum speciale*, *mandatum generale*).

Naar het civiel regt is de lastgever niet gebonden, om de verbindtenis na te komen, welke de lasthebber met eenen derde heeft gesloten; daar toch geldt de regel: *nec paciscendo nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest* ¹⁾.

De Praetor daarentegen de billijkheid inziende dat de lastgever zijn woord houde, dat hij door middel van zijnen lasthebber heeft gegeven aan hem, met wien deze volgens den bekomen last heeft gehandeld, gaf eene vordering, waardoor de lastgever tot naleving zijner belofte kon worden gedwongen: *actio quasi institoria* (*actio utilis ad exemplum institoriae*) ²⁾.

De persoon met wien de lasthebber binnen de gren-

1) Zie l. 73, § 4 D. de reg. Jur. (L. 17).

2) Zie l. 16, 19 pr. D. de Instit. (XIV, 3) l. 1. 5, 6. C. eod. (IV, 25).
l. 10, § 5 D. de Mand. (XVII, 1).

l. 13, § 25 D. de act. emti. (XIX, 1).

Vgl. l. 31 pr. D. de neg. gest. (III, 5).

zen, hem door zijnen lastgever gesteld, eene transactie heeft aangegaan, zal den lastgever met deze vordering tot uitvoering kunnen aanspreken. Hieruit blijkt dat de lasthebber, aan wien een speciale last is opgedragen, en die deze stiptelijk uitvoert, eene geldige transactie tot stand brengt tusschen den dominus negotii en den persoon, met wien hij op diens last heeft gehandeld.

Terwijl bij de bepaalde lastgeving, de door woorden duidelijk omschreven wil des lastgevers de toetssteen is der handelingen van den lasthebber en tevens als maatstaf dient, voor de beoordeeling of de lastgever, door het behoorlijk nakomen van het aan den lasthebber opgedragen mandaat, door dezen verbonden is aan eenen derden persoon, — zoo zal het bij eene algemeene lastgeving daarentegen veelal geraden moeten worden uit den aard der zaken waarover zij loopt, of de handeling des lasthebbers den lastgever verbindt.

Bij eene algemeene lastgeving kan de lastgever tweeërlei bedoeling hebben gehad. Hij heeft namelijk of het toezigt (*custodia*), of het beheer (*administratio*) over zijne zaken willen opdragen. Uit den aard der lastgeving is de bevoegdheid van den lasthebber in het eerste geval kleiner dan in het tweede; want, heeft hij het toezigt op zich genomen, dan is het zijn plicht, om de goederen, waarover hij is gesteld, te bewaren in statu quo. Is hem daarentegen het beheer opgedragen, dan moet hij, gelijk een goed huisvader, zoo veel mogelijk zorg dragen voor de vermeerdering van het hem toevertrouwd vermogen.

Blijkt het alzoo, dat iemand met het toezigt over eenig vermogen is belast, dan moet hij onbevoegd worden geacht tot het plegen van iedere handeling, waardoor het

vermogen, waarover hij het toezigt heeft, eene vermindering ondergaat, al mogt hij ook door zijne handeling, het voordeel van den lastgever hebben beoogd. Zijn pligt was het om als een goed huisvader te bewaren; — tot speculaties was hij onbevoegd. Nogthans zal men zijne verplichting om te bewaren niet moeten uitstrekken tot zoodanige zaken, welke uit haren aard (b. v. wegens berderfelijkheid), niet bewaard kunnen worden.

Het zoo even opgemerkte vindt men terug bij *MODESTINUS*, die zich aldus uitdrukt in l. 63 D. de procur. (III. 3):

„Procurator totorum bonorum cui res administrandae sunt, res domini neque mobiles, vel immobiles neque servos sine speciali mandato domini alienare potest, nisi fructus aut alias res, quae facile corrumpi possunt.”

Vraagt men nu of de algemeene lasthebber, aan wien het toezigt over het vermogen des dominus was opgedragen, bevoegd is, om voor dezen eene transactie te sluiten, zoo zal men dit moeten ontkennen, daar transactie immer eene opoffering, en daardoor eene vermindering van het vermogen ¹⁾ noodzakelijk maakt.

Maar wat indien uit de algemeene lastgeving moet worden afgeleid, dat de lastgever het beheer over zijn vermogen heeft opgedragen; — is de lasthebber hierdoor bevoegd om over dat vermogen te transigeren?

Het beheer, dat de lastgever voor den dominus voert, geeft hem het regt om alle handelingen aan te gaan, welke hij met den wil of de gewoonten van den Dominus overeenkomstig acht, of welke hem, waar hij deze niet

1) Onder vermogen verstaan wij hier het geheel van goederen, regten en aanspraken, aan iemand toekomende.

heeft kunnen kennen, blijkbaar in diens voordeel toeschijnen. In de Pandecten vindt men ruiling, verkoop enz. als geoorloofde handelingen van den hier bedoelden procurator voorgesteld ¹⁾. Met inachtneming van hetgeen zoo even omtrent zijne handelingen in het algemeen is gezegd, zal men hem dan ook, onzes inziens, tot het sluiten van transacties bevoegd moeten achten.

Deze meening, welke door NOODT en VINNIUS van de oudere schrijvers, en door PUCHTA onder de jongeren, wordt voorgestaan vindt evenwel geen onverdeelden bijval ²⁾.

Zij, die den algemeenen lasthebber ook hier onbekwaam achten, om eene transactie te sluiten, gronden zich voornamelijk op de uitspraak van PAULUS in l. 60 D. de procur. (III, 3):

„Mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpositam et ideo si postea is, qui causam mandavit, transactionem ratam non habuit, non posse repelli cum ab actionibus exercendis.”

Tegen het beroep op deze uitspraak laat zich aanvoeren, dat PAULUS waarschijnlijk doelt op eene algemeene lastgeving tot het voeren van een geding. De plaats toch aan de l. 60 D. de procur. in de Pandecten aangewezen onder de vele aanhalingen uit de werken van

1) l. 58 D. de procur. (III, 3) Procurator cui generaliter libera administratio commissa est, potest exigere, aliud pro alio permutare.

l. 17, § 3 eod. Procurator, quod detulit ratum habendum est, scilicet si aut universorum bonorum administrationem sustineat, aut si id ipsum nominatim mandatum sit, aut si in rem suam procurator sit.

2) Zie NOODT, t. a. p. cap. 27.

VINNIUS, de transactione cap. 3.

PUCHTA, Pand. I, § 53.

dezen regtsgelcerde, welke bijkans alle deze strekking hebben, geeft tot deze opmerking regt.

Nog minder afdoende is het beroep op l. 18 D. h. t. waar AEMILIUS MACER zegt:

„Nulli procuratorum principis inconsulto principe, transigere licet.”

Blijkbaar toch is daar aan een bijzonder geval gedacht.

Dat hij, aan wien bij algemeene lastgeving het voeren van een geding is opgedragen, niet bevoegd is om dit door eene transactie te eindigen, ligt in den aard der lastgeving opgesloten. Het eindigen van een geding door den lasthebber, terwijl hem het voeren daarvan was opgedragen, is eene handeling geheel strijdig met den verklaarden wil van den lastgever Ten stelligste wordt dit gezegd in l. 7 C. h. t.

„Transactionis placitum ab eo interpositum cui causae actionem, non decisionem litis mandasti, nihil petitioni tuae derogavit.”

Ook zonder lastgeving, kan iemand zich eens anders zaken aantrekken, en met het doel om hem van nut te zijn, voor hem handelen. Hij die aldus ongeroepen voor een ander optreedt, wordt, zoo als bekend is, *Negotiorum gestor* genoemd.

Verbindt de negotiorum gestor den dominus negotii door eene transactie? Naar het civiel regt evenmin als de lasthebber, maar naar het Praetorisch regt voorzeker, daar de billijkheid medebrengt, dat iemand zich gedrage naar eene handeling, welke in zijn belang is gesloten, en welke hij, ware hij zelf tegenwoordig geweest, eveneens zoude hebben aangegaan.

In het algemeen moet de bevoegdheid van den negotio-

rum gestor op dezelfde wijze worden beoordeeld als die van den algemeenen lasthebber. Heeft hij met het sluiten der transactie blijkbaar het voordeel van den dominus negotii bedoeld, en alzoo gehandeld volgens diens vermoedelijken wil, zoo wordt deze door zijne handelingen verbonden ¹⁾).

Zooveel over de bevoegdheid der natuurlijke personen; buiten deze erkent het regt nog eene andere soort van subjecten, t. w. *Rechtspersonen*.

Hunne persoonlijkheid is niet anders dan eene onderstelling, ten behoeve van het regtsverkeer aangenomen.

Daarom moeten zij immer door natuurlijke personen worden vertegenwoordigd.

Naarmate de rechtspersonen van elkander verschillen, is ook hunne vertegenwoordiging onderscheiden, daar zij afhangt en geregeld wordt door de bepalingen of de wetten, volgens welke de rechtspersoon wordt bestuurd. Eene nasporing van het verschillend karakter, dat deze vertegenwoordiging der Romeinsche rechtspersonen kon hebben, zou ons te ver afvoeren, zonder ons tot het aangeven van algemeene regels in staat te stellen. Genoege is het op te merken, dat de bevoegdheid tot het sluiten eener Transactie van hem, die voor eenen rechtspersoon handelt, beoordeeld moet worden op dezelfde wijze als die van den algemeenen lasthebber, of van den negotiorum gestor.

1) J. R. A. ENGELNEERG: De leer der Neg. Gestio naar het R. R. (Diss.) Utrecht 1859, bl. 101: „daar de wil des Dominus de toetsteen is van de handelingen des Gestors, zal deze, zoo die wil dit beoogt, volkomen bevoegd zijn, om overeenkomsten aan te gaan.”

HOOFDSTUK III.

OVER HET VOORWERP VAN TRANSACTIE.

Als overeenkomst, kan de transactie slechts die zaken en regten tot voorwerp hebben, welke een deel van het vermogen kunnen uitmaken (*res in commercio*).

Het doel der transactie verschilt aanmerkelijk van dat van andere overeenkomsten. De transactie beoogt voornamelijk de oplossing eener onzekerheid, of de beslechting van een geschil. Daarom heeft ook haar voorwerp dit eigenaardigs, dat het tusschen partijen immer aanleiding moet hebben gegeven tot twijfel of tot twist.

De werking der transactie, waardoor eene onzekerheid, waaruit geen twist kon geboren worden, wordt opgelost, is geheel eigenaardig aan het R. R. en doet zich in het nieuwere niet voor.

Reeds vroeger is op de tegenstelling gewezen, welke *ULPIANUS* tusschen *res dubia* en *res lite incerta* maakt.

Hier hebben wij de tweeërlei betoekenis, welke aan de onzekerheid, als aanleiding tot de Romeinsche trans-

actie wordt toegekend, te bespreken. Zij is *objectief* of *subjectief*. In het eerste geval, is zij van de gedachten der partijen onafhankelijk, in het laatste, ontstaat zij door twee tegenstrijdige beweringen omtrent eene zelfde zaak, van de daarbij belanghebbenden uitgaande.

De objectieve onzekerheid kan nimmer tot een' regtsstrijd leiden; de subjectieve onzekerheid geeft daarentegen daartoe meestal aanleiding. Oorzaak en gevolg verwarrende, hebben de schrijvers over het hedendaagsche regt, het voorwerp der transactie *res dubia* genoemd.

De l. 11 C. h. t. drukt het wezen der objectieve onzekerheid volkomen uit.

„De fideicommisso a patre inter te et fratrem tuum vicissim dato, si alter vestrū sine liberis excesserit vitā, interposita transactio rata est, quum fratrum concordia, remoto captandae mortis alterius voto improbabili, retinetur”¹⁾.

Evenzoo zegt de l. 1 C. de pactis (II, 3):

„Conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conventionē finitum est.”

Nog valt op te merken, dat een verschil uit eene subjectieve onzekerheid ontstaande, genoegzamen grond tot transactie oplevert, zonder dat uit dit verschil een

1) VOET, de Transact. Transigi potest de rebus dubiis i. e. de quibus jus est dubium, dubiusque eventus; sive ex incerto conditionis etiamnum pendens, licet tunc nulla lis sit aut metuatur, vel ut inter fiduciarium, et inter fideicommissarium de fideicommisso conditionali.

VINIUS, t. a. p. C. IV, § 3. Sed et porro licet neque moveatur lis, neque metuatur, si tamen alia ratione res dubia et incerta sit, transactio valet.

geding geboren is, of zou kunnen worden. Zoo zal b. v. het verschil tusschen MAEVIUS en TITIUS, over de vervulling eener bij pactum gedane belofte, nimmer tot eene vordering kunnen leiden, intusschen zal het door transactie kunnen worden beslecht.

Eene onmisbare eigenschap van de zaak, waarover men transigeert, is die van onzekerheid; zoodra dus eene zaak ophoudt twijfelachtig te zijn, kan zij geene aanleiding meer geven tot transactie. In regten nu doen zich gevallen voor, waarin eene zaak voor volkomen beslist wordt gehouden, hoe twijfelachtig zij den belanghebbenden ook toeschijne. In het bijzonder merken wij dit op bij zaken, waarover een eind-vonnis is geveld, (*res judicatae*).

Ter voorkoming toch van eindelooze gedingen, en in het belang der algemeene zekerheid, moet een geding eenmaal een einde nemen, en de regtsstrijd, waarover het liep, voor goed beslist zijn.

Zoo wordt dan ook aan elk geding een tijdperk gesteld, waarin de partijen 's regters uitspraak, ondanks hare subjectieve gedachten als waarheid moeten erkennen. Ter voorkoming echter, dat 's regters beslissing, het zij als een gevolg zijner onkunde, of van zijnen kwaden wil, in plaats van *regt* te doen, *onregt* zou daarstellen, is het in sommige gevallen geoorloofd, om van eene eerste regterlijke beslissing in beroep te komen bij eenen anderen regter, aan wiens oordeel dan eerst de kracht van waarheid wordt toegekend. In het laatste geval noemt men het vonnis *sententia* in onderscheiding van de *res judicata*, waardoor eene zaak voor goed beslist is.

Ten bewijze hoe aan de *res judicata* de kracht van waar-

heid wordt gehecht, strekke de uitspraak van PAULUS in l. 6 D. de except. rei judic. (XLIV, 2):

„Singulis controversiis singulas actiones, unumque judicatum 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.”

Evenzoo zegt ULPIANUS in l. 25 D. de statu hom. (I, 5) . . . *res judicata pro veritate habetur*.

l. 12, § 3. D. de bon. libert. (XXXVIII, 2) . . . rebus enim judicatis standum est.

Uit de vergelijking dezer Pandecten-plaatsen blijkt, dat de *res judicata* eene *res certa* is, en hieruit besluiten wij dat zij niet het voorwerp van transactie kan zijn ¹⁾.

De meeste schrijvers van ouderen tijd hebben zich in een onderzoek verdiept omtrent het *geoorloofde* of *ongeoorloofde* eener transactie de *re judicata*, en hebben, (de tegenstrijdigheid tusschen het karakter der *res judicata*, en dat van het voorwerp der transactie niet op merkende,) dikwerf transactie de *re judicata* als geoorloofd voorgesteld.

Eene moeilijkheid, welke men van oudsher op allerlei wijzen getracht heeft op te lossen, ligt in het rescript

1) Vergelijkt men de bepalingen, welke in de Pandecten van de werking der transactie en van de *res judicata* worden gegeven, zoo wordt dit nog duidelijker.

Qui transigit, quasi de re dubia et de lite incerta neque finita transigit.

In l. 1 D. de rejudicata (XLII, 1) wordt *res judicata* genoemd: *quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit*. Vgl. RISCH, t. a. p. bl. 89.

der Keizers DIOCLETIANUS en MAXIMIANUS, aan zekeren CYRILLUS in l. 32 C. h. t. voorkomende :

„Si causa cognita,” zoo luidt het, „prolata sententia, sicut jure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis solennitate suspensa non est, super judicato frustra transigi non est opinionis incertae. Pro inde si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta, competentem tibi actionem perimisti, praeses provinciae usitato more legum rebus pridem judicatis effectum habere curabit.”

Zij, die transactie de *re judicata* voor geoorloofd houden, verschillen niet te min omtrent de gevallen, waarin zoodanige transactie kon plaats hebben. De woorden „*proinde si*,” waarmede het tweede gedeelte der l. 32 C. h. t. aanvangt, hebben door hunne dubbelzinnigheid tot dit verschil aanleiding gegeven.

Reeds onder de Glossatoren leverden zij bezwaar op. ACCURSUS, die de mogelijkheid der hier bedoelde transactie schijnt te hebben betwijfeld, meent, dat met de opheffing der vordering, door de Aquil. stip. gevolgd van acceptilatio, in l. 32 bedoeld wordt eene kwijtschelding van het geen men krachtens de *res judicata* kon vorderen. Ten betooge, hoe zoodanige kwijtschelding geoorloofd is, voert hij eene uitspraak aan van PAULUS in § Ult. Sent: „*post rem judicatum pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet.*”

Deze beschouwing heeft meer het karakter van eene ontvlugting, dan van eene verklaring der moeilijkheid in l. 32 gelegen. De vraag toch, waarop het rescript ten antwoord diende, betrof eene *transactio de re judicata*, en niet een *pactum remissorium*, over hetgeen ex *re judicata* kan worden gevorderd.

Sommige schrijvers, zoo als VOET ¹⁾, BERGERS, MULIER en STRIJK hebben gemeend l. 32 woordelijk te moeten uitleggen, en komen daardoor weinig kritisch, tot het besluit, dat het van den vorm der Transactie afhangt, of zij *de re judicata* kan worden aangegaan. Is de Transactie zoo als in dit geval, bij Aquil. stip., gevolgd van acceptilatio gesloten, zoo achten zij haar van kracht.

Op meer vernuftige wijze had DONELLUS, die evenzeer de l. 32 C. h. t. op zich zelve beschouwt, de klip vermeden, waarop de zoo even genoemde schrijvers later schipbreuk leden. Hij wil de woorden „*proinde si*” verklaren door *proinde quia*, en brengt voor deze omzetting bewijzen bij uit het R. R. ²⁾.

De beste uitlegging mag wel heeten, die, welke in den lateren tijd door SELL gegeven is in de Jahrb. II, § 15, en welke tegenwoordig bijna algemeen wordt gevolgd ³⁾.

1) t. a. p. „Sed quemadmodum de jure Romano transactio firmabatur, quoties mediante stipulatione Aquiliana et Acceptilatione subsequente jus ex rejudicata quaesitum ipso jure perimebatur. Ita quoque moribus receptum est, transactiones super negotio ex re judicata certo, ratas esse.

2) Zie H. DONELLUS comment. absolut. ad Cod. II, 4, l. 32;

VINIUS, die de opvatting van ACCURSIUS volgt, acht de verklaring van DONELLUS „*contra perpetuum latinitatis usum*.”

Evenzoo onder de schrijvers van den tegenwoordigen tijd, GOLDSCHMIDT in Arch. für Civ. Praxis IX.

Beiden zijn wederlegd door THIBAUT, in hetzelfde Arch. IX bladz. 400, waar hij uit de werken van FABER, PACIOLOTTI en TORCELLINI aantoonst dat *quia* menigmaal in de beteekenis van *si* werd gebruikt. Uit de Pandecten voert hij aan l. 48, § ult. D. de Jure fisci, (XLIX, 4). „Sed *si* nondum dies venisset.”

3) Zie VANGEROW, Pand. III, § 368.

RUDOLFF, in Zeitschr. für Gesch. R. W. — XIV, bl. 334.

BISCH, t. a. p. bl. 79.

SELL acht eene transactie *de re judicata* nietig. Elke transactie bestaat uit bloote overeenkomst (*pactum*). Met het doel, om haar eene werking naar het civiel regt te verzekeren, wordt de transactie somwijlen in vormen gekleed; t. w. eenerzijds in dien der *Aquil. stip.* gevolgd van *acceptilatio*, — anderzijds in dien eener gewone *stipulatio*. De werking dezer civiel regterlijke vormen, is geheel afgescheiden van die der overeenkomst zelve. Zoo zal, wanneer tegen eene vordering, waarover door eene *res judicata* is beslist, de *Aquil. stip.* gevolgd van *acceptilatio* wordt aangewend de *actio ex judicato ipso jure* zijn vernietigd; — maar is de *Aquil. stip.* en de *acceptilatio transactionis causa* aangegaan, zoo doet de nietigheid der transactie de oorzaak vervallen dezer civiel regterlijke verbindtenissen, en zal men in *integrum restitutio* van den Praetor kunnen vragen. Evenzoo zal hij, van wien *transactionis causa* is gestipuleerd, gebrek van oorzaak kunnen tegenwerpen, wanneer de uitvoering der *stipulatio* van hem wordt gevorderd; — of zal hij, indien hij reeds aan de *stipulatio* gevolg mogt hebben gegeven, het betaalde met de *condictio sine causa* kunnen terug vorderen. Dit laatste wordt bevestigd door de uitspraak van ULPIANUS in l. 23 D. de *Condict. indeb.* (XII. 6):

„Si post rem judicatam, quis transegerit et solverit repetere poterit, idcirco quia placuit transactionem nullius esse momenti.”

Langs een anderen weg heeft THIBAUT de verklaring der l. 32 C. h. t. beproefd, en geraakt daarbij tot de uitkomst, dat transactie na vonnis somwijlen geoorloofd is ¹⁾. Zijn betoog komt hicrop neder: in het R. R.

1) Zie Arch. für civil. Prax. VIII, bl. 305, vgg.

geldt de regel: „*utile per inutile non vitiatur*,” in die gevallen, waar goed en kwaad niet kunnen worden gescheiden. Een voorbeeld hiervan vindt men bij de schenking eener ondeelbare zaak, door een' der echtgenooten aan zijnen mede echtgenoot, en eenen derde gedaan; — ofschoon schenking onder echtgenooten nietig is, moet zij hier op grond van dezen regel geldig worden geacht ¹⁾).

Denzelfden regel past hij nu toe op de Aquil. stip., waarin men de transactie heeft gekleed. Deze (Aquil. stip.) vernieuwt alle schulden welke voorhanden zijn, of zijn kunnen; d. i. alles wat zich als schuld laat denken. *Transactionis causa* over eene res judicata een Aquil. stip. aangaande, noveert men alle zijne schulden, en dus *met toepassing van den aangehaalden regel*, ook die uit de res judicata. Derhalve is Transactie *de re judicata* in den vorm der Aquil. stip. geldig, zoo dikwerf het *utile per inutile non vitiatur* zou kunnen worden ingeroepen.

In de redenering van THIBAUT heerscht klaarblijkelijk eene begripsverwarring tusschen transactie en haren vorm. Onzes inziens verhoudt de transactie zich tot haren vorm als de geest tot het ligchaam. Eene vereenzelviging van deze beide heeft THIBAUT tot de gevolgtrekking genoopt, dat transactie immer novatie te weeg brengt. Het onjuiste daarvan is vroeger betoogd. Gesteld evenwel dat men met eene transactie eene novatie voorheeft, zoo zou nog moeten bewezen worden, dat in het hier bedoeld geval inderdaad eene transactie tot stand komt; d. i. dat niettegenstaande de res judicata, er eene res lite incerta als voorwerp der transactie overblijft.

1) Zie l. 5, § 2. D. de Donat. V. et U. (XXIV, 1).

De aanleiding, welke THIBAUT gevonden heeft, om de *bestaanbaarheid* eener transactie in casu voor sommige gevallen aan te nemen, en slechts in sommige gevallen hare *geldigheid* te betwifelen, ligt in eene verkeerde voorstelling, die hij zich even als SELL van het eerste gedeelte der l. 32 C. h. t. maakt. Beiden beschouwen dit als een verbod, waarop implicite in het tweede gedeelte eene uitzondering wordt gemaakt voor het geval dat de *actio judicati ipso jure* mogt zijn vernietigd door de Aquil. stip. gevolgd van *acceptilatio*.

Eene aandachtige beschouwing der woorden „*super judicato frustra transigi*,” in dit eerste gedeelte der l. 32 voorkomende schenkt ons de overtuiging dat hier bepaaldelijk op eene onmogelijkheid, niet op een verbod om te transigeren wordt gedoeld.

Kort na het vertoog van THIBAUT kwam GOLDSCHMIDT tegen hem op met het verwijt, dat hij de transactie *de re judicata* slechts in enkele gevallen als geoorloofd had doen uitkomen. De aanvang van zijn opstel ¹⁾ is te merkwaardig om hier niet te worden vermeld.

„*Nichts ist gewöhnlicher als dasz insolvente Schuldner sich gegen andringende Gläubiger so lange vertheidigen bis sie rechtskräftig zur Zahlung verurtheilt sind.*”

„*Als dann erst mit denselben unterhandeln und einen Vergleich abschliessen, wozu sich diese beyder gewissen Ansicht auf einen Concurs, und der Ungewissheit seines Ausganges zu verstehen pflegen.*”

Al aanstonds ziet men, hoe GOLDSCHMIDT zich een denkbeeld van transactie heeft gevormd. De hande-

1) Archiv. für Civ. Prax. IX, bl. 76—88.

ling toch, welke hij op het oog heeft, mist twee eigenschappen, welke in transactie onmisbaar zijn. Zij maakt namelijk niet een einde aan eenen twijfelachtigen toestand, en legt niet aan beide partijen verplichtingen op. Want, wat het eerste betreft, in het geval door GOLDSCHMIDT bedoeld, is er geene onzekerheid voor beide partijen, daar het slechts voor den schuldeischer onzeker is, welke uitkeering hij zal erlangen, wanneer het tot eene rangschikking van crediteuren komt; — voor den schuldenaar is het daarentegen niet twijfelachtig, dat hij eene schuld heeft te voldoen, daar hem dit door het tegen hem uitgesproken vonnis duidelijk moet zijn geworden. De opoffering, welke hier plaats heeft, geschiedt alleen van de zijde des schuldeischers, die zich met eene kleinere som te vreden stelt, terwijl hij regt op meer heeft; — de schuldenaar tegen wien de gezamenlijke crediteuren vonnis hebben verkregen, is tot betaling gehouden, voor zoover zijn vermogen reikt. Bij de overeenkomst, hier bedoeld betaalt hij intusschen minder dan hij verplicht was; het voordeel is dus geheel aan zijne zijde, en het vereischte der l. 38 C. h. t. ontbreekt hier. Daarom zal de handeling, waarvan GOLDSCHMIDT gewaagt, niet *transactie*, maar *pactum remissorium* moeten heeten.

De redenering, waardoor deze schrijver tot het besluit komt, dat transactie de *re judicata* is toegelaten, kan in korte woorden worden uiteengezet. De *obligatio judicati* is gelijk iedere verbindtenis voor schuldvernieuwing vatbaar. De noverende Aqu. stip. maakt bij transactie de *obligatio judicati* tot eene *verborum obligatio*, welke laatste door *acceptilatie* wordt vernietigd. De transactie vernietigt dus de oblig. jud.; derhalve: transactie de *re judicata* is geldig.

Niet moeilijk valt het in dit betoog dezelfde dwaling te erkennen, welke in dat van THIBAUT is opgemerkt.

Tot dusverre gingen wij van de veronderstelling uit, dat de partijen het bestaan en de wettigheid van een vonnis erkennen; — plaatsen wij ons thans op het tegenovergesteld standpunt en nemen wij aan, dat de veroordeelde de wettigheid, of het bestaan der res judicata ontkent.

Is eene transactie de re judicata mogelijk, wanneer de veroordeelde zich niet aan 's regters uitspraak heeft willen onderwerpen?

Een gevolg van de weigering des veroordeelden, om het regt te erkennen van hem, die bij de res judicata in het gelijk werd gesteld, is, dat laatstgenoemde in de noodzakelijkheid wordt gebragt, om hem in regten daartoe te dwingen. Voor dezen is dit tweede geding immer gevaarlijk, daar hij kans loopt hierbij in het ongelijk gesteld te worden, en alzoo de behaalde overwinning weder te verliezen.

Tegenover die kans van verlies moet billijkheidshalve voor hem een kans op voordeel bestaan, wanneer hij in dit laatste geding, tot het voeren waarvan hij door de halstarrigheid van den veroordeelde is genoodzaakt, andermaal in het gelijk wordt gesteld. Deze wordt hem dan ook naar het R. R. toegekend, en bestaat hierin dat hij van hem, die bij zijne ontkenning van het vonnis in het daaruit volgend geding andermaal wordt veroordeeld, de dubbele waarde zal kunnen vorderen van hetgeen, waartoe deze oorspronkelijk was veroordeeld. De regsregel „Infinitatione lis crescit in duplum,” is namelijk op de res judicata van toepassing en doct de waarheid der uitspraak van PAULUS in l. 6 D. exc. rei jud. (XLII. 2) te meer uitkomen.

„Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere, probabili ratione placuit” ¹⁾).

Niettegenstaande de veroordeelde door zich niet te onderwerpen aan de *res iudicata* een nieuw geding doet ontstaan, zoo blijft de zaak, door de *res iudicata* be-
slist, eene *res certa* zoo lang tot dat de regter haar ver-
nietigd heeft. Derhalve zal ook hier transactie de *re*
iudicata onmogelijk zijn. PUCHTA beschouwt haar in dit
geval als ongeoorloofd ²⁾).

Zijns inziens houdt de regel: „*infittiatione lis crescit in duplum*” eene strafbepaling in op het roekeloos pro-
cederen (*poena temere litigantium*) ³⁾. Hieruit besluit hij,
dat transactie ongeoorloofd is in alle die gevallen, waar

1) Zie RUDORFF, Ueber die *Litis crescentia*, in *Zeitschr. für Gesch. R.*
W. XIV, bl. 287—478.

2) *Instit.* II, § 157 not. f.

3) PAULUS zegt in zijne *Sententiae*: „*Ex his causis, quae infittiatione
duplentur, pacto decidi non potest*,” moet onder deze *causae* ook de *re*-
iudicata worden verstaan? De *poena dupli* is eene eigenaardige straf,
op het arglistig toeëigenen van eens anders goed. Als zoodanig komt
zij in de wet der XII Tafelen bij het *Furtum* voor, en ging zij later
bij de *Actio Leg. Aquiliae*, en de *Actio tigni functi* over. Later werd
zij ook toegepast op die gevallen waar de ontkenning van een feit de
arglistige beroving van eens anders goed ten doel heeft. Eindelijk vindt
men haar ook bedreigd tegen het ontkennen van een vonnis, waarbij
men veroordeeld is.

In de ontkenning van eene *res iudicata* ligt onzes inziens evenzeer
eene arglistige toeëigening. B. v. Iemand is tot betaling eener som
gelds veroordeeld. Die veroordeeling maakt de schuldvordering der te-
genpartij tot eene in waarheid bestaande, want „*res iudicata pro veritate
habetur*.” De ontkenning dier schuld van de zijde des veroordeelden
geschiedt dus tegen beter weten aan en wel met het doel om niet te
voldoen hetgeen men regtens verschuldigd is.

deze regel geldt; t. w. bij *damnum ex Lege Aquil. depensum*, *depositum miserabile*, *legatum per damnationem*, *judicatum* enz. *Pacta* toch, zoo verklaart hij zijne gedachten nader, welke zijn aangegaan, om straffeloos onrecht te kunnen plegen, zijn nietig volgens de l. 27, § 7 D. de Pactis (II, 14):

„*Pacta, quae turpem causam continent, non sunt servanda, si feceris.*”

Eene transactie nu, welke aangegaan wordt, om de *poena dupli*, in de gevallen, waar deze bedreigd is, te voorkomen, moet aangemerkt worden als ongeoorloofd.

Met de gevolgtrekking van PUCHTA zijn wij het niet eens, voor zoover hij daaronder ook transactie over eene *res judicata* verstaat, want is de *poena dupli* hier eene straf op het roekeloos procederen, dan kunnen wij aan de transactie, welke juist het roekeloos voeren van een geding voorkomt, en dus het gevolg heeft, dat men door het vaststellen der *poena dupli* hier beoogde, geene *turpis causa* toekennen.

Ook is zijne uitspraak in strijd met die van PAULUS in § 5, I *Sententiarum*: *Post rem judicatum pactum nisi donationis causa interponatur, servari non oportet.* Want, verklaart hij alle *Pacta*, welke ter voorkoming der *poena dupli* zijn aangegaan, voor ongeldig, zoo moet hij ook het *pactum donationis* hieronder begrijpen.

Onzes inziens heeft PUCHTA de *res judicata* hier te veel op ééne lijn geplaatst met de andere gevallen, waarin de aangehaalde regel geldt. Voorzeker zal men ieder *pactum*, dat het straffeloos plegen van onrecht zou be-

vorderen als ongeoorloofd moeten aanmerken. Zoo zal niemand er aan twijfelen, dat een pactum waarbij men van de vervolging eener te plegen diefstal afziet, ten eenenmale nietig is. Bij de *res judicata* daarentegen kan het zich voordoen, dat de veroordeelde aan hare geldigheid twijfelt en hierover een geding aanvangt (in *duplum revocatio*) ¹⁾. Een pactum, waardoor aan dit geding een einde zou gemaakt worden kan niet als ongeoorloofd worden aangemerkt, alleen kan dit niet het karakter eener transactie hebben op grond der kracht van waarheid aan de *res judicata* eigen. Ook hier is transactie alzoo onbestaanbaar.

In het Justiniaansche Regt is de vraag naar de beteekenis van het „*infitiando lis crescit in duplum overigens van geen belang*.”

Er blijft nu nog over de grenzen te bepalen binnen welke wij onze meening „transactie de *re judicata* is onbestaanbaar” moeten besluiten.

Uit het vroeger opgemerkt onderscheid tusschen *res judicata* en *sententia*, volgt, dat niet ieder vonnis, maar slechts een zoodanig, waarvan niet in beroep kan worden gekomen, transactie onmogelijk maakt ²⁾.

Voorts wanneer de partijen van het bestaan der *res judicata* onkundig waren, is eene transactie tusschen haar mogelijk. In dit geval toch verkeeren de partijen omtrent het feitelijk bestaan der *res judicata* in onzekerheid, en is dus de zaak, waarover zij onderhandelen, naar hare meening nog eene *res lite incerta*. Dat subjectieve on-

1) Vgl. PUCHTA Inst. II bl. 255. not d. en e.

2) l. 23, § 1 D. de Cond. ind. (XII, 6).

zekerheid naar het R. R. een voldoende grond is tot transactie, is reeds meermalen opgemerkt ¹⁾). Ook zal men kunnen transigeren over de uitvoering der res judicata, wanneer deze tot verschil aanleiding mogt geven, omdat de regter zijn oordeel niet duidelijk genoeg heeft te kennen gegeven. Eindelijk is de transactie met hem, die bij de res judicata een onmiddellijk belang had, hoewel hij in het geding zelf geen partij was, volkomen geldig, zoo als ULPIANUS leert in l. 7, § 1 D. h. t.:

„Si fidejussor conventus et condemnatus fuisset, mox reus transegisset cum eo cui erat fidejussor condemnatus, transactio valeat, quaeritur. Et puto valere.”

Het besprokene te zamen vattende, stellen wij: *de re judicata is tusschen de daarbij betrokken partijen transactie onbestaanbaar, ten zij over het bestaan of over den inhoud van het vonnis, zich twijfel op kon doen.*

Als surrogaten der res judicata komen de geregtelijke bekentenis en de eed voor.

Is transactie mogelijk over eene zaak welke in regten bekend, of waarover de eed gezworen is?

Volgens den regel: „Confessus pro judicato habetur,” staat hij, die in regten bekend heeft, gelijk met den veroordeelde ²⁾). De onmiddellijke voldoening van de schuld welke bekend is, hangt echter af van de omstan-

1) l. 11 D. h. t. „Post rem judicatum etiam si provocatio non est interposita; tamen si negetur judicatum esse vel ignorari potest an judicatum sit, quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest.”

2) Zie l.l. 1, 3, 6. § 2 D. de confessis (XLII, 2) l. 56 D. de re jud. (XLII, 1) L. Un. Cod. de confessis (VII, 59), l. 4 C. de repud. hered. (VI, 31).

digheid of deze in eene bepaalde som gelds bestaat. In dit geval verkrijgt de eischer regt van pand op den boedel, om voor de voldoening der geldschuld gewaarborgd te zijn, en kan hij, wanneer deze niet binnen den bepaalden termijn heeft plaats gehad, tot verkoop overgaan ¹⁾. Hier is de hoegroothed der schuld eene *res certa* en dus ongeschikt om tot transactie aanleiding te geven. Maar, wanneer de bekentenis over eene andere schuld dan die eener bepaalde geldsom loopt, moet de hoegroothed daarvan (daar alle vonnissen bij de Romeinen op geld liepen), of door den schuldenaar, of door den regter, indien de eerste niet kan of wil, tot eene geldswaarde worden herleid ²⁾. Zoo lang deze schatting niet heeft plaats gehad, is de geldelijke hoegroothed der schuld voor de partijen eene *res dubia*, en zullen zij daarover onzes inziens kunnen transigeren ³⁾.

1) l. 9 C. de execut. (VII, 53). *Eos, quos debitores tuos esse contendis, apud rectorem provinciae conveni qui sive debitum confessi, sive negantes et convicti fuerent condemnati, nec intra statutum spatium solutioni satisfecerint, quum latae sententiae pignoribus etiam captis ac distractis secundum ea, quae saepe constituta sunt, meruerint executionem, juris formam tibi custodies.*

2) l. 6, § 1 D. de Confessis (XLII, 2), *Si quis incertum confiteatur velut si corpus sit confessus, Stichum vel fudum se dare oportere, urgeri debet ut certum confiteatur. Item is qui rem confessus est, ut certam quantitatem confiteatur.*

3) b. v. MAEVIUS beweert dat TITUS hem eenen slaaf moet leveren, TITUS erkent deze bewering voor den Praetor, maar daar zij vroeger noch omtrent den naam des slaafs, noch omtrent zijne hoedanigheden zijn overeengekomen, zoo weet hij de waarde niet op geld te schatten. In plaats van het nu tot eene begrooting door den regter te laten komen, vereenigen beiden zich in dezer voege: MAEVIUS zal geene begrooting vorderen, indien TITUS hem 100 sesterliën betaalt. — Moet deze han-

De *Eed* schept even als de *res judicata* formele waarheid¹⁾. Men zal evenwel bij de beantwoording der vraag of transactie kan worden aangegaan over eene schuld waarover de eed gezworen is, dezelfde onderscheiding moeten maken, als bij de geregtelijke bekentenis. Waar over eene bepaalde geldschuld gezworen is, komt transactie niet meer te pas. Waar na het afleggen van den Eed de *litis aestimatio* plaats zou moeten hebben, zal zoo lang deze nog niet is geschied, transactie kunnen worden gesloten.

Voor niet minder onmogelijk als over een *res judicata* houden wij eene transactie over zaken, welke buiten regten zijn vereffend. Door *transactie*, *pactum remissorium*, *compromis*, en door den *buiten regten afgelegden eed*, wordt eene voorheen twijfelachtige zaak in eene *res certa* herschapen. Het eenig onderscheid dat tusschen de werking eener minnelijke schikking en die der *res judicata* bestaat, ligt hierin dat de eerste, als overeenkomst eene *conventionele* waarheid schept, terwijl de waarheid welke uit de *res judicata* ontstaat, daarentegen *formeel* is.

Dat men transigeren kan over eene onzekerheid, welke, ondanks eene minnelijke schikking nog is blijven bestaan,

deling als eene transactie worden aangemerkt? Ongetwijfeld, want *res dubia* is hier voorhanden, daar geene der partijen 's regters schatting kent. Elk offert iets op; *MAEVIUS* zijn regt op schatting, waardoor hij welligt meer zou hebben verkregen dan hetgeen waarmede hij zich nu te vrede stelt; — *TITUS* de kans om tot minder te worden veroordeeld, dan de som waartoe hij zich verbindt.

1) *CICERO de officiis* III, 29. *Est enim iusjurandam affirmatio religiosa. Quod autem affirmatur Deo teste, tenendum est.*

l. 1 D. Quar. rer. actio (XLIV, 5) *Vim rei iudicatae habet.*

behoeft geen betoog, na hetgeen vroeger hieromtrent bij de res judicata is gezegd.

Hiermede achten wij den aard van het voorwerp der transactie genoegzaam aangetoond, en kunnen wij tot de beantwoording overgaan der vraag: *welke zaken mogen niet het voorwerp van transactie zijn?*

Over zaken extra commercium mag, zoo als reeds gezegd is, niet worden getransigeerd.

Als publici ordinis beschouwden de Romeinen het eerste en gewichtigste der burgerlijke regten: *de vrijheid*.

„*Conventio privata*, zoo zegt CALLISTRATUS, *neque servum quemquam neque libertum facere potest*” 1).

Nimmer zal men dus door transactie zijne vrijheid kunnen verliezen; — zelfs al ware de vrijheid een privaatrecht, zoude deze uitspraak uit den aard der transactie moeten gelden; want zoo als te recht reeds door ACCURSIUS is opgemerkt, dergelijke overeenkomst zou niet voldoen aan het vereischte, in de l. 38 c. h. t. tot het wezen der transactie voorgeschreven. Hij namelijk, die in een geving over zijnen staat van vrij man, van zijne vrijheid afstand zou doen, zou voor die opoffering geene tegenprestatie ontvangen, daar hij als slaaf nimmer iets voor zich zelven kan verkrijgen.

Ten voordeele der vrijheid is transactie geoorloofd, maar, daar iedere overeenkomst slechts van kracht is tusschen de partijen, zoo zal hij, die inderdaad slaaf is, niet den staat van vrij man bekomen; — hiertoe toch wordt *manumissio* of *ad libertatem proclamatio* gevorderd. Doch wanneer het twijfelachtig is of iemand vrij

1) l. 37 D. de liberali causa (XL, 12).

of slaaf is, en hij die het laatste beweerde, van zijne meening bij transactie afstand doet, zoo zal hij den persoon, omtrent wiens staat hij voorheen twijfelde, voortaan als vrij man moeten beschouwen ¹⁾, gelijk uit de l. ult. C. h. t. blijkt, waar keizer ANASTASIUS zegt:

„Jubemus in omnibus litigiis jam motis et pendentibus seu postea super servili vel adscriptitia conditione movendis, transactiones celebrandas vel jam celebratas (si non alio juri cognito modo eas vacillare contigerit) vires suas obtinere, nec ob id videri tenorem earum titubari, quod pro conditione servili vel adscriptitia confectae sunt.”

Geheel ten onregte wil VINNIUS ²⁾ uit deze plaats afleiden dat naar het R. R. ook ten nadeele der vrijheid kon getransigeerd worden. Eene verkeerde opvatting der woorden: „*pro servili conditione*” heeft hem in deze dwaling gebragt. Terwijl *pro* gemeenlijk en in het gewone spraakgebruik de beteekenis heeft van *ten voordeele*, kent VINNIUS er aan toe den zin van *ten opzichte*. Het volgend voorbeeld wordt door hem bijgebragt: twee personen twisten over den staat van een slaaf, de een bewoert hem wettig te bezitten, de ander ontkent dit, zeggende: dat de vermeende slaaf inderdaad een vrij man is. Transigerende komen zij overeen dat de vrijheid des slaafs niet meer

1) Te regt merkt DONELLUS, ad tit. IV, l. ult. C. op, dat men zich bij een transactie over de vrijheid, de beide partijen niet als slaaf en meester moct denken, en hierdoor besluiten dat die overeenkomst, met eenen slaaf aangegaan, niet verbindend is. Wanneer zoodanige transactie gesloten wordt, dan is het onzeker of de eene partij regt heeft om den ander als slaaf te beschouwen, dit kan eerst in regten uitgemaakt worden bij vonnis.

2) Tract. de Transact. II.

zal worden beweerd, en dat hij, die hierdoor in het bezit van den slaaf blijft, zich ook van zijnen kant tot iets zal verbinden. Wij kunnen in dit voorbeeld geene transactie ten nadeele der vrijheid opmerken; om aldus te kunnen heeten zou de transactie een' vrijen man tot slaaf moeten hebben gemaakt; hier blijft de slaaf daarentegen in denzelfden toestand waarin hij vóór het aangaan der handeling verkeerde. Daarenboven is dit voorbeeld slecht gekozen, daar het van eene handeling gewaagt waarbij de slaaf zelf geen partij is ¹⁾).

Dat ook de regten van civitas en bloedverwantschap bij transactie niet kunnen worden opgeofferd, ligt evenzeer opgesloten in den regel, dat slechts res in commercio het voorwerp van transactie kunnen zijn ²⁾).

Van meer gewigt is de vraag in hoe verre door transactie een huwelijk kan worden bekrachtigd?

In het R. R. hangt het bestaan des huwelijks slechts af van het goedvinden der partijen, en van hen, in wier magt zij staan. Het Romeinsche huwelijk heeft dan ook veel meer het karakter eener overeenkomst dan dat van het kanoniek en van het tegenwoordig regt.

Gesteld dat zij, wier toestemming voor de echtgenooten onmisbaar was, deze niet hebben verleend, en daarom later het huwelijk ook niet willen erkennen. Zal nu bij transactie door de regthebbenden afstand kunnen worden

1) l. 38 D. de Pactis (II, 14), Privatorum pactis jus publicum mutari non potest.

2) l. 34 D. cod. Jus agnationis non posse pacto repudiari non magis quam ut quis nollet suum esse, Juliani sententia est.

gedaan van de bewering dat het huwelijk nietig is? Men mag het allezins gelooven, daar de voltrekking van het huwelijk bij de Romeinen naauwelijks eene solemnele handeling kan worden genoemd. Alles hing af van de toestemming der partijen en van hen in wier magt zij stonden. Mogt deze bij het aangaan des huwelijks ontbroken hebben, zoo zal eene latere goedkeuring het huwelijk zonder twijfel geldig maken.

Gelijk de voltrekking des huwelijks, geschiedde ook de ontbinding daarvan door de partijen zelve, zonder eenige inmenging van den Staat.

De dissensus der beide echtgenooten, was genoeg om het huwelijk te ontbinden; in het belang der maatschappij werd evenwel de vrijheid om uit den echt met wederzijds goedvinden te scheiden, allengs door straffen beteugeld ¹⁾.

De scheiding van ééne zijde was daarentegen aan formaliteiten onderworpen, van welker vervulling de ontbinding des huwelijks afhing. Zoo bepaalde b. v. de l. Julia de Adulteriis dat, bij *repudium* de man zijne vrouw hare verstooting moest aankondigen door eenen libertus, in tegenwoordigheid van zeven Romeinsche burgers als getuigen. Bij verzuim dezer formaliteiten werd het repudium als niet gedaan beschouwd, en dus het huwelijk als nog bestaande aangemerkt ²⁾.

1) Deze komen vooral voor na CONSTANTIJN. Zie Nov. 117, cap. 10. Nov. 134 cap. 11. Nov. 22 cap. 14. l. 1 C. Theod. de repudiis. (VI, 13).

l. 2 Cod. Theod. de Dotibus. (III, 13). Nov. Theod. 17, l. 8 Cod. de repudiis. (V, 17).

2) l. 9 D. de Divort. (XXIV, 1). De vorm door de l. Jul. voor het repudium voorgeschreven, is door DIOCLETIANUS in dien van het libellus repudii veranderd. l. 6, § pr. Cod. de repud. (V, 17). PUCHTA Instit. 3, § 291.

Vraagt men nu of door transactie de ontbinding eens huwelijks kan worden bewerkt, zoo zal men hierop bevestigend moeten antwoorden. Bij repudium toch laat het zich denken, dat de vrouw een gebrek in de voorgeschreven formaliteiten, en hierdoor het voortdurend bestaan des huwelijks beweert, terwijl de man de formaliteiten vervuld, en daarom het huwelijk ontbonden acht. Waarom zouden de echtgenooten hier het tusschen hen bestaand verschil niet in dier voege moge uitmaken, dat ook de vrouw het huwelijk voor ontbonden houdt door te verklaren, dat de voorgeschreven vormen zijn in acht genomen? ¹⁾

Door het repudium kan de man geldelijk nadeel lijden. Wanneer hij namelijk zijne vrouw zonder wettige redenen verstoot, is hij verplicht tot teruggave van den *Dos*, uitkeering van de *Donatio propter nuptias*, of, waar deze niet bestaat, van een vierde zijns vermogens ²⁾. De geschillen, welke over deze uitkeeringen mogten ontstaan,

1) Naar het Kanoniek regt waarin het Huwelijk als eene Goddelijke instelling wordt behandeld, is de ontbinding daarvan in het algemeen verboden; omtrent de ontbinding bij Transactie zegt de 11^e Decretale de *Transactionibus*:

Poteris ad componendum interponere partes tuas, et interdum aliquid severitati distrahere, exceptis nimirum casibus, qui compensationis sive dispensationis remedium non admittunt utpote conjugii sacramentum, quod cum, non solum apud Latinos et Græcos sed etiam apud fideles et infideles existat a severitate canonica, circa illud recedere non licebit. Zie VOET t. a. p. n^o. 15.

GREGORIUS THOLOSAŒUS Syntagma juris de transact. XXVIII, c. 2, n^o. 17.

GONZALES ad c. 11. „Ex parte tuâ” de Transact.

VINNIVS, t. a. p. C. IV, § 12.

2) Vgl. l. 11, pr. § 1, C. de repud. (V, 17). Nov. 22. c. 15, 16 en 18.

zullen natuurlijkerwijze door transactie kunnen worden beslist.

Wij gaan nu over tot de beschouwing der zaken, welke op grond van een speciaal verbod niet door transactie kunnen worden uitgemaakt.

Tot op den tijd van *CUJACIUS* begreep men hieronder in de eerste plaats l. 6 D. h. t. waardoor men transactie over de verschillen omtrent eene erfenis, terwijl de uiterste wil nog niet is geopend, verboden achtte.

Zie hier wat *GAJUS* zegt te dezer plaatse:

„De his controversiis, quae ex testamento profisciscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti.”

De bewering van het ongeoorloofde der hier bedoelde transactie heeft in later tijd tegenstand ontmoet, en zoo behoort dit punt onder de meest betwiste uit de leer der transactie.

Trachten wij eerst zelf tot een oordeel te komen, alvorens dezen strijd in hare bijzonderheden na te gaan.

1°. Is het voorwerp der transactie hier bedoeld, eene *res dubia ac privata*?

Omtrent de onbekendheid van den inhoud eens gesloten testaments, kan men zich drie gevallen denken. Hij is namelijk:

- a. geheel onbekend,
- b. gedeeltelijk bekend,
- c. geheel bekend.

In het eerste geval weet niemand of hij eenig regt op de erfenis, krachtens de uiterste wil heeft. Niemand kan dan ook met eenigen grond daaromtrent iets beweren

of ontkennen; — een verschil is hier dus niet mogelijk.

Maar waar twee personen beide iets van den uitersten wil afweten, en zij in hunne wetenschap niet overeenkomen, is het twijfelachtig, wie hunner den inhoud van het testament het best kent. Hier is *res dubia* voorhanden.

Bij volkomen bekendheid van den inhoud eens uitersten wils, laat zich slechts onzekerheid of verschil denken door den aard der beschikkingen in dat testament voorkomende.

Dat het regt van erfgenaamschap een privaat regt is, en dus tot transactie aanleiding kan geven, zal wel door niemand worden betwijfeld.

Ons antwoord is derhalve: er kunnen gevallen zijn, waarin verschil bestaat over eene erfenis, terwijl het testament nog niet is geopend; — dergelijk geschil is eene *res privati arbitrii*.

2°. Licht in de l. 6 D. h. t. een verbod? Volgt men den weg, door CUIACIUS ¹⁾ aangewezen, en brengt men de uitspraak van GAJUS daarin vermeld en overgenomen uit het XVII^e liber ad Edict. Prov., in verband met plaatsen van denzelfden oorsprong, zoo mag men niet aarzelen, om hier een volstrekt ontkennend antwoord te geven.

De l. 1 § 1 D. Tmta quemadmod. aper. (XXIX. 3) eveneens uit het XVII^e liber ad Edict. Prov. van GAJUS overgenomen, wijst de strekking aan van het fragment, dat als l. 6 in den Pandecten-titel, de transactionibus voorkomt. Zie hier:

1) Ad l. 1. D. Tract. junct. l. 2 C. de rep. Cred.

„Omnibus quicunque desiderant tabulas testamenti inspicere vel etiam describere, despiciendi describendique potestatem factorum practor se pollicetur. *Ratio autem hujus edicti manifesta est. Neque enim sine judice transigi neque apud judicem exquiri veritas de his controversiis quae ex testamento proficiuntur aliter potest, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti.*”

De woorden „*ratio hujus edicti manifesta est*”, waardoor het eerste gedeelte dozer lex verbonden wordt aan het tweede, dat, gelijk men bij den eersten oogopslag ziet, volkomen overeenstemt met de l. 6 D. h. t. geven regt, om de verklaring daardoor gegeven, ook op deze laatste plaats toe te passen. Hierdoor komt men tot het besluit, dat men door het niet kennen van den inhoud eens testaments, niet kan oordeelen over de geschillen daaruit voortvloeiende en derhalve daarover niet kan transigeren. GAJUS heeft derhalve met de woorden „*transigi non potest*” vermoedelijk gedoeld op de roekeloosheid, in het aangaan eener transactie over geschillen omtrent eene erfenis bij testament nagelaten, zoo lang het testament nog niet geopend is.

Aan de onbestaanbaarheid eener dergelijke transactie kan hij niet wel hebben gedacht, zoo als blijkt uit het antwoord, dat wij op de voorgaande vraag hebben gegeven.

Maar, zoo het al waar is dat GAJUS niet van een verbod om te transigeren in het hier bedoeld geval, heeft willen spreken, zal men deze strekking dan toch niet aan de l. 6 D. h. t. moeten toekennen, welke door JUSTIANUS in de Pandecten is gevoegd, met verbreking van het verband waarin GAJUS, in zijn werk van de hier bedoelde transactie heeft gewaagd?

De oplossing der volgende vraag zal leiden tot de ontkennende beantwoording dezer.

3°. Hoe heeft de uitspraak van GAJUS eene plaats gevonden in den Pandecten-titel de transactionibus?

In het algemeen kan men in de opname of ordening der uitspraken van de Romeinsche regtsgeleerden in de Pandecten, niet dien kritischen geest verwachten, waarvan een wetboek moet getuigen. De strekking toch der Pandecten, om als verzameling te dienen van zoodanige regtsgeleerde uitspraken, welke ten tijde van JUSTINIANUS nog in de praktijk golden, de eenmaal aangenomen wijze harer rangschikking, (die van het Praetorisch edict) maakten dit noch gebiedend noodzakelijk, noch mogelijk.

Hieruit laat het zich wèl verklaren hoe dit fragment uit het liber ad Edict. Prov. van GAJUS naar aanleiding van den daarin gevonden klank „transactie” in den titel werd opgenomen, welke aan deze regtshandeling was gewijd. Die opname kon op zich zelve de bedoeling van GAJUS niet wijzigen, daar zij slechts moest dienen om zijne uitspraak, gelijk die der andere JCI voor nog geldend in de regtsspraak te verklaren.

Had JUSTINIANUS in deze een verbod willen geven, en alzoo eene wijziging willen brengen in het geldend regt; — de Codex zou er melding van maken. Intusschen vindt men daar geene dergelijke bepaling, maar wel daarentegen eene bekrachtiging van een rescript van DIOCLETIANUS en MAXIMIANUS, waarin gezegd wordt, dat een te goeder trouw gesloten transactie, op grond van later gevonden stukken, niet kan worden vernietigd. De l. 19 C. h. t., waarin dit uitdrukkelijk wordt bepaald, en op welke

voor het onderhavig geval geene uitzondering wordt gemaakt, schijnt ons een reden te meer toe, om aan de geldigheid der transactie hier niet te twifelen, en haar gelijk te stellen, met ieder pactum, niet door de wet verboden ¹⁾).

Door deze beschouwing zijn wij allengs tot de zienswijze van VON SAVIGNY toegetreden, aan wien de opname der l. 6 D. h. t. toevallig en als bij vergissing toeschijnt ²⁾).

Als grond voor het geoorloofde der transactie in het onderwerpelijk geval wordt door de schrijvers ³⁾, wier

1) l. 7, § 7 D. de Pactis (II, 14). Pacta conventa, quae neque dolo malo neque adversus leges, Plebiscita, SCta, Edicta, Decreta Principum... facta erunt servabo.

2) System. I, p. 256 in noot 6:

„Aus dem eigenthümlichen Gegenstand eines Titels kann man regelmässig auf den zweifelhaften Sinn einer einzelnen darin enthaltenen Stelle einen wohl begründeten Schluss ziehen. Nur darf dabei nicht überschien werden, dass manche Stellen aus blossern Versehen und nach dem aussern Schein einem ganz unpassenden Titel eingerückt worden sind in welchen Fall jene Auslegungsregel gar nicht gelten darf (leges fugitivae).... ein Beispiel hier für liefert die l. 6 D. de Transact. die bloss zufällig und irrig in den Titel de Transact. gekommen ist, da sie gar keine die Transactio betreffende Regel enthält.

3) Oudtijds werd de geldigheid der hier bedoelde Transactie voorgestaan door CUIACIUS t. a. p.

EMILE FERRET, ad l. 3 D. transact.

FRANCISCUS BALDUINUS, in Just. lib. III, p. 346. HOTTOMANNUS in usu Judicis bl. 289.

JACOB LABITT, Ration. ad l. 6 D. h. t.

ANTON FABER, Julio Paulo c. 7.

NOODT, de Pactis, c. 10.

BACH, Opuscula ad Hist. et Jurisprud. Spect. Diss. de Jure transact. etc. bl. 75—112.

SCHULTING, Diss. de Tract. super controvers. bl. 206—235.

inzigt wij volkomen deelen, aangevoerd, l. 11 pr. D. exc rei Jud. (XLIV. 2). ULPIANUS:

„Si mater filii impuberis defuncti ex Scto bona vindicaverit ideo, quia putabat, rupto patris ejus testamento, neminem esse substitutum, victaque fuerit, quia patris testamentum ruptum non erat; postea autem, prolatis pupillaribus tabulis, apparuit non esse ei substitutum, si peteret rursus hereditatem obstaturam rei judicatae exceptionem Neratius ait. Ego exceptionem obesse rei judicatae non dubito; sed ex causa succurrendum crit ei, quae unam tantum causam egit rupti testamenti.”

Zie hier de casus positie: TITUS komt vóór zijn veertiende jaar te overlijden, en CAJUS neemt zijne erfenis in bezit, als *pupillariter* gesubstitueerd aan TITUS. De moeder van TITUS bewerende dat haar echtgenoot (de vader van TITUS) zijn testament heeft herroepen, en daardoor de pupillaris substitutio heeft doen vervallen ¹⁾, stelt de hereditatis petitio tegen CAJUS in, op grond van het Setum Tertullianum. Te kort schietende in het bewijs, dat haar man zijn testament heeft herroepen, wordt zij in het ongelijk gesteld.

Later bij de opening des uitersten wils, blijkt het dat de substitutie nietig is. De moeder stelt op nieuw de hereditatis petitio in, maar wordt geslagen met de exceptio rei judicatae.

Men ziet hieruit, dat de exceptio rei jud. wordt toe-

GLÜCK, Erlaut. der Pand. V, § 348. In Duitschland is deze leer thans zegevierende;

Zie RISCH t. a. p. bl. 108—130, en onder de jongsten Profr. HEIMBACH, in Weiske's Lexicon voce Vergleich XII.

1) Zie l. 2 pr. D. de pup. et vulg. subst. (XXVIII, 6).

gelaten, hoewel het vonnis, waarop zij gegrond is, geveld is over eene beschikking bij testament, terwijl het testament zelf nog niet geopend was.

In l. 6 D. h. t. wordt de transactie op ééne lijn geplaatst met het geregtelijk onderzoek, waarvan de res judicata het gevolg is; — wat voor het laatste waar is, moet dus ook voor transactie gelden, d. i. men zal zich op de transactie hier bedoeld kunnen beroepen. Derhalve is de transactie geldig.

De tegenovergestelde meening is evenwel de oudste. De Glossatoren verdedigden haar, DONELLUS, VOET en VINNIUS namen haar over; ook bij de latere schrijvers heeft zij ingang gevonden.

PUCHTA, SCHWEPPE en WENIG INGENHEIM namelijk, hebben haar omhelsd.

Als een gebrek in de beschouwing der oudere schrijvers moet worden opgemerkt, dat zij hebben verwaarloosd het verband tusschen de l. 6 en andere plaatsen der Pandecten bestaande. Bij allen vindt men de l. 6 behandeld, als stond zij op zich zelve.

Naar de gevolgtrekkingen, die zij uit deze lex maken, moeten de oudere schrijvers in twee kategoriën worden onderscheiden, t. w. in hen die transactie hier voor ongeoorloofd, en in die, welke haar voor onmogelijk houden. VOET verdedigt de eerste leer, in navolging der Glossatoren. Zijn argumenten komen hier op neder: door dergelijke overeenkomst wordt 1°. te kort gedaan aan den wil des erflaters, en 2°. ligtelijk aanleiding gegeven, tot arglistige verbergings des uitersten wils.

Hiertegen valt op te merken, dat ook na de opening eens uitersten wils, door de belanghebbenden bij transactie

kan worden gehandeld in strijd met de gedachten des erflaters.

Derhalve zou ook deze verboden moeten zijn, indien de bewering van VOET opgaat; intusschen vindt men zoodanig verbod nergens, en zou het als eene groote inbreuk op het privaatrecht moeten worden aangemerkt.

Hoe de Romeinen over de vervreemding van goederen bij erfenis verkregen dachten, blijkt hieruit, dat men volgens het R. R. zijn erfdeel kan verkoopen.

Het tweede argument van VOET verliest veel van zijne kracht, als men bedenkt, hoe het arglistig verbergen eens uitersten wils uit den aard der zaak moeilijk kon plaats hebben; 1°. door de vele getuigen bij het maken daarvan tegenwoordig; en 2°. door de veelal genomen voorzorg van depositie des uitersten wils en het maken van verschillende afschriften.

Gesteld evenwel dat zoodanige arglistige verberging hebbe plaats gehad en iemand hierdoor tot het aangaan eener transactie is overgehaald; zoo zal hij tot uitvoering aangesproken wordende kunnen weigeren, door met de exceptio doli op de vordering te antwoorden. Valt de arglist niet te bewijzen dan heeft hij het toch immer aan zijn eigen schuld te wijten, dat hij onvoorzigtig genoeg geweest is, om eene transactie aan te gaan zonder zich van den inhoud des testaments te hebben vergewist, en wordt hij tot de uitvoering der overeenkomst verplicht: „habet quod sibi imputet.”

DONELLUS legt bijzonderen klem op de woorden in l. 6 D. h. t.: „*veritas aliter exquiri non potest.*”

Volgens hem kan er over een Testament, dat nog

niet geopend is, nimmer *lis dubia* bestaan, en moet transactie derhalve onmogelijk worden verklaard.

Vroeger hebben wij hieromtrent reeds een andere uitkomst verkregen; wij kunnen derhalve voortgaan met de beschouwing van een argument, aan alle schrijvers der tegenpartij gemeen. Wij bedoelen het beroep op hetgeen door SCAEVOLA gezegd wordt in l. 3, § 1, D. h. t.

„Quum transactio propter fideicommissum esset facta et postea codicilli reperti sunt, quaero an quanto minus ex transactione consecuta mater defuncti fuerit, quam pro parte sua est, id ex causa fideicommissi consequi debeat? Respondi debere.”

Zie hier het geval: er is getransigeerd over een testament, waarbij de erflater aan zijne moeder een fideicommiss had gemaakt. Later worden er codicillen gevonden, waaruit blijkt dat het fideicommiss meer bedroeg, dan de moeder bij transactie heeft ontvangen.

Nu is de vraag, of de moeder haar regt verloren heeft op datgene, wat het fideicommiss meer bedraagt, dan het geen haar bij transactie is uitgekeerd, dan wel, of zij dit meerdere nog kan vorderen. Op het laatste antwoordt SCAEVOLA bevestigend.

Als reden van dit antwoord geven de schrijvers, of de onmogelijkheid of de ongeoorloofdheid der transactie op, al naar mate zij eene dezer twee stellingen verdedigen.

Beide deze uitleggingen schijnen ons onjuist toe, als steunende op eene onjuiste veronderstelling. Nergens toch blijkt het in het onderwerpelijk geval, dat de transactie door de moeder gesloten is geworden, terwijl het testament des kinds nog ongeopend was. Zeer wel laat zich SCAEVOLA's uitspraak verdedigen, voor het

geval, dat de moeder getransigeerd heeft na inzage van het testament.

De *codicillen*, waarbij het fideicommiss wordt gemaakt, zijn dikwerf afgescheiden van het testament ¹⁾. Wanneer de moeder alzoo getransigeerd heeft over het fideicommiss, waarvan in het testament bleek, dan heeft zij niet gedacht dat bij codicil dit fideicommiss nog verhoogd was.

Onzes inziens heeft men in de uitspraak van SCAEVOLA de bevestiging te zien van hetgeen door PAPINIANUS in l. 5 D. h. t. wordt opgemerkt:

„Lites de quibus cogitatum non est in suo statu retinentur” ²⁾.

1) GAJUS II, 270 a 273, § 8, Instit. de codicill. (II, 25). l. 8 pr. D. de jure c. (XXIX, 7).

2) RISCH, t. a. p. bl. 118, rekent het hier den schrijvers van een tegenovergesteld gevoelen, als eene fout aan, dat zij niet aan den tekst der l. 3 D. h. t. genoegzamen aandacht hebben geschonken. De woorden: *quam pro parte sua est*, moeten letterlijk worden opgevat, en worden uitgelegd als *voor zooveel haar wettelijk erfdeel bedraagt*. Als reden geeft hij op, dat dit gedeelte der lex 3 even als het eerste, moet handelen van de *legitima*. Hierdoor zou men moeten denken, dat aan SCAEVOLA de vraag gedaan was, of door eene transactie over het fideicommiss vernietigd wordt de aanspraak der moeder op het meerder bedrag van het wettelijk erfdeel boven hetgeen haar bij transactie is uitgekeerd. Deze redenering kan ons niet bevredigen, daar wij in het eerste gedeelte dezer lex, niet zooals RISCH wil, van het wettelijk erfdeel vinden gesproken, en dus den grondslag missen, waarop zijne uitlegging steunt. Zie hier het eerste gedeelte der l. 3 D. h. t. „*Privatorum pactionibus non laedi jus ceterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri potest, neque manumissis vel legulariis actionis suae ademptae. Quare quidquid ex testamento petant scriptum heredem convenire debent, qui ex transactione hereditatis aut cavet sibi, pro oneribus hereditatis, aut, si non cavet non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre.*”

Tusschen hen, die de transactie hier bedoeld, op grond der l. 6 D. h. t. voor onmogelijk of voor ongeoorloofd houden, heeft zich nog eene derde partij ingedrongen, die eene leer voorstaat uit de twee vorige stellingen zamen gesteld. SCHILTER en BAKHOVEN namelijk zijn van oordeel dat de transactie hier èn onmogelijk èn ongeoorloofd is. Na de wederlegging van VOET en DONELLUS, behoeven wij bij deze leer niet stil te staan, maar vestigen wij liever de aandacht op de meening van HOLZSCHUHER, die dergelijke transactie niet onbepaald voor ongeoorloofd houdt, maar haar gelijk stelt met eene *kans-overeenkomst*.

Deze leer, welke ten tijde van GLÜCK in Deutschland in de praktijk gold, vindt men ook in enkele wetgevingen gehuldigd, zoo als in het Pruissisch Landregt, en het Oostenrijksche wetboek, waarin transactie om die reden verboden is ¹⁾.

Vreemd mag het heeten, dat eene dwaling, zoo groot als deze, in de nieuwere wetgeving heeft kunnen insluipen. Het onderscheid toch tusschen eene kansovereenkomst en de hier bedoelde transactie is aanmerkelijk. De uitvoering eener kansovereenkomst hangt van eene onzekere gebeurtenis af; — geene der partijen weet, of zij

1) Pr. Lr. art. 442. Ueber Erbschaften aus letztwilligen Verordnungen findet vor Publication derselben kein gültiger Vergleich statt.

Art. 443. Nach erfolgter und der Partheien bekannt gewordener Publication aber kann keine derselben den Mangel der Wissenschaft von den Inhalt der Verordnung vorschützen.

O. Wb. § 1383. Ueber den Inhalt einer letztwilligen Anordnung kann vor deren bekanntmachung kein Vergleich errichtet werden. Die hier über entstandene *wette* wird nach den Grundsätzen von Glücksverträgen beurtheilt.

tot praestatie zal zijn gehouden; bij transactie daarentegen heeft juist het omgekeerde plaats.

Gelijk deze heeft zij haren oorsprong in eene onzekerheid, maar terwijl bij eene kansovereenkomst de onzekerheid door een toeval ophoudt, wordt de twijfel welke tot transactie aanleiding gegeven heeft, bij het tot stand komen dezer overeenkomst opgeheven.

Gaan wij thans over tot eene andere beschouwing.

MAEVIUS voorziet bij zijnen uitersten wil in het onderhoud van SEMPRONIUS uit medelijden met diens nooddrift. Zijne erfgenamen bieden SEMPRONIUS eene zekere som gelds aan, wanneer hij van zijn regt op de hem toegekende uitkeering, afstand wil doen.

SEMPRONIUS begeerig, om tijdelijk in het genot eener kleine som gelds te zijn, neemt met hunnen voorslag genoegen, en vervalt weldra weder tot zijnen vroegeren toestand.

Zal men die overeenkomst, waardoor SEMPRONIUS wederom tot den bedelstaf wordt gebragt, terwijl, op liefdadige wijze, voor geheel zijn leven in zijne behoeften was voorzien, voor geldig moeten verklaren?

Naar het strikte regtsbegrip heeft hij hier eene geldige transactie gesloten. *Res dubia* toch is hier voorhanden, daar geene der partijen weet, hoe lang het levensonderhoud zal moeten worden uitgekeerd; — beide getroosten zich daarenboven eene opoffering; — de zaak eindelijk waarover gehandeld wordt, is eene *res privata*.

Tot welke verderfelijke gevolgen dergelijke overeenkomst leiden kan, is duidelijk. Ook onder het R. R. mag het zich voorgedaan hebben, dat iemand, door het aangaan van eene dergelijke transactie, zich van alle hulpmidde-

len beroofde; althans men vindt daarin maatregelen genomen, ter voorkoming van dit kwaad.

Door Keizer MARCUS ANTONINUS namelijk werden dergelijke transacties onder regterlijk toezigt gesteld. Hoewel de letterlijke inhoud van 's Keizers voorzieningen hieromtrent, voor ons verloren is gegaan, vinden wij dien echter zakelijk teruggegeven en belangrijk gecommentarieerd door ULPIANUS in l. 8 D. h. t.

Om tot de kennis te geraken der werking van het toezigt door DIVUS MARCUS bevolen, en van de grenzen, waar binnen dit is bepaald, zullen wij achtereenvolgens eenige vraagpunten oplossen:

1°. Wat heeft men onder levensonderhoud te verstaan?

Naar ons spraakgebruik begrijpt men daaronder een complex van zaken welke tot instandhouding des levens onontbeerlijk zijn, zoo als: *kost*, *kleeding* en *woning*.

Het latijnsche woord *alimenta* heeft daarentegen eene minder ruime beteekenis, en duidt slechts de eerste der genoemde zaken aan. Van daar, dat men door eene transactie over *alimenta* aan te gaan, geen' afstand doet van zijn regt op kleeding en woning ¹⁾.

Ondanks de engere beteekenis van het woord „*alimenta*” is echter transactie over kleeding of woning evenzeer aan toezigt onderworpen, volgens ULPIANUS t. a. p. § 8. „Ejusdem praetoris notio, ob transactionem erit, sive habitatio sive vestiarius legabitur.”

2°. Is transactie over alle levensonderhoud aan toezigt onderworpen?

1) l. 8 cit. § 12. Qui transigit de alimentis non videbitur neque de habitatione neque de vestiario transegisse, quum D. MARCUS specialiter etiam de iis transigi voluisset.

Van de wijze, waarop het levensonderhoud geschonken is, hangt het af, of de transactie daarover al of niet onder 's regters oog behoort te worden aangegaan. Is het bij making na doode besproken, zoo zal men bij eene transactie daarover, magtiging behoeven; — is het daarentegen bij schenking onder de levenden geschonken, of bij overeenkomst bedongen, zoo zijn de partijen in hare transactie volkomen onafhankelijk ¹⁾).

De reden, waarom D. MARCUS slechts de transactie over levensonderhoud bij making na doode onder toezigt heeft gesteld, mag welligt hierin zijn gelegen, dat hij niet te veel in het privaat-regt heeft willen ingrijpen, maar slechts den regel „Publice expedit suprema hominum judicia exitum habere”, hier heeft willen toepassen.

Voorts geldt zijne bepaling slechts dan, wanneer er getransigeerd wordt over levensonderhoud, dat nog uitgekeerd moet worden, en indien de som, welke tot afkoop aangeboden wordt, blijkbaar niet evenredig is aan de opoffering van hem, die van de toekomstige uitkeeringen afstand doet ²⁾).

Voor beide deze restricties laten zich goede gronden aanvoeren. Het hier bevolen toezigt geschiedt, opdat

1) §§ 2 et 3 eod. Haec oratio pertinet ad alimenta, quae testamento vel codicillis fuerint relicta sive ad testamento factis sive ab intestato. Idem erit dicendum et si mortis causa donata fuerint vel ab eo, cui mortis causa donata sint, relictis.

Plane de alimentis, quae non mortis causa donata sunt, licebit et sine Praetore transigere.

2) Eod. De alimentis praeteritis si quaesti defertur (transigi potest, de futuris autem sine praetore, sive praeside interposita transactio nulla auctoritate juris censetur.

Pr. Ne facile transigerent contenti modico praesente.

iemand door geldzucht gedreven, niet mogt worden misleid, hetzij door zich zelven, hetzij door zijne tegenpartij omtrent de waarde van het regt, waarvan hij afstand doende voor eene geringe vergoeding, zich van de eerste behoeften des levens berooft. Behoeften zijn eigenlijk immer voor het toekomstige, daar het tegenwoordige in ons leven een ondenkbaar klein oogenblik vormt. Vervallen levensonderhoud staat dan ook gelijk met eene vervallen schuld. Uit de beweegredenen zelve, welke D. MARCUS genoopt hebben, om de vrijheid tot transactie te beteugelen, kan men verklaren waarom men niet onder toezigt is gesteld, bij eene transactie, waarin de opoffering van het regt op onderhoud behoorlijk wordt vergoed. In dit geval toch loopt de begiftigde geen gevaar.

Eenzoo zal men geheel vrij eene transactie kunnen aangaan, waarbij de wijze van uitkeering der alimenta slechts eenigzins wordt gewijzigd, zonder dat aan het regt op uitkeering afbreuk wordt gedaan ¹⁾).

Eindelijk moet nog worden opgemerkt, dat de Oratio van D. MARCUS slechts geldt voor zoodanige makingen, waaraan de erflater *uitdrukkelijk* de bestemming heeft gegeven, van tot *levensonderhoud* te zullen dienen ²⁾).

1) Eod. Quid deinde si ita transactum est ut initio anni consequatur quod consummato anno reciperet? Et puto eam transactionem valere, quia meliorem conditionem suam alimentarius tali transactione facit; noluit enim oratio per transactionem intercipi.

2) § 23 cod. Si in certos annos certa quantitas fuerit relicta homini honestioris loci veluti salarium annuum vel ususfructus transactio et sine praetore fieri poterit.

Ceterum si ususfructus modicus alimentorum vice sit relictus transactionem sine praetore factam nullius esse momenti.

3°. Door wien wordt het toezigt uitgeoefend, en hoe ver strekt het zich uit?

In den regel neemt de Praetor te Rome, en de Praeses provinciae in de provincie kennis van dergelijke transacties. In geval echter door den fiscus levensonderhoud verschuldigd is, oefent de Procurator Caesaris of de Praefectus aerarii dit toezigt uit ¹⁾.

De werkkring dezer ambtenaren bepaalt zich echter niet blootelijk tot het geven of weigeren hunner toestemming. Alvorens hunne magtiging te verleenen, moeten zij de zaak aan een bepaald onderzoek onderwerpen, op straffe van nietigheid ²⁾.

Het loopt voornamelijk over de volgende drie punten: de aanleiding tot het sluiten der transactie, — de wijze waarop partijen hare verplichtingen willen regelen, — de hoedanigheid der personen. Vooral op het tweede heeft men scherp toe te zien, daar het pligt is, acht te geven of de opoffering van het regt op onderhoud, behoorlijk wordt vergoed.

Ondanks de magtiging des Praetors is eene transactie nietig, wanneer het blijken mogt, dat in dit onderzoek eenig verzuim heeft plaats gehad ³⁾.

4°. Wat is het gevolg van een verzuim der voorschriften van D. MARCUS?

§ 15 eod. Idem est et si ager fuerit in alimenta obligatus nam nec pignus ad hoc datum inconsulto praetore poterit liberari.

1) Zie l. 9, § 1 D. de off. procur. (I, 19). l. 3, § 8 D. de bon. poss. (XXXVII, 1). l. 1, § 8 ad Sctum Turpilianum (XLVIII, 16).

2) l. 8 D. h. t. § 17. Si Praetor aditus, citra causae cognitionem transigi permiscrit, transactio nullius est momenti.

3) Eod. § 17. Praetori enim ea res commissa est quaerenda, non negligenda aut donanda.

ULPIANUS zegt het met deze woorden:

„Oratio D. MARCI efficit ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore praetore facta esset.”

Maar hoe, als aan de transactie reeds uitvoering mogt zijn gegeven? Naar het gemeene regt zou het transactionis causa gegevene, met de *condictio sine causa* terug gevorderd kunnen worden. De billijkheid bragt evenwel mede, dat hier eene andere bepaling werd gemaakt; want, kon de som welke tot afkoop heeft gediend, teruggevorderd worden van hem, die regt op onderhoud had, zoo zou deze, indien de tegenpartij niet aan hare verplichtingen wilde voldoen, of hiertoe niet onmiddellijk, maar eerst na verloop van tijd verplicht was, van alle hulpmiddelen verstoken zijn. D. MARCUS bepaalde daarom dat er compensatie plaats zou hebben van het levensonderhoud, dat op het oogenblik, waarin van de nietigheid der transactie blijkt, vervallen is, en van de som, welke bij transactie tot afkoop is gegeven; — bedraagt de afkoopsom eene grootere waarde dan het vervallen onderhoud, zoo moet dit meerdere door den gealimenteerde worden terug gegeven ¹⁾.

Ten slotte nog deze vraag: is de Oratio van D. MARCUS

1) l. 8, § 22. Si quis de alimentis transegerit sine Praetoris auctoritate, id quod datum est in praeterita alimenta cedet, nec interest tantum in quantitate sit debita, quantum datum est, an minus an plus; nam et si minus sit, adhuc tamen id, quod in solutum datum est, in praeterita alimenta imputabitur. Sane si is, qui de alimentis transegit locupletior factus sit ea solutione in quod factus sit locupletior, aequissimum erit, ejus in eum dari repetitionem, nec enim debet ex alieno damno esse locupletior.

ook toepasselijk op transactie over levensonderhoud uit kracht der wet verschuldigd?

GLÜCK en BAUER ¹⁾ beantwoorden haar toestemmend. Naar ons oordeel geheel ten onregte en in strijd met de l. 38 D. de Pactis (II. 14) „*privatorum pactis jus publicum mutari non potest*.”

Naar de begrippen van het hedendaagsche regt, dat, gelijk het Germaansche de misdaad straft, omdat misdreven is, laat zich eene transactie over de vervolging van een misdrijf niet wel denken. Voor het R. R. kan men moeilijk hetzelfde zeggen; daarin toch worden de misdrijven in twee soorten verdeeld, t. w. *delicta privata* en *delicta publica*. Bij de eerste hangt de vervolging af van hem, jegens wien het vergrijp heeft plaats gehad, en komt hem toe als een regt. Eene transactie, waarbij van dit regt wordt afgezien is dan ook geoorloofd.

In enkele gevallen wordt tegen een *delictum privatum*, behalve de straf, welke de beleedigde kan vorderen, ook van staatswege eene straf bedreigd, t. w. *infamie* ²⁾. Dat deze niet door overeenkomst kan worden afgewend, vindt wederom zijne oorzaak hierin, dat de oplegging dezer straf *publici ordinis* is.

Wat de *delicta publica* aangaat, bij deze komt het regt van straffen aan den staat toe, maar de vervolging geschiedt eerst na aanklagte van den enkelen burger.

Mag men hieruit afleiden, dat het sluiten eener trans-

¹⁾ Erl. de Pand. § 353.

Diss. de Patre ad liberos qui bona habent alendos obligato.

²⁾ Zie l. 5 D. de his qui not. in inf. (III, 2), l. 27, § 7 D. de Pactis. l. 38 eod. (II, 14).

actie vóór of ná de aangifte van een delictum publicum, geoorloofd is?

Veel is er over deze vraag gestreden; — de l. 18 C. h. t. was het voorwerp van den strijd. Hier zeggen DIOCLETIANUS en MAXIMIANUS:

„Transigere vel pacisci de crimine capitali excepto adulterio prohibitum non est. In aliis autem publicis criminibus, quae poenam sanguinis non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.”

Twecërlei uitspraak wordt door de schrijvers gegeven.

CUJACIUS, DONELLUS, A. MATTHAEUS, VOET, VINNIUS, BACH en GLÜCK beweren dat transactie over halsmisdaden „crimina quae poenam sanguinis ingerunt” geoorloofd, over andere crimina publica daarentegen ongeoorloofd is ¹⁾.

NOODT en SCHULTING ²⁾ houden transactie over delicta publica zonder onderscheid voor ongeoorloofd.

Zij, die transactie over halsmisdaden voor geoorloofd houden, beroepen zich op de uitspraak van ULPIANUS, in l. 1 D. § 1. de bon. eor. qui ante Sent. (XLVIII, 21).

„.... Ignoscendum ei qui sanguinem suum qualiterqualiter redemptum voluerit.”

Uit deze plaats willen zij afleiden, dat uit deernis met een' ter dood veroordeelden, voor de transactie eene uitzondering gemaakt wordt, op den regel van l. 27. § 4

1) Lib. VI. obs. C. 11.

Comment. in l. 18. c. de transact. (II, 4).

Tract. de criminib. lib. 48, § 5.

t. a. p. § 18. § 7. bl. 98, § 353.

2) DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS sive de transactione et pactione criminum.

D. de Pactis (II. 14). *Et in summum si pactum a re privata remotum sit, non est servandum.*

Omtrent het oogenblik waarop de transactie mag gesloten worden vóór of na de aanklagt namelijk, verschillen deze schrijvers in gevoelen. A. MATTHAEUS, SCHULTING¹⁾ en KLEINSCHRODT²⁾ beweren het eerste; DONELLUS en VOET maken daarentegen geen onderscheid.

MATTHAEUS voert voor zijne meening het SCTum Turpillianum aan, dat hem, die zijne aanklagt intrekt, zonder abolitie te hebben verkregen, met eerloosheid straft³⁾.

Hiertegen brengt VOET in, dat de straf van dit SCTum niet wordt toegepast waar men van zijne aanklagt *lege vel principe auctore* afziet. Eene transactie over eene halsmisdad wordt immer *lege auctore* aangegaan, daar zij bij de l. 18 C. h. t. als geoorloofd voorkomt. Van dit standpunt verder uit redenerende, zegt hij: „Wanneer de transactie bij de wet geoorloofd is, dan volgt hieruit, dat zoo aanklager als aangeklaagde hiertoe bevoegd moeten zijn; — de onbevoegdheid immers van eene der partijen, maakt de overeenkomst nietig. Wanneer de aanklager tot de transactie bevoegd is, mag het ongerijmd heeten, dat zijne handeling met eerloosheid zou worden gestraft.

Ook bij DONELLUS vindt men deze redenering, hoewel eenigzins gewijzigd, en dient zij ten betooge, dat trans-

1) t. a. p. § 5.

2) Systemat. Entwicklung der grundbegriffe und wahrheiten des peinl.

R. II, § 90.

3) Zie l. 1, § 7 en 10. l. 15 D. ad SCTum Turpill. (XLVIII, 16).

l. 1 et 2 C. (IX, 42, 45).

l. 6, § 3 D. de Decurion, (l. 2).

actie over eene halsmisdaad geoorloofd is. Uit de l. 18 C. h. t., zoo zegt hij, blijkt, dat transactie bij crimina capitalia niet is verboden: wat niet verboden is, moet voor geldig gehouden worden, *ergo*.

Trachten wij, na de uiteenzetting der meeningen van anderen, zelve tot eene oplossing dezer strijdvraag te komen.

In de eerste plaats trekt de vorm der Keizerlijke uitspraak onze opmerkzaamheid. Van de omstandigheid of zij als wet, of als rescript is gegeven, hangt hier veel af. In het eerste geval kan zij eene omkeering in het toen geldend regt hebben te weeg gebracht; in het laatste is zij daarvan de bloote toepassing.

Eene beschouwing der l. 18 C. h. t. overtuigt ons dat DIOCLETIANUS en MAXIMIANUS bij rescript hebben gesproken. Het is hier dus de vraag, of men ten hunnen tijde zich kon bevrijden van een aanklagt, wegens halsmisdaad.

Eene uitspraak van MARCIANUS in l. 1, § 2 D. de lege Corn. de falsis (XLVIII. 10) leert ons, dat hij, die zich om liet koopen, om geene getuigenis te geven, of wel den regter omkocht, bloot stond aan de straf welke volgens de lex Cornelia op het falsum was gesteld. Daarenboven werd hij, die zijnen aanklager omkocht, voor overtuigd van zijn misdrijf gehouden; alleen bij halsmisdaden wordt er eene uitzondering op dezen regel gemaakt, daar hier de omkoopning van de zijde des schuldigen niet wordt gestraft, zoo als blijkt uit l. ult. D. de pracvar. ULPIANUS.

„In omnibus causis praeterquam in sanguine, qui delatorem corruptit, ex SCto pro victo habetur.”

Geenszins mag men hieruit afleiden dat bij halsmisda-

den de aanklager zich mogt laten omkopen. De volgende plaatsen wijzen het tegendeel aan:

L. 6 D. de leg. JULIA repetund. SATURNINUS.

„Eadem lege tenentur, (lege JULIA repetundarum.) qui ob denuntiandum vel *non denuntiandum* testimonium, pecuniam acceperint.”

§ 2 Eod.

„Lege JULIA repetundarum cavetur ne quis ob sententiam in senatu consiliove publico dicendam pecuniam accipiat vel ob accusandum vel *non accusandum*.”

L. 7 C. §. 3. MACER:

„Hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur et plerumque vel exsilio puniuntur, vel etiam durius, prouti admiserint.”

L. 2 D. de Concussion. (XLVII. 13). MACER:

„Concussionis Judicium publicum est; sed si ideo pecuniam quis accepit quod crimen minatus sit, potest publicum judicium esse SCtis, quibus poena legis CORNELIAE teneri jubentur, qui in accusatione innocentium coërint, quive ob accusandum, vel *non accusandum*, denuntiandum vel *non denuntiandum* pecuniam acceperint.”

De beide laatste plaatsen bewijzen, dat hij òf met ballingschap òf met de straf op concussie gesteld, werd gestraft.

Was eene aanklagt eenmaal ingesteld, zoo kon de aanklager volgens het SCtum Turpill. haar niet terug trekken, ten zij hij abolitie had verkregen, op straffe van eerloosheid ¹⁾.

Deze abolitie werd slechts in weinige gevallen door

1) l. 1. D. ad SCtum Turpill. (XLVIII, 6).

den regter verleend, t. w. wanneer de aanklagt in dwaling, in drift of uit onbezonnenheid was ingediend ¹⁾).

Uit dit alles blijkt voldoende, dat DIOCLETIANUS en MAXIMIANUS wanneer zij in l. 18 C. h. t. van transactie gewagen, aan dit woord niet den zin hechten, welken het in het civiele regt heeft, maar daarmede slechts bedoelen eene handeling van de zijde eens schuldigen, waardoor deze aan de doodstraf tracht te ontkomen, waarmede hij, ten gevolge van een misdrijf is bedreigd ²⁾).

Gaarne scharen wij ons hier dan ook aan de zijde van NOODT en SCHULTING, die l. 18 C. h. t. meer op hare plaats achten in dat gedeelte van den Codex waar het strafregt wordt behandeld, dan in den titel de *Transactionibus*.

Hoe in ieder ander geval de beschuldigde, welke zijnen

1) l. 2, C. ad SCtum Turpill. (IX, 42, 45).

2) Niet ten onrechte veronderstelt NOODT, dat het rescript in 18 C. h. t. medegedeeld een antwoord is, op de vraag: wanneer mag een beschuldigde over de tegen hem ingebragte aanklagt de *delictio publica*, zich met den aanklager verstaan, zonder van valsheid te worden verdacht.

Vgl. tevens dezen schrijver t. a. p. cap. 15, § 21. over de woorden *excepto adulterio*, welke in het eerste gedeelte dezer lex voorkomen. Naar zijn oordeel zijn zij eerst later, ja welligt door TRIBONIANUS in het rescript van DIOCLETIANUS en MAXIMIANUS ingelascht, daar ten hunnen tijde het *adulterium* niet onder de *delicta publica* werd gerangschikt. Zij zijn welligt ontleend aan de l. 10 C. ad leg. Jul. de adult. waar Keizer ALEXANDER zegt:

De crimine adulterii pacisci non licet, et par delictum est accusatoris praevicatoris et defugientis veritatis inquisitionem.

CUJACIUS Lib. VI. obs. c. 11 wil hier gelezen hebben *licet rei defugientis*.

aanklager beweegt tot intrekking der aanklagt wegens een *delictum publicum* zich aan *falsum* schuldig maakt, wordt in het laatste gedeelte der l. 18 C. h. t. gezegd.

„In aliis autem publicis criminibus quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem”¹⁾.

1) Ook over de uitlegging van dit gedeelte der lex. 18, bestond vroeger verschil. Sommige schrijvers kenden hieraan toe de beteekenis van *praeter*, en kwamen alzoo tot het besluit, dat transactie over alle crimina publica waartegen geen doodstraf is bedreigd, ongeoorloofd is, met uitzondering van het geval dat over *falsum* getransigeerd werd.

Overtuigend bewijst VINNIUS echter, dat de Keizers van welke dit rescript is uitgegaan, in hunne wetten, edicten en rescripten, *citra* bezigen in de beteekenis van *sine*, zooals blijkt uit

- l. 10. l. 24 C. de rei vind. (III, 32).
- l. 7 C. de reb. cred. (IV, 1).
- l. 6 C. si cert. pet. (IV, 2).
- l. 19 C. de procur. (II, 13).
- l. 15 C. de jure dot. (V, 12).
- l. penult C. de pign. (VIII, 14).
- l. 2 C. Sent. resc. non posse, (VII, 50).

HOOFDSTUK IV.

DE HANDELING VAN TRANSACTIE IN BETREKKING TOT DE VOORWAARDEN, WELKE TOT HAAR WEZEN BEHOOREN.

De wijze, waarop aan een geschil of aan eene onzekerheid een einde wordt gemaakt, is van grooten invloed op de werking der transactie. Waar deze onvolledig is, wordt ook de zekerheid, welke men bij deze overeenkomst hoopte te verkrijgen, onvolkomen.

In sommige gevallen hangt de werking der transactie af, van den vorm waarin zij gesloten is.

Tot de bestaanbaarheid dezer handeling wordt altijd de toestemming der partijen vereischt.

Reeds vroeger merkten wij op, hoe de werking eener regtshandeling naar het R. R. geheel van den vorm afhangt en zagen wij, dat het regt van vordering nimmer uit eene bloote overeenkomst (pactum) wordt geboren.

Dikwerf zal men bij eene transactie voldoende gewaarborgd zijn voor eene herhaling van den daarbij uitmaakten strijd, door de exceptie, welke zij immer als

pactum oplevert. Meermalen zal men daarentegen behoefte hebben aan eene vordering, ter verkrijging van het transactionis causa belofde.

Wanneer mag men de *pacto* tot stand gekomen transactie voor volkomen houden?

De oplossing dezer vraag vordert dat wij de handeling van transactie ontleden; deze toch is niet het gevolg eener wilsverklaring omtrent één enkel punt, maar komt integendeel voor als het resultaat van tweeërlei bedoeling.

Het eerste punt van overweging is, de oplossing eener onzekerheid; het tweede de opoffering welke ieder zich zal getroosten. Beide deze elementen zijn ten naauwste aan elkander verbonden.

Gesteld nu dat twee personen bij transactie een geschil willen uitmaken, dan is hunne eerste bedoeling, dat een hunner in de toekomst zijne bewering zal opgeven, met andere woorden, dat een hunner zich verbindt om voortaan niet te vorderen. Zeer wel kunnen zij hieromtrent bij pactum overkomen, daar de exceptie uit het pactum geboren de vordering afslaat, welke ondanks de belofte zou worden ingesteld.

Voor de opoffering, welke elk der partijen zich moet getroosten, laat zich niet zoo in het algemeen het zelfde zeggen. Wanneer zij bestaat in eene belofte van niet te zullen vorderen, is natuurlijk het zoo even gezegde toepasselijk; maar meestal bestaat zij, aan de eene of andere zijde in de belofte, om iets te geven of te doen.

In den regel verhouden de wederzijdsche opofferingen zich aldus: aan de eene zijde opoffering eener bewering (belofte om niet te zullen vorderen); aan de andere zijde, belofte om iets te zullen geven of doen. Van deze laatste

belofte kan de uitvoering niet gevorderd worden, indien de transactie *pacto* is aangegaan. Het gevolg hiervan is, dat, wanneer zij door de partij welke haar eenmaal had afgelegd, wordt geweigerd, de tegenpartij ook het regt heeft, om van hare zijde het gegeven woord te verbreken, en alzoo de vordering weder in te stellen, welke zij *transactionis causa* had opgegeven¹⁾. In de uitkomst staan hier de partijen dus, ondanks de *pacto* gesloten transactie, in dezelfde verhouding tot elkander als voorheen.

Hier uit blijkt hoe het gemis van eenen civielen vorm (*stipulatio*) voor de overeenkomst, waarbij partijen *transactionis causa* zich verbinden om iets te geven of te doen, de geheele transactie krachteloos maakt.

Niet altijd verbindt men zich bij transactie, om iets te zullen geven, of te zullen doen, somwijlen integendeel wordt onmiddellijk iets gegeven of gedaan, opdat de andere partij niet vordere iets, waarover vroeger verschil had bestaan. In dit geval is de transactie volkomen al ware zij *nuda conventione* aangegaan, daar zij

1) l. 28 C. h. t. *Sive apud acta rectoris provinciae, sive sine actis, scriptura intercedente vel non, transactio interposita est, hanc servari convenit, sed quoniam, ut certum quid accipias convenisse te, licet sine scriptura proponis, nec hujus rei stipulationem secutam esse, quamvis ex pacto non potuit nasci actio, tamen rerum vindicatione pendente, si exceptio pacti opposita fuerit doli mali vel in factum replicatione usa poteris, ad obsequium placitorum adversarium tuum urgere.*

Zekere SAPPARITA had in een geding over den eigendom eener zaak, bij bloote overeenkomst getransigeerd, onder beding (*pacto*) dat de andere partij haar eene zekere zaak zoude geven. Bij weigering dezer, blijft aan SAPPARITA volgens Keizerlijk rescript niet anders over, dan hare vroegere vordering weder in te stellen.

hier de gedaante van een *contractus innominatus* heeft aangenomen.

Een voorbeeld hiervan geeft de l. 6, C. h. t.:

„Quum mota inofficiosi querela matrem vestram cum diversa parte ita transegisse, ut partem bonorum suscepisset et a lite discederet, proponatis, instaurari quidem semel omissam querelam per vos, qui matris heredes exstitistis, juris ratio non sinit. Verum si fides praestita placitorum non est, in id, quod interest, diversam partem recte convenictis; 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.”

Eene moeder is bij den uitersten wil haars zoons, ten onregte voorbijgegaan. Uit dien hoofde stelt zij de quer. inoffic. in tegen den benoemden erfgenaam. Bij transactie wordt overeengekomen, dat de moeder hare vordering zal intrekken, en dat de erfgenaam haar een gedeelte der erfenis zal uitkeeren. Voor dat de erfgenaam aan zijne verplichting heeft voldaan, komt de moeder te sterven. De erfgenaam weigert aan hare kinderen de nakoming zijner belofte. Nu vragen deze:

1°. of zij tegen hem de quer. inoff. kunnen instellen, en zoo niet

2°. welke vordering zij dan kunnen aanleggen? Hierop antwoordt SEVERUS, dat zij niet de querela, maar, òf de actio ex stipulatu (wanneer er eene verb. obl. heeft plaats gehad), òf de actio praescriptis verbis kunnen instellen.

De laatste is hier gegrond op een contr. inn. *facio ut des.* De moeder toch doet afstand van de querela, opdat de erfgenaam haar een gedeelte der erfenis zou uitkeeren.

Na deze ontwikkeling kunnen wij op de vroeger gestelde vraag, ten antwoord geven, dat eene transactie bij pactum aangegaan, slechts dan van kracht is, wanneer beide de partijen belooven niet te zullen vorderen, of wel wanneer de geheele handeling zich als een contractus innominatus voordoet. Hieruit volgt, dat transactie als pactum *kan* voorkomen, maar meestal in civiel-regtelijken vorm zich zal voordoen.

Het blijft nu nog over te bepalen, welke de vormen zijn, waarin de transactie bij de Romeinen pleegde te worden gekleed.

De meest gebruikelijke vorm voor overeenkomsten, was de stipulatio; — bij de transactie werd de belofte om iets te geven of te doen daarin gesloten. En zoo komt de transactie voor in de gedaante van een pactum de non petendo, en in die eener stipulatio anderzijds.

Het pactum de non petendo, hoezeer voldoende om de herhaling der vordering, waarover getransigeerd is te voorkomen, werd evenwel dikwerf door eenen civiel-regtelijken vorm vervangen, daar de Romeinen de vernietiging *ipso jure*, boven de vernietiging *ope exceptionis* verkozen. Hiertoe bezigden zij de Aquiliana stipulatio indien de vordering waarover getransigeerd werd, niet ex stipulatu ontsproot. De verborum obligatio uit de Aquiliana stipulatio geboren kon dan door Acceptilatio vernietigd worden.

Somwijlen werd de uitvoering eener transactie verzekerd door eene strafbepaling. De toevoeging van zoodanige bepaling was vooral nuttig in die gevallen, waar de transactie bij pactum was aangegaan, en hierdoor onvolkomen

in hare werking zoude zijn. De vrees voor straf toch doet veelal eene overeenkomst uitvoeren, welke in regten geen gevolg zoude kunnen hebben.

Hoe over en weder eene strafbepaling kan worden gesteld, blijkt uit l. 15 D. h. t. PAULUS:

„Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subijci solet sed consultius est huic quoque poenalem stipulationem subungere, quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest.”

En vooral uit l. 37 C. h. t.

„Promissis transactionis causa non impletis, poenam in stipulationem deductam, si contra factum fuerit exigi posse constat.”

Gelijk bij alle overeenkomsten hangt het ook bij transactie van den wil der partijen af, of zij aan de strafbepaling eene cumulative werking willen geven. Hiervan spreekt HERMOGENIANUS in l. 16 D. h. t.

„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.”

Hebben de partijen niets hieromtrent bepaald, zoo wordt het gemeene regt gevolgd, en heeft hij, die door het niet nakomen der tegenpartij aan hare verplichtingen, is benadeeld, de keuze tusschen de vordering van hetgeen ex contractu verschuldigd is, en die van de bepaalde straf ¹⁾.

1) l. 10, § 1 D. de Pactis (II, 14).

Si pacto subjecta sit poenalis stipulatio, quaeritur utrum pacti exceptio locum habeat; an ex stipulatu actio?

Sabinus putat quod est verius utraque via peti posse, prout elegerit qui stipulatus est; si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum esse accepto eum stipulationem ferre.

Vgl. l. 14 C. de Pactis (II, 3) l. 12, § 2 D. de pact. dot. (XXIII, 4),

Een ander middel tot versterking eener transactie, ligt in de bezwering der nakoming van hetgeen hierbij is beloofd.

Terwijl de eedbreuk naar het R. R. in den regel niet wordt gestraft, zoo bestaat hierop eene gewigtige uitzondering bij transactie ¹⁾.

Door ARCADIVS en HONORIUS werd, zoo als uit l. 41 C. h. t. blijkt, vierderlei straf bedreigd tegen hem die eene bezworen transactie niet zou nakomen, t. w. dat hij: 1°. eerloos zal worden verklaard; 2°. geen regt tot vordering zal hebben; 3°. de door hem bezworen transactie zal moeten uitvoeren, en daarenboven aan de daaraan toegevoegde strafbepaling zal moeten voldoen; 4°. alle de voordeelen verliezen zal, welke hij transactionis causa mogt hebben genoten ²⁾.

Een gevolg der bijzondere kracht aan den eed bij transactie toegekend, is, dat de transactie hierdoor in hare uitvoering volkomen verzekerd wordt, onverschillig of zij pacto dan wel onder andere vormen is gesloten.

1) l. 2 C. de reb. cred. et jur. j. (IV, 1) jurisjurandi contemta religio satis deum ultorem habet.

2) l. 41 C. h. t. Si quis major, viginti quinque annis adversus pacta vel transactiones nullo cogente imperio sed libero arbitrio et voluntate confectas putaverit esse veniendum vel interpellando judicem, vel supplicando principibus, vel non implendo promissa, ea tandem invocato Dei omnipotentis nomine, eo auctore, solidaverit, non solum noletur infamia, verum etiam actione privatus, restituta poena, quae pactis probatur inserta et rerum proprietate careat, et emolumento, quod ex pactione vel transactione illa fuerit consecutus. Ita omnia eorum mox commoda deputabuntur, qui intemerata pacti jura servaverint. Eos etiam hujus legis vel jactura dignos esse jubemus, vel munere qui nomina nostra placitis inserentes salutem principum confirmationem initarum juraverint esse pactionum.

De eed bij transactie komt dus voor, als een surrogaat van den vorm.

Kan eene onvolkomenheid in den vorm de transactie in hare uitvoering belemmeren, gebrek aan toestemming belet hare wording, daar zij op den verklaarden wil der partijen steunt.

Bij iedere overeenkomst is eerst dan toestemming voorhanden, wanneer partijen gedacht hebben aan dezelfde zaak en dezelfde handeling, en zij over en weder bedoeld hebben met elkander deze handeling aan te gaan. Somwijlen doet deze identiteit van gedachten zich schijnbaar op, terwijl zij in werkelijkheid niet aanwezig is ¹⁾. Dit is altijd het geval, wanneer eene der partijen in dwaling heeft verkeerd, omtrent een der punten zoo even genoemd, dat wil zeggen, als partijen meenen dat hare bedoelingen omtrent elk dezer punten dezelfde zijn, terwijl zij in werkelijkheid van elkander verschillen.

Het gebrek aan toestemming maakt natuurlijk de transactie onbestaanbaar.

Het kan zich voordoen, dat beide partijen hoewel hetzelfde denkende bij eene transactie, echter in dwaling verkeeren omtrent eene zaak, waarover zij bij het kennen der waarheid onmogelijk zouden hebben kunnen transigeren. Ook deze dwaling aan beide partijen gemeen,

1) B. v. A. en B. treden in schikking omtrent eene zaak, waarover zij geschil hebben; A. denkt dat B. zijne aanspraak bij wege van *pactum remissorium* heeft opgegeven. B. daarentegen meende eene transactie aan te gaan, hier hebben de partijen schijnbaar in eene schikking bewilligd, maar in de daad is hier noch een *pactum remissorium* noch eene transactie tot stand gekomen. De dwaling in den aard der handeling maakt dat hier geene toestemming bestaat.

maakt de transactie onbestaanbaar, daar de partijen haren wil verklaard hebben omtrent eene zaak, welke slechts in hare verbeelding niet in werkelijkheid bestaat, en hare toestemming alzoo niet eene bepaalde zaak tot voorwerp heeft.

PAULUS geeft ons hiervan een voorbeeld in l. 36 D. fam. ercis c. (X. 2).

„Quum te putarem coheredem esse, idque verum non esset, egi tecum familiae erciscundae iudicio.”

Op de vraag wat men hier van eene transactie tusschen mij en hem, dien ik voor mijnen mede-erfgenaam hield, moet denken, geeft hij vervolgens dit antwoord:

„Plane si sine iudice diviserint res, etiam conditionem earum rerum, quae ei cesserunt, quem coheredem putavit qui fuit heres competere dici potest: non enim transactum inter eos intelligitur quum ille coheredem esse putaverit.”

De reden dezer uitspraak ligt voor de hand; eene actio fam. erciscundae zou tusschen u en mij slechts plaats kunnen hebben, wanneer wij beiden te zamen erfgenamen waren; — indien wij nu met elkander eene transactie aangaan, dan bedoelen wij hiermede eene vordering wegens die erfenis in te trekken, of wel voor te komen, naar gelang van omstandigheden.

Blijkt het nu, dat wij beiden in dwaling verkeerden, toen wij elkander als mede-erfgenamen beschouwden, terwijl slechts een of welligt geen onzer op den titel van erfgenaam regt had, zoo hebben wij eene vordering willen vóórkomen of staken, welke inderdaad tusschen ons niet kon bestaan; onze toestemming heeft dus niet eene be-

paalde zaak tot voorwerp gehad, en hierdoor moet ook de handeling vervallen, welke daarop was gegrond.

Zoo zult gij van mij met de *condictio sine causa*, het *transactionis causa* gegevene kunnen terugvorderen, want gij deedt die opoffering, opdat ik van u als medeërfgenaar niet zou vorderen.

Niet slechts bij eene bepaalde transactie (*transactio specialis*), maar ook bij eene algemeene — (*transactio generalis*), kan de hier bedoelde dwaling voorkomen. Bij de algemeene transactie evenwel kan zij niet onbepaald gezegd worden de toestemming te verhinderen, b. v. gij gaat met mij eene algemeene transactie aan over de verdeling eener erfenis, terwijl wij beide denken, dat zekere goederen den erfflater niet in eigendom toekwamen, maar dat zij hem b. v. in vruchtgebruik waren gegeven. Blijkt het nu later, dat wij ons beiden vergist hebben, zoo zullen wij niet kunnen zeggen, dat wij niet hebben toegestemd in de transactie, maar alleen mochten wij hier aannemen, dat wij hier in het algemeen de hereditate hebben getransigeerd, daarvan slechts eenige goederen uitzonderende.

Zoo zeggen ook *DIOCLETIANUS* en *MAXIMIANUS* in l. 29 C. h. t.

„Sub praetextu specierum postea repertarum, generali transactione finita, rescindi prohibent jura. Error autem circa proprietatem rei apud alium extra personas transigentium tempore transactionis constitutae nihil potest nocere.”

Daarentegen, wanneer de dwaling bij eene algemeene transactie zich voordoet als eene dwaling van eene der partijen, waardoor blijkt, dat de een aan iets anders heeft gedacht dan de andere, zal ook het opgemerkte

over dwaling bij bepaalde transactie hier moeten gelden.

B. v. TITUS gaat met MAEVIUS eene transactie aan over eene erfenis, denkende dat daaronder begrepen zijn verschillen, welke hij vroeger met den erflater heeft gehad, en waarin ook MAEVIUS was betrokken; MAEVIUS rekent er die niet onder, hoewel zij loopen over goederen, door den erflater nagelaten. Hier hebben beide niet dezelfde opvatting gehad omtrent den omvang der transactie; TITUS door zich de transactie in ruimere mate te denken, heeft zich tot eene opoffering verbonden, welke grooter is, dan het geval zou zijn geweest, zoo hij de gedachte van MAEVIUS had gedeeld. De toestemming is dan ook hier door de dwaling van TITUS niet gegeven.

Uit het voorafgaande kunnen wij besluiten, dat bij eene algemeene transactie eene dwaling in corpore bij beide de partijen, de toestemming niet verhindert, terwijl zij daarentegen bij eene der partijen voorkomende, de toestemming uitsluit.

Ten slotte zij hier nog onderzocht op welke wijze eene transactie moet worden uitgelegd.

Raadpleegt men de oude schrijvers, zoo zou men bijkans gaan gelooven, dat hieromtrent regels gelden, afwijkende van de algemeene. De meeste hunner spreken van eene beperkte uitlegging, zoo zegt DE GROOT: „*Dadingwoorden worden eng genomen, ende daerom wert niet verstaen daeronder begrepen yet, waerom ten tijde van de Dading waerschijnlijk niet en is gedacht.*”

Met allen eerbied voor onzen grooten landgenoot, kan men hem moeilijk toegeven, dat de woorden eener transactie immer in beperkten zin moeten worden opgevat. Nergens vindt men hiervoor bewijzen; de plaatsen

welke in de onderwerpelijke titels van de verklaring der transactie handelen, zijn niet anders dan toepassing van den algemeenen regel voor alle overeenkomsten geldende, dat namelijk meer op den wil, dan op de woorden der partijen moet worden acht gegeven; terwijl deze eerst mogen worden onderzocht, wanneer men dien wil niet heeft kunnen kennen. Zoo vindt men de toepassing der l. 219 D. de verb. sign. (L. 16) waar gezegd wordt:

„In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.”

in l. 5 D. h. t. GAJUS:

„Quum Aqu. Stip., interponitur, quae ex consensu redditur, lites de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur.”

en in l. 9, § 1 D. h. t. ULPIANUS:

„Transactio quaecunque sit de his tantum, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur.”

Den wil der partijen nagaande, loopt men nimmer gevaar voor eene verkeerde opvatting; zoo zal men door eene algemeene transactie ook die zaken vereffend mogen rekenen, welke zich tot die, waarover onderhandeld is, verhouden, als *species* tot *genus*, gelijk CELSUS in l. 12 D. h. t. leert:

„Non esset ferendus, qui generaliter de his, quae testamento relicta sunt, transegerat, si postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti et non etiam, quod posteriore legatum sit.”

HOOFDSTUK V.

DE WERKING DER TRANSACTIE.

Naar aanleiding van den tweeledigen inhoud der transactie, in het voorgaande hoofdstuk opgemerkt, moet men zich hare werking ook in tweeërlei rigting denken. Onderzoeken wij hier 1° op welke wijze de zekerheid door transactie daargesteld, wordt gehandhaafd; 2° door welke middelen partijen elkander kunnen noodzaken tot voldoening der verplichtingen door de transactie opgelegd.

De goede trouw, welke de naleving van iedere overeenkomst gebiedt, vordert, dat de partijen de waarheid erkennen, welke zij bij transactie hebben aangenomen. Veel gelijkenis heeft deze conventionele waarheid met de formele, welke, door het regt aan de res judicata worden toegekend. Hierop doelt het rescript van DIOCLETIANUS en MAXIMIANUS in l. 20 C. h. t.

„Non minorem auctoritatem transactionum esse, quam rerum judicarum, recta ratione placuit, si quidem nihil fidei ita congruit humanae, quam ea, quae placuerunt, custodire.”

De waarheidmakende kracht der transactie, mag aan

deze Keizers zijn opgevallen, en hun tot deze vergelijking tusschen de *transactie* en de *res judicata* hebben bewogen. Hierin ligt evenwel ook het eenig punt van overeenkomst tusschen deze minnelijke schikking en de regterlijke beslissing, en zelfs dit moet beperkend worden opgenomen; want, is het waar dat beide waarheid scheppen, zoo in oorzaak als karakter, verschilt hun beider voortbrengsel.

De waarheid uit transactie geboren als conventioneel, is voor verandering vatbaar, zoo dikwerf de wil van beide de partijen dit beoogt.

De waarheid aan de *res judicata* toegekend, is daarentegen onafhankelijk van den wil der partijen.

Maar, ook het doel door de transactie beoogd, en door de *res judicata* verkregen, zijn van elkander onderscheiden; transactie toch lost elke onzekerheid op; *res judicata* daarentegen slechts die, welke het gevolg is van een verschil in meening en daardoor tot een geding aanleiding heeft gegeven.

Bevreemdend schijnt het ons dan ook toe, dat vele schrijvers tot de weinig kritische meening zijn kunnen komen, dat door het verneld keizerlijk rescript de transactie in hare werking met die der *res judicata* is gelijk gesteld.

Onderscheid makende tusschen het gelijk stellen en het vergelijken van twee zaken, willen wij de werking der transactie trachten af te leiden uit haar karakter van overeenkomst, hoezeer nog onlangs is verklaard, dat men hierin slechts zou kunnen slagen, door eene toepassing van hetgeen voor de *res judicata* geldt ¹⁾.

1) Vgl. RISCII, t. a. p. bl. 174.

De uitvoering der transactie wordt, gelijk die van alle overeenkomsten, verkregen door twee middelen van eenen tegenovergestelden aard; t. w. door *verwering* en door *vordering* ¹⁾.

De voortdurende erkenning der waarheid, welke partijen bij transactie hebben aangenomen, wordt meestal bevorderd door de verwering. Zoo dikwerf immers de vordering, welke bij transactie was opgegeven, wordt herhaald, verliest zij hare kracht, door de aanwending van dit regtsmiddel. Niet altijd evenwel bestaat de opoffering *transactionis causa* in den afstand eener bewering, in de belofte, van niet te zullen vorderen; — integendeel dikwerf houdt zij eene belofte om te geven of te doen in. Waar dit heeft plaats gehad is het middel van verwering natuurlijkerwijze geheel ongeschikt, om tot de vervulling der belofte te kunnen noodzaken, maar heeft men behoefte aan eene vordering.

Van deze spoken wij later.

Zoo als gezegd is heeft verwering plaats, indien in strijd met de transactie is gevorderd.

1) Wij gebruiken hier met voordacht de uitdrukking „*verwering*” in plaats van *exceptie*; van den vorm der transactie hangt het af of men zich tegen eene daarmede strijdende vordering verzetten zal, door het regtsmiddel van *exceptie* of van *ontkenning*. Het eerste komt te pas wanneer de transactie niet *ipso jure* eene vordering heeft vernietigd. Waar dit integendeel wel heeft plaats gehad, door dat de transactie niet *pacto*, maar, met aanwending der *Aqu. Stip.*, gevolgd van *Acceptilatio* is gesloten, geschiedt de *ontkenning* (*relative Verneinung*, volgens *SAVIGNY*). Een belangrijk verschil tusschen beide deze wesen, was in het formulier-proces hierin gelegen, dat de *exceptie* in de formula moest worden ingelascht, en dus *in jure* moet zijn voorgesteld, terwijl de *ontkenning* ook *in judicio* kon plaats hebben.

Wanneer moet eene vordering als strijdig met eene transactie worden beschouwd?

Uit den algemeenen regel, dat overeenkomsten slechts van kracht zijn tusschen de partijen, vloeit al dadelijk voort, dat slechts hij, die bij transactie partij is geweest, in strijd met deze kan vorderen.

Maar voorts kan uit den vroeger aangehaalden regel, „transactie bepaalt zich tot haar voorwerp,” worden afgeleid, dat het voorwerp der vordering hetzelfde moet zijn als de zaak, waarover is getransigeerd. Hierdoor komen wij tot het besluit, dat geene vordering beschouwd kan worden als strijdig met eene transactie, wanneer zij niet door den transigent, en over de zaak waarover is getransigeerd, is ingesteld.

Tot die gevallen moet dus het regt van verwerping worden beperkt. Eene bevestiging dezer stelling vindt men in de uitspraak van *ULPIANUS*, in l. 9. pr. D. h. t.

„*Qui cum tutoribus suis de sola portione administratae tutelae suae egerat et transegerat, adversus eosdem tutores ex persona fratris sui, cui heres exstiterit, praescriptione factae transactionis non summovetur.*”

In het gegeven geval is er door eenen pupil, na het eindigen der voogdij, met zijne voogden getransigeerd over de hem verschuldigde rekening en verantwoording. Later wil hij, als erfgenaam van zijnen broeder, de voogden tot verantwoording roepen, wegens de voogdij, welke zij over dezen hebben gevoerd.

Dit staat hem volgens *ULPIANUS* volkomen vrij, daar men zich, tegen zijne vordering niet zal kunnen beroepen, op de vroeger gesloten transactie.

Inderdaad verschilt hier het voorwerp der vordering (rekening en verantwoording wegens de voogdij over zijnen broeder gevoerd) van dat der transactie (r. en v. van de voogdij over hem zelve).

Eene soortgelijke uitspraak komt in l. 3 C. h. t. voor:

„Age cum Geminiano quod pater ejus negotia tua gesserit et si apud judicem negabit se actione teneri, quoniam transactio et Aqu. Stip. interposita est, judex contemplatione judicii, quod bonae fidei est, quacret de quanta pecunia *nominatim* transactum sit, et si apparuerit de *minore transactum* quantam pecuniam reliquam ex administratione curae deberi probatum fuerit, solvere debebit, quod non in stipulationem Aquilianam obligationis curae tantum deductum est, quanta erat quantitas pecuniae quae debebatur.”

GEMINIANUS wordt aangesproken over het beheer van goederen door zijnen vader als negotiorum gestor gevoerd, niettegenstaande deze daarover bij zijn leven had getransigeerd. Is de zoon na deze transactie nog tot eenige betaling gehouden?

Ja, is hierop het keizerlijk antwoord, indien de vordering, waarmede hij wordt aangesproken, over eene schuld loopt, grooter dan die waarover bepaaldelijk is getransigeerd.

Ook hier is wederom geene identiteit van voorwerp voorhanden.

De reeds bijgebragte bewijzen zouden nog kunnen worden vermeerderd, b. v. met de l. l. 12, en 3, § 1. D. h. t., indien wij niet genoegzaam overtuigd waren ¹⁾. Liever gaan wij echter over tot de beantwoording der volgende vraag:

1) Voorbeelden van identiteit komen voor in l. l. 9, 15, 17, 24 en 25 C. h. t.

Door wien en tegen wien kan verwering op grond van transactie plaats hebben?

De l. 3. D. h. t. houdt een' algemeenen regel in voor het gevolg van overeenkomsten, t. w.: „privatis pacti-
onibus non laedi jus ceterorum.”

Ook van eenen anderen kant beschouwd, zou men dezen regel kunnen wedergeven, door te zeggen: overeenkomsten zijn slechts van kracht tusschen de handelende partijen.

Reeds vroeger is ons bij de beschouwing der vertegenwoordiging bij transactie, eene uitzondering hierop voorgekomen. Hieraan kan men nog deze toevoegen, dat hij, die in de regten van een der transigenten opvolgt, evenzeer in de gevolgen eener door dezen vroeger gesloten transactie moet deelen.

Dit zal het geval zijn b. v. met den erfgenaam van een' der transigenten, den kooper eener bij transactie uitgemaakte zaak, enz.

Geene dezer uitzonderingen levert zwarigheid op; — van meer ingewikkelden aard is daarentegen de vraag naar den invloed eener transactie, door een van meerdere schuldenaren over de gemeenschappelijke schuld gesloten. In hoeverre kan een schuldenaar zich beroepen op de transactie, door zijnen medeschuldenaar over de schuld zelve aangegaan?

Wanneer meerderen, te zamen tot de betaling eener zelfde schuld zijn gehouden, dan kunnen zij, wat hunne gehoudenheid tot betaling betreft, in tweeërlei toestand verkeerren. Zij zijn namelijk, of allen gelijkelijk tot voldoening verplicht; of de een is slechts accessorisch verbonden tot zekerheid der uitvoering eener verbindtenis, door een ander aangegaan. In het eerste geval noemt men hen *hoofdschuldenaren*, in het laatste *borgen*.

Zij allen heeten hoofdelijke medeschuldenaren, van hem, met wien zij gelijkelyk in een der genoemde toestanden zich bevinden; alzoo kan men hoofdelijk verbonden zijn door eene hoofd- of door eene accessoire verbindtenis.

Wanneer meerdere schuldenaren, ieder hoofdelijk voor het geheel tot betaling der zelfde schuld zijn gehouden, zoo ontspruit hunne hoofdelijke verbindtenis uit de wet, uit den aard, d. i. uit de ondeelbaarheid der schuld, of eindelijk uit beding.

In de beide eerste gevallen noemt men hen *solidair*, in het laatste *correaliter* verbonden.

Bij eene *solidaire* verbindtenis is ieder der schuldenaren tot betaling der zelfde schuld gehouden, maar ieder's verpligting vloeit voort uit eene afzonderlijke verbindtenis tusschen hem en den gemeenschappelyken schuld-eischer. De *solidaire* schuldverbindtenis bestaat alzoo uit een complex van verbindtenissen, welke elk dezelfde schuld tot voorwerp hebben; door de voldoening der schuld van eenen der *solidaire* schuldenaren gaat de *solidaire* verbindtenis te niet, en vervallen dus ook de verbindtenissen welke zij collectief bevat.

Aan de kwijtschelding komt dezelfde werking als aan de betaling toe, daar zij naar het R. R. als eene denkbeeldige betaling (*imaginaria solutio*) wordt beschouwd.

De transactie als pactum, kan onzes inziens den overigen schuldenaren niet baten, wanneer zij met een' hunner over de gemeenschappelyke schuld is aangegaan, daar zij slechts van invloed is op de verbindtenis, waarover zij is gesloten, en dus slechts aan den persoon, met wien zij is aangegaan, het regt van verwering geeft; met andere woorden, zij kan de schuld, waartoe de overige

schuldenaren gehouden zijn, niet opheffen, daar zij niet gelijk de kwietschelding *ipso jure* eene verbindtenis te niet doet.

Is de transactie gekleed in den vorm der Aqu. Stip. ✱ gevolgd door Accept., zoo moet natuurlijker wijze het boven gezegde vervallen, daar hier juist plaats grijpt, wat de transactie als pactum niet kan uitwerken, de vernietiging namelijk der schuld, het gemeenschappelijk voorwerp van ieder's verbindtenis. Door eene verwarring slechts van de handeling der transactie en van haren vorm, zou men hier zeggen, dat transactie met een der solidaire schuldenaren, de overigen bevrijdt.

Wij blijven dan ook bij onze meening en noemen de transactie door een der solidaire schuldenaren, over de gemeenschappelijke schuld met den schuldeischer aangaan, eene *res inter alios acta*.

Een krachtig bewijs vinden wij in de l. 1 C. h. t.

„Neque pactio neque transactio cum quibusdam ex curatoribus sive tutoribus facta, auxilio *ceteris* est in his, quae separatim communiterve gesserunt vel gerere debuerunt. Quum igitur tres curatores haberes et cum duobus ex his transegeris tertium convenire non prohiberis.”

Voogden of curators worden door de wet aansprakelijk gesteld voor alle verzuim of arglist in hun beheer. Wordt eene voogdij of cura door meerdere voogden of curators gevoerd, en is hun werkkring bij den aanvang niet verdeeld, zoo rust op ieder de verpligting om *zelf* te beheeren, en is ieder solidair aansprakelijk voor het niet nakomen dezer verpligting (*culpa*). Zoodra den pupil of curandus cenige schade wordt toegebracht, hetzij door arglist, hetzij door verzuim van een der voogden of

curators, zoo is de mede-voogd, of mede-curator, evenzeer in culpa, daar hij door zelf te beheeren of althans over het beheer der anderen een streng toezigt te houden, de schade had kunnen voorkomen, welke den pupil of curandus is toegebracht.

In alle de gevallen nu waar meer personen, gelijk voogden of curators, voor arglist en verzuim aansprakelijk zijn, komen zij wegens de ondeelbaarheid der praestatio doli ac culpa als solidaire schuldenaren voor.

De transactie met een hunner kan dan ook den overigen niet baten, evenmin als die van een van meer voogden of curators, door de overigen, volgens de zoo even aangehaalde l. 1 C. h. t., kan worden ingeroepen.

Hetzelfde geldt wanneer meer personen zich hebben verbonden bij *negotiorum gestio*, *mandaat*, of wel worden aangesproken uit eene *obligatio adjectitiae qualitatis*, of *ex delicto*, daar zij in alle deze gevallen wegens de ondeelbaarheid der verbindtenis solidair zijn verbonden.

Stelden wij ons de solidaire verbindtenis als een complex van verbindtenissen voor, de correale denken wij ons als enkelvoudig, niettegenstaande den twijfel, tegen dit denkbeeld, in den jongsten tijd geopperd ¹⁾. Ééne schuld, maar meerdere schuldenaren, één voorwerp, maar

1) De Uniteits Theorie bij de Correale obligatie, was oudtijds de algemeen heerschende, en vindt onder de jongere schrijvers aanhang bij KELLER, t. a. p. RIBBENTROP, Correal oblig., VON SAVIGNY, Obl. R., BRINZ, Krit. Blätter IV, ARNDTS, Pand. WINDSCHEID. Onder hen die onlangs tegen deze leer bedenkingen hebben ingebracht, noemen wij: RÜCKERT, Archiv. für Civ. Praxis Neue F. XII. 1855. KUNTZE, Die Obligation und die Singular succession, Leipz. 1856. VON HELMOLT, Die correal obl. Gieszen 1857. Vgl. ook FITTIG, die Correal-Obl. Leipz. 1859.

meerdere subjecten, ziedaar hetgeen wij in de correale verbindtenis zien. Uit de eenheid van verbindtenis volgt, dat de regtsbetrekking tusschen de correi promittendi, en den schuldeischer of de schuldeischers (zoo er meerdere zijn), bij de correale schuldverbindtenis, *één en dezelfde* is, in onderscheiding van die uit de solidaire verbindtenis ontstaande, welke eene afzonderlijke verbindtenis tusschen elken schuldenaar en den schuldeischer, alzoo een meervoud van verbindtenissen daarstelt, welke, als van denzelfden inhoud, met betrekking tot elkander *dezelfde* mogen worden genoemd.

Gesteld nu, dat eene correale vordering tot een verschil, en daardoor tot eene transactie aanleiding geeft, dan werkt deze laatste handeling op de geheele verbindtenis; want, wanneer door den schuldeischer beloofd is bij transactie, de schuld niet te zullen vorderen, zoo doet hij afstand van zijn regt op voldoening. De schuld waarover hier gehandeld wordt is het eenig voorwerp der geheele verbindtenis. De schuldeischer heeft alzoo afstand gedaan van het regt, dat hij uit de oblig. corr. ontleende. Van daar, dat het wederinstellen eener vordering tot betaling geacht moet worden in strijd te zijn met de transactie, en dat ieder der schuldenaren zich op deze kan beroepen, omdat de afstand van het regt op voldoening objectief eene exceptie daarstelt tegen zijne vordering der correale schuld.

Wij komen daardoor tot dit besluit: *de transactie met een der correi promittendi door den schuldeischer over de schuld gesloten, kan door de overige schuldenaren worden ingeroepen.*

Ten opzigte der *correi stipulandi* moet het vervallen

der schuld, door de transactie van een hunner, ook dat van hunne aanspraken ten gevolge hebben.

Hieruit volgt, dat: *de transactie aangegaan over de correale schuld, door een der correi stipulandi, met een der correi promittendi door de overige correi promittendi kan worden tegengeworpen aan alle correi stipulandi.*

Deze regel moet evenwel beperkt worden tot het geval dat over de schuld zelve is getransigeerd; — komt de transactie voor als een pactum in personam, zoo heeft zij de werking hieraan eigen, d. i. ligt zij den schuldenaar, ten wiens behoefte zij is aangegaan, uit de rei der verbondenen, en vermindert alzoo het aantal der subjecten, zonder aan het voorwerp der verbindtenis te raken.

RISCH en BRINZ komen, hoewel langs een' anderen weg tot het zelfde besluit, als wij. Zij verklaren namelijk de werking der transactie hier uit die der res judicata.

Opmerkenswaardig nog is de uitspraak van VON SAVIGNY ten dezen. Volgens hem worden de correi debendi door de transactie met een hunner over de schuld gesloten, slechts gebaat voor zoo veel als door den transigent is afbetaald, b. v.: wanneer er getransigeerd wordt door een der correi debendi over eene correale schuld van f 100, en de schuldeischer hem kwijting geeft, indien hij hem f 60 in klinkende munt betaalt, zoo acht VON SAVIGNY de overige correi nog tot betaling van f 40 verbonden.

De bevrijding toch, dus redeneert hij, door den schuldeischer, is ten aanzien der overige correi niet anders dan een pactum remissorium.

Pacta in rem bevrijden slechts dan de overige schuldenaren wanneer hij, die zoodanig pactum aanging, bij

hunne bevrijding een onmiddelijk belang had, volgens de l. 21, § 5, D. de Pactis (II, 14).

Dit belang valt voor eenen *corrcus debendi* niet aan te wijzen, derhalve blijven ook de overige verbonden, voor zoo ver de geheele schuld niet is betaald.

Tegen deze meening mag men opmerken, dat de transactie niet onbepaald met een *pactum de non pctendo* kan worden gelijk gesteld; zij heeft dit eigenaardigs, dat zij eene onzekerheid in zekerheid herschept. Zoo wordt in het gegeven voorbeeld eene onzekere aanspraak van f 100, bij transactie tot eene gewisse van f 60 teruggebracht. Deze schuld van f 60, wordt door een der *correi* betaald, derhalve zijn de overigen bevrijd.

Bij borgtogt kan als regel worden aangenomen, dat eene transactie over de schuld met den hoofdschuldenaar, ook den borg, als neven-schuldenaar, moet baten. De reeds meer vermelde l. 21, § 5, D. de Pactis zegt dit duidelijk ¹⁾.

Zijne bevrijding heeft plaats ook dan, als hij reeds tot betaling was aangesproken, of zelfs was veroordeeld, op het oogenblik dat de hoofdschuldenaar over de schuld transigeerde. PAULUS leert zulks in l. 7 D. h. t.

„Si fidejussor conventus et condemnatus fuisset mox transegisset reus cum eo, cui erat fidejussor condemnatus an transactio valeat? Et puto valere quasi omni causa adversus reum et adversus fidejussorem dissoluta” ²⁾.

1) Debitoris conventio fidejussoribus proficiet.

2) ULPIANUS, l. 43 D. de solutionibus: In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur.

Vgl. l. 19 D. de Except. (XLIV, 1).

l. 32 D. de Pactis (II, 14).

Maar de transactie over den borgtogt, zal zij den mede-borgen baten? Men heeft hier te onderscheiden of de borgen *solidair*, of wel *correaliter* zijn gehouden. Alleen in het laatste geval zal men hier een bevestigend antwoord mogen geven.

Ook de transactie met den hoofdschuldenaar, kan zich als een pactum in personam voordoen.

Alsdan worden de borgen niet ontslagen. Volgens ULPIANUS, l. 22:

„Nisi hoc actum est, ut duntaxat a reo non petatur, a fidejussore petatur, tunc enim fidejussor exceptione non utetur.”

Door sommigen wordt beweerd dat in de l. 14 D. h. t. eene uitzondering wordt gemaakt op de l. 3 pr. D. h. t. welke, als met het regt strijdig moet worden afgekeurd.

„Controversia” — dus zegt SCAEVOLA t. a. p. — „inter legitimum et scriptum heredem orta est; quaero creditores quem convenire possint? Respondi: Si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, *id observandum esse de aere alieno, quid inter eos convenisset*, (in de Florentina komen deze woorden niet voor); si alii creditores essent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit utilibus actionibus conveniendus est.”

Tusschen eenen testamentairen en eenen wettelijken erfgenaam, ontstaat geschil over eene erfenis; bij transactie komen zij overeen, hun verschil als uitgemaakt te beschouwen, door de erfenis met elkander te deelen. Wie hunner (vraagt SCAEVOLA) kan voor de schulden der erfenis worden aangesproken? Hierop geeft hij ten antwoord; indien de transigenten zelve schuldeischers zijn, zoo hebben zij zich naar het bij transactie bepaalde te

gedragen, zijn er daarentegen schuldeischers buiten hen, zoo kunnen deze de transigenten aanspreken, ieder in evenredigheid van het aandeel der erfenis, dat hij bij de transactie heeft gekregen. Als reden hiervan geeft de Romeinsche regtsgeleerde op, de onzekerheid, wie der transigenten, *regtens* erfgenaam is.

NOODT verzet zich tegen deze uitspraak, en verklaart dat SCAEVOLA haar strijdig met zijnen plicht, in het belang zijner vrienden, heeft gedaan ¹⁾. De beweegreden door SCAEVOLA voor zijne uitspraak opgegeven, is volgens NOODT niet anders dan een dekmantel voor eene onbillijke en verkeerde regtstoeppassing. Hoe toch, zegt hij, kan er hier sprake van onzekerheid zijn; de testamentaire erfgenaam is hier immers de eenige regthebbende ²⁾. Deze hoedanigheid kan hij voor derden niet verliezen, door eene overeenkomst, waarbij deze geen partij zijn geweest. Terwijl de testamentaire erfgenaam dus voor het geheel aansprakelijk was, is het onbillijk de vorderingen der crediteuren, te verdeelen.

Naar het ons toeschijnt heeft NOODT zich op een verkeerd standpunt geplaatst, en is daardoor gekomen tot zoo hard een oordeel over SCAEVOLA's uitspraak. Niet onbepaald mag men zeggen dat de heres ex testamento hier de wettige erfgenaam is. Dit zal immers geheel afhangen van de geldigheid des uitersten wils. De nietigheid van deze brengt den benoemden erfgenaam ten val, en ontnemt hem zijne hoedanigheid zelfs voor het

1) t. a. p. cap. 22. „*Scaevolam in l. 14 D. h. t. non servasse gloriam integritatis.*”

2) t. a. p. „*Perperam meo iudicio, solus heres est testamentarius.*”

verleden. Zoo dikwerf dus de wettigheid des testaments in regten in twijfel wordt getrokken, ontstaat daardoor ook onzekerheid wie regtens erfgenaam is; — eerst door vonnis zou hieraan een einde kunnen worden gemaakt. Zoover laten de partijen het hier niet komen, maar, het regt in het midden latende, verdeelen zij met elkander de erfenis. Intusschen blijft de onzekerheid omtrent de wettigheid des testaments voor derden onopgelost, daar 's regters uitspraak hier niet is afgewacht. Hiervan zou het gevolg kunnen zijn, dat de testamentaire erfgenaam door hen tot betaling aangesproken wordende, zich op de nietigheid des testaments beriep, waardoor de schuldeischers genoodzaakt zouden worden om de wettigheid des uitersten wils te bewijzen.

De transactie, door den testamentairen erfgenaam gesloten, doet vermoeden dat dit bewijs moeilijk is bij te brengen, en dat de crediteuren alzoo gevaar loopen, hun geding te verliezen. Maar behalve dit, zal het wel immer voor de schuldeischers voordeliger zijn terstond betaling te ontvangen, dan hierop te wachten, tot dat over hunne vordering daartoe zal zijn beslist. Daarom zal men SCAEVOLA's uitspraak veeleer in het belang der schuldeischers moeten achten, en dus de meening verwerpen, dat hier eene uitzondering zou zijn gemaakt op de l. 3 D. h. t.

Thans een woord over de vordering waarmede de partijen bij transactie de vervulling kunnen verkrijgen eener belofte om iets te geven of te doen.

Zij ontstaat nimmer uit de transactie welke als *pactum* slechts eene exceptie voort kan brengen, maar spruit voort uit den civiel-regtelijken vorm (*stipulatio*), waarin men de belofte heeft gekleed.

In welke verhouding staat deze vordering, uit den vorm der transactie ontstaan, tot die waarover is getransigeerd; — sluit zij deze uit, of wel, kan men de uitvoering der verbindtenis, waarover is getransigeerd ook eischen met eene vroegere vordering? B. v., A. heeft met B. verschil over eene som van f 500, welke A. beweert aan B. als mutuum, te hebben gegeven. Bij transactie komen zij overeen dat B. slechts f 300 op grond van mutui datio zal betalen, terwijl A. aan B. zijnen slaaf TITUS zal geven. Moet A. nu bij wanbetaling van B. de actio ex stipulatu tegen hem instellen, of wel, kan hij met de condictio certi tegen hem opkomen?

De oplossing dezer vraag hangt geheel af van de beslissing, of door transactie schuldvernieuwing wordt te weeg gebracht, in dit geval toch, wordt door de transactie de vordering uitgesloten, welke ontspruit uit de zaak, waarover is getransigeerd.

PUCHTA schijnt zich deze voorstelling te maken van de transactie, als hij zegt: *In diesen Verträgen (Vergleichen) liegt zugleich eine Aufhebung der bisherigen Ansprüche an deren Stelle eben das durch die Uebereinkunft vermittelte treten soll*" ¹⁾.

SCHWEPPE, HOLZSCHUHER en RISCH deelen deze zienswijze niet ²⁾.

Onzes inziens kan transactie wel het karakter van schuldvernieuwing hebben, maar mag men geenzins aannemen dat schuldvernieuwing immer het gevolg van

1) Pand. § 294.

2) R. Priv. R. III, § 523.

Theorie u. casuistik des R. Priv. R.

t. a. p. bl. 178, not 11.

transactie is. De novatie toch heeft eene civiel-regtelijke werking, daar zij in eenen vorm, door het civiel regt erkend, plaats heeft. Van het pactum dat transactie heet, kan hetzelfde niet worden gezegd. Hiervan is het gevolg, dat door transactie eene vordering wordt *opgeschort*, terwijl schuldvernieuwing daarentegen eene vordering *oplost*.

Nog andere verschillen zijn opmerkelijk. Schuldvernieuwing verandert den aard eener verbindtenis; — de transactie heeft niet noodwendig deze werking. Omgekeerd heeft transactie altijd eene verligting der verplichtingen uit eene verbindtenis ontstaande, ten gevolge; bij schuldvernieuwing daarentegen is dit niet noodwendig het geval.

Overdenkt men FUCHTA's uitspraak, zoo zal men haar op twee punten onjuist vinden: de uitdrukking „*Aufhebung von bisherigen Ansprüche*” past namelijk niet volkomen, zoo als reeds is aangetoond, op de werking der transactie; maar voorts kan men den geachten schrijver niet toegeven, dat door transactie, altijd iets in de plaats wordt gesteld van eene vroegere verbindtenis; in de meeste gevallen wordt eene vroegere vordering geheel of gedeeltelijk bij transactie erkend ¹⁾.

Uit de vorige beschouwing volgt noodzakelijk, dat de vordering, welke uit de erkende aanspraak bij transactie voortvloeit, evenzeer tot uitvoering der transactie kan worden ingesteld. De bewering van het tegendeel, en

1) Wij geven hier van het bewijs door de volgende opgave, der verhoudingen, waarin de wederzijdsche opofferingen bij transactie tot elkan- der staan.

bepaaldelijk die van PUCHTA, leidt tot het gevolg, dat men ondanks de erkenning eener aanspraak bij transactie, in sommige gevallen verstoken zal zijn van elk middel, om de uitvoering daarvan te vorderen; want, denkt men zich door transactie schuldvernieuwing, dan hangt het geheel van den vorm der transactie af, of men de voldoening eener daarbij erkende verbindtenis zal kunnen eischen. Is de transactie bij pactum aangegaan, zoo zal men de erkende aanspraak niet kunnen doen gelden.

Stellen wij ons de aanspraak, waarover wordt getransigeerd voor als gegrond op eene obligatio civilis of op een zakelijk regt, dan wordt hij, in wiens belang zij bij transactie is erkend, van slechter toestand dan voorheen, toen hem de actio in personam of de actio in rem ten dienste stond. Hoe dit tegen alle regt en billijkheid strijdt, behoeft geen betoog.

Uit het voorafgaande volgt tevens, dat alle de middelen, waardoor de uitvoering eener aanspraak was verzekerd, blijven bestaan, voor zoo ver deze bij transactie wordt aangenomen. Zoo zal een borg niet van zijne verbindtenis ontslagen zijn, omdat een gedeelte der

A.	B.
Hij die beweert.	Hij die ontkent.
1°. Opoffering van een gedeelte der bewering.	Erkenning van het overige.
2°. Opoffering van de geheele bewering.	Belofte van iets te geven, te doen of niet te doen.
3°. Belofte van iets te geven, te doen of niet te doen.	Erkenning van geheel de bewering.

Slechts in het tweede geval is er „Aufhebung der bisherigen Ansprüche” en in de plaatsstelling van eene nieuwe vordering aan eene vroegere.

schuld bij transactie is opgeheven, maar zal hij integendeel voor het overige aansprakelijk blijven.

In de meeste gevallen, waar men door eene overeenkomst tot het geven eener zaak is verplicht, behoort men voor de uitwinning daarvan in te staan. Is vrijwaring van het *transactionis causa* gegevene verschuldigd? Hierop zal men een toestemmend antwoord moeten geven. Bij transactie toch staan de partijen, wat hare opofferingen betreft, veelal in dezelfde betrekking als in een *contractus facio ut des* of *do ut facias*. Eene der partijen namelijk offert eene bewering op, onder voorwaarde dat de ander haar eene zaak geven zal, of wel zij geeft eene zaak, opdat de tegenpartij hare bewering erkenne. Geene zaak wordt gegeven indien zij aan het vermogen van hem, aan wien zij geleverd is, weder ontnomen wordt, niet door diens schuld of toedoen, of wel bij toeval, maar bepaaldelijk door dat een ander daarop regt had.

In den regel zal slechts ééne der partijen tot vrijwaring zijn gehouden, daar slechts van eene zijde eene zaak wordt gegeven als tegen-*praestatie* voor de opoffering eener bewering van den kant der tegenpartij; wanneer evenwel over eene onzekerheid getransigeerd wordt, waaruit geen verschil kon ontstaan, zullen partijen meestal over en weder elkander iets geven, en daardoor gelijk bij een *contractus do ut des* elkander over en weder moeten vrijwaren.

De vordering, waarmede men bij transactie tot vrijwaring wordt aangesproken, spruit voort, òf uit de *stipulatio* waarbij het geven eener zaak is beloofd, òf uit den aard der handeling, welke, zoo als is aangetoond, met dien van een *contractus innominatus* kan overeenkomen.

In het laatste geval kan men zich van de *actio praescriptis verbis* bedienen.

Is de transactie *pacto* aangegaan, zoo verkeert hij, van wien de *transactionis causa* gegeven zaak is uitgewonnen, in den zelfden toestand als ware hem niets gegeven. Vroeger is aangetoond uit de l. 28 C. h. t., dat bij gebreke van eenig regtsmiddel tot verkrijging der uitvoering van de transactie, de vordering, waarover getransigeerd is, weder kan worden ingesteld; — het zelfde moet hier worden aangenomen.

Na deze beschouwing is de inhoud der l. 33 C. h. t. ons duidelijk geworden.

„Si pro fundo quem petebas praedium certis finibus liberum dari transactionis causa placuit, nec eo tempore minor viginti quinque annis fuisti, licet hoc praedium obligatum post vel alienum fuerit probatum, instaurari decisam litem prohibent jura. In stipulatione sane, si placita servari secuta est, vel si non intercesserit praescriptis verbis actione civili subdita apud rectorem provinciae agere potes si tamen res ipsas apud te constitutas ob quarum quaestionem litis intercesserit decisio fiscus vel alius a te vindicaverit nihil petere potes.”

In dit rescript wordt een uitspraak gegeven op twee-erlei vraag:

Zekere EUCHRUSIUS voerde een geding over den eigendom van een stuk lands, dat door een ander werd bezeten. Bij transactie doet EUCHRUSIUS afstand van zijne bewering van eigendom, en laat den ander daardoor in het ongestoord bezit van gezegd stuk lands, onder voorwaarde, dat deze hem als tegen-praestatie eenen fundus van bepaalde uitgestrektheid zal geven. Na de overdracht van dezen fundus wordt EUCHRUSIUS uitgewonnen; — nu

vraagt hij, of hij de transactie voor verbroken mag houden, en het oorspronkelijk geding weder mag instellen. Dit wordt hem geweigerd, op grond dat hij vrijwaring kan vorderen met de *actio ex stipulatu*, of althans met de *act. praescr. verb.*

Als tweede vraag wordt gesteld, of EUCHRUSIUS tot vrijwaring is gehouden van het stuk lands, waarover vroeger een geschil bestond, dat hij geëindigd heeft door zijne bewering van eigendom in te trekken. Ook deze wordt ontkennend beantwoord.

Door den afstand toch zijner bewering van eigendom heeft EUCHRUSIUS een geschil doen ophouden, zonder daarom zich verbonden te hebben, om in te staan voor de beweringen van derden, die hier aan geheel vreemd waren.

HOOFDSTUK VI.

DE ONTBINDING EN DE GRONDEN TOT VER- NIETIGING DER TRANSACTIE.

Als overeenkomst kan transactie worden ontbonden, zoodra de wil der partijen dit beoogt.

Van haren vorm wederom zal het veelal afhangen of eene bloote wilsverklaring der partijen voldoende is, dan wel of er een vormelijke overeenkomst gevorderd wordt tot herstel van den toestand, waarin zij zich bevonden vóór het aangaan der transactie: — Zoo zal de bij *pactum* gesloten transactie buiten werking worden gesteld door een *pactum contrarium*. Is daarentegen de civiel-regtelijke vorm bij het aangaan der transactie gebezigd, zoo kan de hierdoor ipso jure vernietigde vordering slechts door eene obligatio civilis weder in het leven worden geroepen. De eenvoudigste en meest zekere weg is voorzeker in zoodanig geval, dat de partijen eene stipulatie aangaan, waarbij de vervulling der vervallen verbindtenis wordt beloofd. De Romeinen schijnen hierin evenwel nog op eene andere wijze te werk te zijn gegaan. Zij

gaven namelijk terug, hetgeen *transactionis causa* was betaald, onder voorwaarde, dat de partij, die aldus het *transactionis* causa verschuldigde had terug bekomen, de schuld zou voldoen, waarover vroeger verschil had bestaan ¹⁾. Hierdoor ontstond tusschen beide partijen een *contractus do ut des*, waarvan de uitvoering met de *actio praescr. verb.* kon worden gevorderd. In l. 14 C. h. t. wordt hier op bedoeld:

„Si diversa pars,” zoo heet het daar, „contra placitum agere nititur, acquitatis ratio suadet, refusa pecunia cum et tu hoc desideras causam ex integro agi.”

Evenzoo in l. 40 C. h. t.:

„Ubi pactum vel transactio scripta est, et Aquilianae stipulationis vinculis firmitas innexa est, aut subsecutis secundum leges accommodandus est consensus, aut poena una cum his, quae data probantur, ante cognitionem causae, si adversarius hoc maluerit inferenda est” ²⁾.

1) B.v. A. en B. hebben bij transactie een geschil uitgemaakt over eene vordering van f 500, in diervoege dat B. aan A. zekeren slaaf zal geven, terwijl A. zijne bewering der schuld opgeeft. Later krijgen de partijen berouw. A. geeft nu aan B. den door hem geleverden slaaf terug, onder voorwaarde dat B. hem de schuld van f 500 zal voldoen.

2) DONELLUS, adh. l. verklaart dit rescript op de volgende wijze: Er is getransigeerd over eene vordering en behalve dat de eischer zijne aanspraak door de Aqu. stip en Accept. ipso jure heeft vernietigd, heeft hij zich ook nog tot betaling eener boete verbonden, wanneer hij in strijd met de transactie mogt handelen. Nu wil de eischer zich later van de transactie los maken, terwijl de tegenpartij ook niets tegen de ontbinding der overeenkomst heeft. Tot herstel van den vroegeren toestand, betaalt de eischer eerst de boete, en keert voorts aan zijne tegenpartij het *transactionis causa* gegevene weder uit, onder voorwaarde dat hij zal voldoen aan de vordering, waarover is getransigeerd.

Onzes inziens moet eene stipulatie nogthans verkieslijker worden geacht, want zoo lang aan het *contractus innominatus* door de tegenpartij nog niet is voldaan, staat het aan hem die reeds gegeven heeft, vrij, om van zijne handeling terug te komen en met de *condictio causa data, causa non secuta*, zijne praestatie terug te vorderen. Hierdoor wordt de toestand weder geboren waarin partijen door de transactie waren gebragt, en welken zij overceengekomen waren te doen ophouden.

De ontrouw van eene der partijen in het nakomen harer verpligtingen, geeft dan slechts, zooals wij gezien hebben, bij transactie aan de tegenpartij het regt om harerzijds van de transactie af te wijken, wanneer zij deze door geenerlei middel tot haren pligt kan roepen. Zal hierop niet eene uitzondering moeten worden gemaakt voor het geval dat de transactie zich voordoet als een *contractus innominatus*; zal hier de partij welke reeds gepraesteerd heeft, niet terug kunnen treden zoolang de tegenpartij nog niet aan hare verpligting heeft voldaan? Wij gelooven het niet. De transactie bij *contractus innominatus* of van anderen aard, doet zich immer voor als een complex van twee overeenkomsten, t. w. die waardoor eene onzekerheid in eene zekerheid wordt herschapen (de eigenlijke transactie), en die waardoor partijen zich verbinden tot eene opoffering (het middel waardoor de transactie wordt uitgevoerd). Van beide deze overeenkomsten is het de laatste, welke zich hier voordoet als een *contractus innominatus*. Deze nu is slechts een gevolg van de eerste overeenkomst, en vindt daarin hare oorzaak.

Terwijl de werking van overeenkomsten door hare oor-

zaak wordt bepaald, zoo moet ook het contr. inn. de werking hebben der transactie. Daarom zal de exceptio transactionis immer kunnen worden tegengeworpen aan hem, die van de transactie hier bedoeld, afwijkt, door het gepraesteerde met de *condictio causa data causa non secuta* terug te vorderen.

Als vasten regel mag dus worden aangenomen, dat men nimmer dan met toestemming van beide partijen van een transactie kan terugtreden. Bewijzen hiervoor leveren de l. 39 C. h. t.

„*Quamvis eum, qui pactus est, statim poeniteat transactio tamen rescindi et lis instaurari non potest.*”

En l. 36 C.

„*Si major viginti quinque annis transegeris quamvis tibi dari placita necdum probentur, nec offerant ii. qui conveniuntur, ne quid amplius ab his exigi possit exceptionis proficit aequitas.*”

Dwang en bedrog kunnen de vernietiging eener transactie gelijk van overeenkomsten in het algemeen, ten gevolge hebben. Onbillijk toch zoude het zijn hem, wiens toestemming onder dergelijken invloed is verkregen gelijk te stellen met hem, die na vrije overdenking zijnen wil heeft verklaard ¹⁾.

Van algemeene bekendheid is het, dat niet iedere dwang tot vernietiging eener overeenkomst aanleiding geeft, maar dat hij integendeel moet voortspruiten uit

1) l. 116 pr. D. de Reg. jur. (L, 17). *Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei judicia sustinet quam vis atque metus; quem comprobare contra bonos mores est.*

eene regtmatige vrees, aangejaagd door bedreigingen tegen het leven, de vrijheid of het ligchaam ¹⁾).

Ook in l. 13 C. h. t. wordt dit gezegd:

„Interpositas metus causa transactiones ratas non haberi edicto perpetuo continetur. Nec tamen quilibet metus ad rescindendum ea, quae consensu terminata sunt, sufficit, sed talem metum probari oportet, qui salutis periculum vel corporis cruciatum continet.”

Alzoo kan eene transactie niet wegens dwang worden vernietigd, wanneer men haar heeft aangegaan uit vrees voor een geding, of voor nadeel in goed of eer ²⁾).

Volgens de tegenwoordige regtsgeleerden leidt dwang nimmer tot de volstrekte nietigheid eener overeenkomst, maar heeft men slechts regt op schadevergoeding, welk regt de vernietiging der overeenkomst ten gevolge kan hebben, wanneer men *gedwongen*, eene overeenkomst heeft aangegaan, waartoe men bij volkomen vrijheid van wil niet zou hebben besloten ³⁾).

Dezelfde inzichten heeft men omtrent den invloed van het bedrog ⁴⁾).

1) Zie l.l. 3, § 1, 7, § 1, 8 pr. en § 2 D. quod metus (IV, 2). l. 3 D. ex quib. caus. maj. (IV, 6). l. 7 C. de his quae vi (II, 21).

Vgl. l. 6 D. quod metus (IV, 2).

2) l. 7 pr. D. quod metus (IV, 2).

3) Oudtijds onderscheidde men tussen *metus causam dans contractui* en *metus incidens*. Zie Glück, bl. 155.

4) Ook van *dolus causam dans* en *dolus incidens* vindt men bij de oudere schrijvers gewag gemaakt.

noord: „de forma emendandi doli mali,” beweert dat arglist immer de volstrekte nietigheid eener overeenkomst teweeg brengt.

Hiertegen laat zich aanvoeren dat de vrijheid van wil door *dolus* of *metus* wordt belemmerd, maar dat men in geen dezer toestanden geacht

De regtsmiddelen, waardoor men bij transactie schadevergoeding voor dwang of bedrog kan vragen, zijn verschillend, naarmate de overeenkomst al of niet ten uitvoer is gebracht. In het eerste geval zal men met de *condictio sine causa* terug kunnen vorderen.

Heeft men door bedrog of dwang bij transactie *pacto* eene vordering opgegeven, zoo zal men haar vrijelijk weder in kunnen stellen, daar de *exceptio pacti* hier met de *replicatio doli* of *metus* wordt geslagen ¹⁾. Is de vordering daarentegen bij transactie *ipso jure* vernietigd,

kan worden, niet te hebben gewild. Zie l. 21, § 5 D. quod met. (IV, 2). l. 21 et 22 D. de ritu script. (XXIII, 2). Vgl. v. SAVIGNY, System. 3, bl. 101 vv.

Onder hen die de stelling van NOODT bestrijden verdienen genoemd te worden: NEUSTETEL, *bonae fidei negotia non esse nulla*.

BURCHARD, Wiedereins. in den Vor. stand, bl. 223.

WENING, Lehrb. § 228.

MUHLENBRUCH, Lehrb. p. 337.

GÖSCHEN, Vorl. § 85.

FUCHTA, Pand. § 57.

VANGEROW, Leif. II, § 605.

SAVIGNY, Syst.

1) l. 35 D. de Pactis (II, 14).

„Tres fratres, TITIVS, MAEVIUS et SEJA communem hereditatem inter se dividerunt; instrumentis interpositis, quibus maternam hereditatem, divisisse dixerunt; nihilque sibi commune remansisse caverunt. Sed postea duo de fratribus, i. e. MAEVIUS et SEJA, qui absentes erant tempore mortis matris suae cognoverant pecuniam auream a fratre suo esse subtractam, cujus nulla mentio instrumento divisionis continebatur. Quaero an post pactum divisionis de subrepta pecunia fratribus adversus fratrem competat actio?”

Modestinus respondit: si agentibus ob portionem ejus, quod subreptum a TITIO dicitur generalis pacti conventi exceptio his, qui fraudem a TITIO commissam ignorantes transegerunt, objiciatur, de dolo utiliter replicari posse.”

Vgl. l. 4 C. h. t.

zoo kan men schadevergoeding vragen, door de *actio quod metus* of de *actio doli* ¹⁾.

In geval de transactie nog niet is uitgevoerd zal men op de vordering daartoe met de *exceptio doli* of *metus* kunnen antwoorden.

Zooals door dwang of bedrog, kan ook door dwaling de toestemming der partijen onvolkomen worden. Bij de meeste overeenkomsten levert een dergelijke dwaling dan ook grond tot vernietiging op. Ook hier strijdt het wederom met de billijkheid, den wil, welke uit eene verkeerde voorstelling van zaken voortkomt, gelijk te stellen met dien welke het resultaat is, van de kennis der waarheid.

De dwaling hier bedoeld geeft dan eerst aanleiding tot vernietiging eener overeenkomst, indien de partij, welke de vernietiging op dezen grond vraagt, nimmer die overeenkomst zou hebben aangegaan, als zij de waarheid had gekend.

Bij transactie is het onmogelijk dat beide de partijen zich eene ware voorstelling maken der zaak, waarover zij transigeren, daar in dat geval het voorwerp der transactie niet eene *res dubia*, maar integendeel eene *res certa* zoude zijn.

Wanneer de onzekerheid, welke tot transactie aanleiding geeft, objectief is, wordt het kennen der waarheid onmo-

1) l. 19 in fine C. h. t.: Si vero perempta est actio de doli actionem potes exercere.

L. 4 eod. Actione administratae curae ab eo qui legitimae actatis annos complevit, in Aquilianam stipulationem deducta et per Acceptilationem extincta, nullam aliam super esse, nisi de dolo inter concessa tempora, non ambigitur nisi specialiter etiam de dolo transactum sit.

gelijk; eene verkeerde voorstelling der waarheid kan daar dan ook niet plaats hebben ¹⁾).

Is de onzekerheid daarentegen subjectief, als ontstaan uit twee verschillende gedachten omtrent eenige zaak, zoo moet noodwendig de voorstelling van eene der partijen, met de waarheid in strijd zijn; want kenden beide de partijen de waarheid zoo kon er geen verschil van gedachten hieromtrent bij hen bestaan. Eene ongerijmdheid zou het mogen heeten, wanneer men aannam, dat deze dwaling bij transactie de toestemming gebrekkig maakt, en daarom grond tot vernietiging oplevert; men zoude alsdan elke transactie ter beslechting van een geschil gesloten, als gebrekkig moeten beschouwen. Er blijft dus niet anders over dan te gelooven dat dwaling geen grond tot vernietiging der transactie oplevert.

In deze meening worden wij bevestigd door de l. 65, § 1 de cond. indeb. PAULUS:

„Et quidem quod transactionis nomine datur licet res nulla media fuerit non repetitur nam si lis fuit hoc ipsum, quod a lite discedatur causa videtur esse.”

Wanneer ik met u eene transactie aanga, over een tusschen ons bestaand geschil, denkende dat mijne bewering door de uwe twijfelachtig gemaakt wordt, terwijl zij in waarheid daardoor niet lijdt, omdat uwe bewering b. v. onregtmatig is, — zoo zal ik volgens PAULUS het transactionis causa gepraesteerde, niet kunnen terug vorderen, (d. i. de transactie niet kunnen verbreken), omdat het bestaan van verschil voldoende oorzaak is, van mijne praestatie.

¹⁾ Zie hiervan een voorbeeld in l. 11 C. h. t.

Zoodra het dus blijkt, dat over een geschil is getransigceerd, doet het niet af, welke voorstelling partijen zich hebben gemaakt van het regt, of van feiten; onverschillig alzoo door welke dwaling zij verschil met elkander hebben, is transactie daarover geldig. Ook dit wordt, wat de dwaling in feiten betreft, bevestigd door l. 19 C. h. t.

„Sub praetextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi, jura non patiuntur.”

De beide volgende voorbeelden aan het R. R. ontleend overtuigen ons nog meer.

I. Iemand gaat met zijne zuster eene transactie aan over eene erfenis, bevreesd dat zij daarover eene vordering tegen hem zal instellen; later blijkt het dat die zuster hem nimmer zou hebben kunnen aanspreken, en dat zijn vrees voor een geding, welke hem tot de transactie noopte, geheel ijdel was. Na deze ervaring wendt hij zich tot den Keizer en vraagt, of hij het transactionis causa in dwaling gepraesteerde, terug kan vorderen; een ontkennend antwoord wordt hem hierop gegeven, en wel op grond dat zijne dwaling hier zijne toestemming niet heeft belemmerd, daar hij een feitelijk bestaand geschil heeft willen afdoen ¹⁾.

II. Bij den dood van eenen fiduciarius ontstaat er tusschen diens erfgenaam en de fideicommissarii geschil over de hoegrootheid van het fideicommis. Door transactie wordt hieraan een einde gemaakt. Later blijkt het, het, dat de erfstelling over de hand vier malen grooter

1) l. 2 C. h. t. Quum tu proponas cum sorore tua de hereditate transigisse, et ideo certam pecuniam ei te debere cavisse, etsi nulla fuisset quaestio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interposita pecunia recte cauta intelligitur.

is, dan zij bij de transactie was voorgesteld ¹⁾. Niettegenstaande hunne dwaling kunnen de fidei commissarii geen aanspraak op dit grooter bedrag maken.

Over dwaling bij transactie is veel geschreven, zonder dat dit leerstuk door de schrijvers op voldoende wijze is uitgemaakt.

Eerst door VON SAVIGNY is de theorie van den invloed der dwaling op de geldigheid van overeenkomsten logisch en duidelijk uiteengezet, en weet men hoe dwaling, waardoor gebrek aan overeenstemming ontstaat, (unächter Irrthum) moet onderscheiden worden van dwaling, welke de toestemming gebrekkig maakt, (ächter Irrthum).

De schrijvers welke VON SAVIGNY zijn voorgegaan, trekken geene grenslijn tusschen gebrekkige toestemming en gebrek aan toestemming, en komen daardoor ook bij de toepassing der leer van dwaling op transactie, tot minder juiste resultaten.

Zoo onderscheidt HELLFELD ²⁾ bij transactie dwaling in de hoofdzaak, en dwaling in de nevenzaak; slechts de eerste maakt de transactie nietig. Voorts denkt hij zich dwaling bij eene der partijen of bij beide, en geeft hier voor dan weder nieuwe regels ³⁾.

1) l. 78 § 16 D. ad SCt. Trebellianum (XXXVI, 1):

„Heres ejus, qui post mortem suam rogatus erat universam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, his, quibus fideicommissum debebatur, restituit; postea repertis instrumentis apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse; quaesitum est: an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? Respondit: secundum ea quae proponerentur, *si non transactum esset*, posse.

2) Diss. de eo quod ob spec. nov. repertas circa transact. jur. est. Jena 1795.

3) Bij GLÜCK t. a. p. bl. 19 vv. vindt men de Theorie van HELLFELD in deze twee hoofdregels voorgesteld:

Moeijelijk valt het HELLFELD toe te geven dat dwaling in de hoofdzaak de transactie immer nietig maakt. Niet altijd toch heeft zoodanige dwaling gebrek aan toestemming ten gevolge ¹⁾.

Niet veel juister noch duidelijker is de leer van ZOLLER waarin de transactie voor nietig wordt gehouden, indien den invloed eener dwaling op den wil, valt aan te wijzen, terwijl daarentegen dwaling omtrent de onzekerheid waarover getransigeerd wordt, niet tot de geldigheid der overeenkomst afdoet. Hoe toch laat zich den invloed van dwaling omtrent de onzekerheid, d. i. het voorwerp bij transactie, afscheiden van dwaling, welke op den wil werkt. Men zoude door ZOLLER's eerste stelling aan te nemen, moeten besluiten, dat alle dwaling transactie nietig maakt.

Beide deze theoriën hebben wegens de daarin heerschende begripsverwarring, weinig ingang gevonden. Meer bijval daarentegen is aan de leer van GOETZ geschonken ²⁾.

Deze maakt onderscheid tusschen *error in capite controverso*, en *error in capite non controverso*. Slechts de laatste kan de nietigheid der transactie ten gevolge heb-

a. Wenn sich beyde Theile in der Hauptsache, welche den Gegenstand der Vergleichs ausmacht, oder in solchen Dingen, die zum Wesen eines Vergleichs nothwendig erfordert werden, geirrt haben so ist der Vergleich nichtig.

b. Betrifft hingegen der Irrthum der Parteien weder das Object nach das wesen des Transacts, so schadet er der Gultigkeit des Vergleichs nicht.

1) Zie Hoofdst. IV, bl. 93.

Vgl. de wederlegging dezer Theorie bij RISCH.

2) Comment. jur. civ. de errore in transactionibus recte a aestimando. Altorff 1797.

ben. — Het volgend voorbeeld wordt door GOETZ gegeven:

„CAJUS benoemt bij uitersten wil TITUS tot erfgenaam. SEMPRONIUS valt het testament aan, bewerende dat het nietig is, wegens gebrek in den vorm; bij transactie trekt SEMPRONIUS zijne bewering in; — later blijkt het, dat het testament niet gebrekkig, maar ondergeschoven is. Volgens GOETZ heeft de *error in capite minus controverso*, hier de nietigheid der transactie ten gevolge.

Blijkbaar denkt GOETZ zich als *error in capite non controverso*, datgene waar aan niet is gedacht. De regel „transactie bepaald zich tot haar voorwerp”, moet in het opgenoemde voorbeeld worden toegepast, en hierdoor kan men niet spreken van nietigheid, maar moet men veel-
eer aannemen, dat in casu geene transactie bestaat over de zaak, waarvan later blijkt ¹⁾.

RISCH, wien als verdienste moet worden toegerekend, dat hij de onjuistheid heeft doen uitkomen van de leer door GOETZ gepredikt, en haar daardoor welligt zal be-
rooven van den aanhang welke zij thans nog bij schrijvers van naam vindt ²⁾, drukt o. i. zijne meening minder juist uit.

Soweit, dus zegt hij, der Uebereinstimmende Wille reicht und darum eine Transactio überhaupt zu stande gekommen ist kann der bona fide Eingegangener Vergleich aus dem Grunde Irrthümlicher Voraussetzungen bei Eingehung derselben ebenso wenig, ja noch weit weniger angefochten

1) Zie meer over deze Theorie bij RISCH t. a. p. bl. 226.

2) B. v. bij PUCHTA t. a. p. § 294. ARNDTS t. a. p. WENIG INGENHEIM t. a. p. SCHWEPPE t. a. p. § 524. HOLZSCHUHER t. a. p. bl. 923.

werden, als die res judicata aus dem Grunde eines bei Erlassung des Erkenntnisses bestandenen, später aber an den Tag gekommenen Irrthums."

Moeijelijk toch is te begrijpen wat zijne bedoeling is, als hij aan dwaling bij transactie *even weinig*, ja nog *veel minder* invloed toekent, dan bij de res judicata; deze laatste immers levert eene onveranderlijke waarheid op. Wat kan men zich nog als minder omstootelijk denken?

Eindigen wij hetgeen hier omtrent dwaling in het midden moest worden gebragt met eene beschouwing der l. 42 C. h. t. In deze wet wordt iedere transactie nietig verklaard, welke naar aanleiding van valsche stukken is gesloten, voor zoover zij namelijk handelt over zaken, waarvan die stukken ten bewijs moesten strekken, tenzij men inzonderheid over die valschheid had getransigeerd ¹⁾.

Naar men wil zou deze lex eene uitzondering maken op den regel, dat dwaling in beweegreden niet aan de transactie schaaft. Onzes inziens ligt de reden der nietigheid, waarvan l. 42 C. h. t. spreekt, niet in de dwaling van hem, die naar aanleiding van een valsch stuk transigeert.

Wanneer men op documenten transigeert, dan onderhandelt men over de onzekerheid eener aanspraak, waarvan dit geschrift het bewijs moet opleveren. Eene con-

1) l. 42 C. h. t. Si ex falsis instrumentis transactiones vel pactiones initae fuerint, quamvis jusjurandum de his interpositum sit, etiam civiliter falso revelato, eas retractari praecepimus, ita tamen ut, si de pluribus causis vel capitalis eadem pactiones seu transactiones initae fuerint illa tantummodo causa vel pars retractetur, quae ex falso instrumento composita convicta fuerit aliis capitalis firmis manentibus, nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur controversia orta decisa sopiatur.

ditio sine qua non voor dit bewijs is, dat het document echt zij. De val van het bewijs door de latere ontdekking der valsheid van de stukken, welke daartoe dienen moeten, heeft ook dien van het voorwerp der transactie (eene onzekerheid) ten gevolge. Van daar dat de transactie een voorwerp mist, en daarom nietig is.

RISCH, die de l. 42 als eene uitzondering aanmerkt, acht de oorzaak daarvan gelegen in het beginsel, dat eene alteratie der waarheid in het belang der openbare orde niet mag worden toegelaten.

Volgens genoemden schrijver staat hij, die naar aanleiding van een vals document transigeert, gelijk met hem, die in dwaling vermeent zijn regt niet te kunnen bewijzen. Slechts dan laat zich deze uitspraak regtvaardigen, wanneer de inhoud van het geschrift vervalscht is, en hierdoor eene aanspraak, welke volkomen zeker is, twijfelachtig toeschijnt.

De houder van een document van waren inhoud, maar vervalschten vorm, kan daarentegen niet gezegd worden, dat hij ten onregte vermeende zijn regt niet te kunnen bewijzen.

Tot de zeer betwiste punten in de leer der transactie behoort de vraag, of grove benadeeling grond tot vernietiging oplevert.

Slechts voor de overeenkomst van koop en verkoop wordt de *laesio enormis* als grond tot rescissie opgenoemd.

DIOCLETIANUS en MAXIMIANUS hebben daaromtrent bepalingen gemaakt, welke door JUSTINIANUS weder regtskracht hebben verkregen door hunne opname in l. 2 en l. 8 C. de rescind. vend. (IV. 44) ¹⁾.

1) Vóór JUSTINIANUS waren deze bepalingen door andere vervangen, zooals blijkt uit l. 1, 4 en 7 C. Theod. de contrah. emt. (III, 1).

Niettegenstaande de voorschriften omtrent de *laesio enormis* tot de overeenkomst van koop en verkoop zich bepalen, heeft men al vroeg aan eene analogische toepassing gedacht op overeenkomsten, waarin men eenige gelijkenis bespeurde met de eerstgenoemde.

De Glossatoren, hoewel voorstanders van den regel „*exceptiones non producendae*,” zagen in de zoo even genoemde wetten een algemeen beginsel, dat op alle contracten onder bezwarenden titel moest worden toegepast ¹⁾. Hunne

De bepalingen van *DIOCLETIANUS* en *MAXIMIANUS* luiden aldus:

1. 2. *Rem majoris pretii si tu, vel pater tuus minoris distraxerit humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus fundum venditum recipias, auctoritate judicis intercedente vel si emtor elegerit, quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta est.*

1. 8. *Si voluntate tua fundum tuum filius tuus vendidit, dolus ex calliditate atque insidiis emtoris argui debet, vel metus mortis, vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio.*

Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est.

1) Sporen dezer denkwijze doen zich reeds voor in de Glossa van *ACCURSIUS* op de l. 2 C. de resc. vend.

De eerste der Glossatoren, welke haar openlijk verdedigde, was *AZO*, in zijne *summa ad Cod. de rescind. vend.* Lugd. 1540, waar men leest in glossa ad l. 2: C. de resc. vend. „*Quod dixi in venditione ad quemlibet contractum bonae fidei extenditur.*”

Onder de schrijvers van vroegeren tijd vond deze leer aanhangers in:

FABIANUS DE MONTE SABINI, Tract. de Empt. Colon. 1574.

FACHINAEUS, Controv. II, c. 46.

DONELLUS, Comm.

MYNSINGER, sing. obs. cent. IV en VI.

GAILL, Pract. obs. 0.70, n°. 1 en 2.

PEREZ, Praelect. ad C. ad h. t.

BRUNNEMANN, Comment. in C. h. t.

VOET, t. a. p. XVIII, t. 5, n°. 5, 13.

meening vond later tegenspraak ¹⁾, en sedert bestaat omtrent dit punt een hevige strijd, welke zelfs heden nog niet is beslist, nu CHAMBON is opgetreden met nieuwe wapenen ter verdediging van de leer der Glosatoren.

Als niet tot ons onderwerp behorende, gaan wij dezen strijd niet in al zijne bijzonderheden en afwisselingen na, maar onderzoeken wij bepaaldelijk of transactie op grond van grove benadeeling kan worden vernietigd.

Trok het reeds vroeger onze aandacht, hoe de oude schrijvers er toe geneigd zijn om aan de transactie bijzondere hoedanigheden toe te kennen, ook hier is het opmerkelijk, dat zij, die de uitbreidende verklaring der aangehaalde ll. 2 en 8 voorstaan, dikwerf zich nog niet

LAUTERBACH, Coll. Theor. Pract. ad Pand. XVIII, Tit. 5, § 23 en 33.

ZOKSIUS, Comm. ad Pand. XVIII, t. 5, n^o. 5, 17.

VAN STREYK, Usus modern. Pand.

Onder de schrijvers van den jongsten tijd vermelden wij hier:

MACKELDEY, Lehrb. § 373. THIBAUT t. a. p.

MÜHLENBRUCH, Pand.

UNTERHOLZNER, Recht der Forder. § 67, en eindelijk

CHAMBON, Beitr. zum obl. R. I, bl. 113—174.

1) Zie DUARENUS, Comment. ad l. 36 D. de verb. obl. (opera, bl. 741).

DUMOULIN, Tract. de Commercet usuris.

CUJACIUS, ad tit. C. de resc. vend.

H. DE GROOT, de J. B. P. L. II, c. 12, § 26, en Flor. Sparsio, ad j. just. ad t. de rescind. vend.

ACHENWALL, Jus. Nat. I, sect. II, t. 8, § 203.

HÖPFNER, Nat. B. § 92.

WEBER, Die Lehre von der Natürl. Verb. Onder de nieuweren:

DEDEKIND, de vera in doli laes. enormis. 1837.

WENING INGENHEIM, Pand. § 259.

SCHWEPPE, Hand. 6 § 444.

BUCHER, Recht der Forder, § 67.

vergenoegen met van *laesio enormis* bij transactie te spreken, maar van eene *laesio enormissima* gewagen.

Deze leer, welke onder anderen door STRIJK, HARP-RECHT ¹⁾, DE CANNEGIESSER ²⁾, enz. verdedigd wordt, heeft even als die der bloote toepassing van de *laesio enormis* ³⁾, dit gebrek, dat zij van een verkeerd standpunt uitgaat bij de berekening der waarde van de zaak, waarover getransigeerd wordt, om daarnaar de schade te bepalen, geleden door de opoffering *transactionis causa*. Bij beide neemt men de waarde van de zaak, waarover getransigeerd is niet van het oogenblik, waarop de transactie gesloten is, maar op dat, waarin zich een ander resultaat voordoet, dan men had verwacht.

Om hiervan een voorbeeld te geven:

A. beweert eigendom van eenen fundus tegen B; — bij transactie doet A. zich als eigenaar erkennen, en betaalt aan B. f 300; later blijkt het, dat B. geen regt had om de bewering van A. te betwisten; hier zou A. volgens genoemde schrijvers grovelijk ja zelfs zeer grovelijk zijn benadeeld, daar hij f 300. heeft betaald, voor eene opoffering van B. welke geenerlei waarde heeft, omdat hij niet het regt had, de bewering van A. te betwisten.

GÖSCHEN, Vorl. § 505.

PUCHTA, Pand. § 364.

SINTENIS, Das gem. civ. Recht. II, § 116 not 218.

VANGEROW, Zeitschr. § 611.

1) Diss. de Tract. jud. § 32, n°. 224.

2) Decis. Hasso Cassell. II, Dev. 79. n°. 7.

3) CARPZOVIVS, RICHTER, FACHINAEUS t. a. p. LINCK, Diss. de Transact. ob enormen laes. rescind.

Bij de behandeling der dwaling, is de onjuistheid dezer bewering voldoende gebleken. Reeds scheen het dan ook, dat beide theoriën in ongenade waren gevallen, toen THIBAUT weder optrad met nieuwe gronden voor de toepassing van de *laesio enormis* op transactie ¹⁾.

Volgens dezen schrijver kan transactie op grond van benadeeling worden vernietigd, wanneer zij het gevolg is van eene dwaling, omtrent een punt waarover bij transactie geen twijfel bestaat. Men vindt bij hem dus de theorie van GOETZ, omtrent den *error in capite non controverso* als grondslag voor zijne leer over benadeeling. De benadeeling welke grond tot vernietiging geeft, kan volgens THIBAUT zoo bij de zaak waarover men transigeert, als bij die, welke men *transactionis causa* opoffert, plaats hebben.

Uit de volgende voorbeelden moge de juistheid dezer leer worden beoordeeld.

I. A. beweert eigendom eener zaak tegen B., en geeft als waarde dier zaak de som van *f* 50. op; transigerende trekt A. zijne bewering van eigendom in, tegen betaling van *f* 25. door B. Later blijkt dat de zaak, waarvan A. eigendom beweerde, niet, zoo als hij geloofde, *f* 50. maar *f* 100. waard is. In dit geval is A. voor meer dan de helft benadeeld, daar hij *f* 25. heeft ontvangen voor iets dat *f* 50. waard was, ten gevolge eener dwaling die zich hier in *capite non controverso* voordoet.

Uit deze voorstelling meenen wij te mogen besluiten, dat THIBAUT de opoffering eener bewering niet onder-

1) Versuche II, n°. 11.

scheidt van die, der zaak zelve. Herhaaldelijk is het ons voorgekomen, dat de opofferingen bij transactie, zich verhouden als eene opoffering van bewering, tot die van eene zaak of van een regt, en omgekeerd. In het voorbeeld door THIBAUT gesteld, doet A. niet afstand van een regt, (want het is juist onzeker of hij regt heeft), maar van eene bewering. Het regt van eigendom heeft gelijke waarde als de zaak zelf; de waarde eener bewering daarentegen is niet te bepalen. Men kan hier dan ook geene benadeeling aannemen, daar de niet te bepalen waarde der door A. opgeofferde bewering de vergelijking met die der tegen-praestatie onmogelijk maakt.

II. A. beweert eigenaar te zijn van een paard, dat zich in het bezit van B. bevindt; bij transactie geeft A. zijne bewering op voor een horologie, zeggende dat het paard *f* 70. en denkende dat het horologie *f* 50. waard is. Later blijkt het dat de waarde van het horologie niet *f* 50. maar *f* 300. bedraagt. Hier zou B. wegens benadeeling, door dwaling in capite non controverso vernietiging der transactie kunnen vragen.

Ook dit laat zich niet aannemen; het voorwerp der transactie is hier het geschil over den eigendom van het paard. Om dit te beslissen verbindt elk der partijen zich tot eene opoffering. De waarde dier opofferingen moet, om tot benadeeling te kunnen besluiten, worden afgemeten naar die der zaak waarvoor zij zijn geschied, dat is in casu de beslissing van een geschil. De schatting hiervan kan nimmer op juiste wijze plaats hebben. Zoo zal men b. v. in het gegeven geval niet kunnen zeggen: de beslissing van het geschil heeft de waarde van de zaak waarover de twist loopt, d. i. *f* 70. want

in de waarde dier beslissing is niet alleen begrepen het voordeel, dat partijen over en weder hebben door de opoffering en erkenning eener bewering, maar men moet daaronder ook rekenen voor elk harer, dat van het ontkomen der kans, om bij een geding over de betwiste aanspraak in het ongelijk te worden gesteld, en daardoor ook de proceskosten te moeten betalen.

VANGEROW en CHAMBON zijn de meening van THIBAUT toegedaan ¹⁾.

In den jongsten tijd heeft SEUFFERT eene geheel nieuwe theorie ontwikkeld. Daarin wordt onderscheiden tusschen de partij van wie eene bewering afgekocht wordt, en haar die afkoopt, (*abgefundene* en *abfindende*). De eerste kan nimmer geacht worden grovelijk benadeeld te zijn, de laatste alleen dan, wanneer de afkoopprijs het dubbel bedraagt der waarde van hetgeen afgekocht wordt. B. v. A. beweert eigenaar te zijn van een huis dat B. bezit; een geding hierover wordt bij transactie uitgemaakt, in dier voege dat A. zijne bewering opgeeft tegen eene som van f. 1000; blijkt het nu dat het huis maar f. 400. waard is, dan kan B. de vernietiging der transactie vragen.

Het tegen THIBAUT aangevoerde geldt ook grootendeels tegen SEUFFERT. Zijne vergelijking der transactie met een koopcontract is evenzeer minder juist. Van de eene zijde toch wordt bij transactie, tot oplossing eener onzekerheid eene bewering opgegeven, de andere partij getroost zich eene opoffering met hetzelfde doel. De wederzijdse opofferingen staan dus niet, gelijk bij koop en verkoop tegen elkander over, als de verkochte zaak tot

¹⁾ Leiff. III, bl. 330.

Beitr. zum obl. Recht.

de koopprijs. Bij koop en verkoop hangt naar het R. R. de koopprijs nimmer af van eene onzekerheid, maar moet hij in juiste evenredigheid zijn tot de waarde der verkochte zaak. Van daar dat bij koop en verkoop immer een vaste maatstaf voorhanden is, waarnaar men de benadeeling kan beoordeelen.

De zekerheid, welke bij transactie verkregen wordt, door de opoffering eener bepaalde zaak, nadat eene bewering is opgegeven, heeft daarentegen eene onmogelijk te schatten waarde. Waar over eene objectieve onzekerheid wordt getransigeerd, springt dit in het oog; maar de kans van winst of verlies van een geding, maakt ook de schatting der zekerheid onmogelijk, welke bij transactie *over een geschil* voor partijen wordt geboren. Naar ons oordeel kan dan ook bij transactie nimmer sprake van grove benadeeling zijn, en wordt de toepassing der l. 2 en 8 C. de resc. vend. — zoo zij al op andere overeenkomsten dan koop en verkoop mag worden gemaakt, voor transactie onmogelijk.

Krachtig worden wij in deze meening ondersteund door de l. 78, § 16 D. ad SCtum Trebellianum (XXXVI. 1).
SCAEVOLA:

„Heres ejus, qui post mortem suam rogatus erat universam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis esse dicebat his, quibus fideicommissum debebatur restituit; postea repertis instrumentis apparuit, quadrupli amplius in hereditate fuisse. Quaesitum est an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit. Respondit: secundum ea quae proponerentur, *si non transactum esset, posse*”¹⁾.

1) Men geve hier wel acht, dat SCAEVOLA op de onmogelijkheid der transactie doelt, wanneer hij zegt: *si non transactum esset, posse*.

Hiertegen trachte men niet op te komen met de uitspraak van DIOCLETIANUS en MAXIMIANUS in l. 5 C. de dolo malo (II. 20):

„Si superstite patre per emancipationem tui juris effecta matri successisti, rebusque tuis per legitimum tutorem patrem eundemque manumissorem administratis, postea transegisti cum eo bona fide, perspicis, quod si pactum tantum factum sit, petitio tua per exceptionem submovetur, si vero novatio legitimo modo intercessit et acceptilatio subsecuta est, nullam jam tibi superesse actionem. Sane si *laesa es immodice*, liberatione solenniter per novationem atque acceptilationem tributa, non de dolo propter paternam verecundiam sed in factum actio tibi tribuenda est.”

De titel immers, waaronder dit rescript voorkomt, zoo-
wel als zijn inhoud getuigen, dat hier bepaaldelijk van
arglist wordt gehandeld.

De paterna verecundia is de eenige oorzaak, waarom
hier de actio de dolo niet kan worden ingesteld.

TWEEDE GEDEELTE.

NEDERLANDSCH REGT.

THE

OF

THE

THE

THE

THE

THE

THE

HOOFDSTUK I.

HET BEGRIP EN DE AARD VAN DADING.

Niet slechts in naam, maar ook in aard, vorm en werking verschilt de handeling, waardoor men naar het Nederlandsche Regt met wederzijdsche opoffering, zelf eenig regtpunt beslist, van de transactie der Romeinen.

In ons wetboek heeft men haar met den naam van *dading* bestempeld.

Deze uitdrukking, aan DE GROOT ¹⁾ ontleend, mag geacht worden in het tijdsverloop sedert de geboorte onzer wetgeving, burgerregt te hebben verkregen. Wij willen ons daarom niet verdiepen in eene beschouwing omtrent het al of niet gelukkige van 's wetgevers keuze tusschen dit woord en de Romeinsche benaming ²⁾; bij

1) Inleid. tot de Holl. Regtsgeleerdheid IV.

2) Door sommigen wordt de benaming *schikking* of *vergelijk* aanbevolen; zie DIBBETS, de Transactionibus, Leyd. 1847 (Diss.)

Schikking kan evenwel ook genoemd worden ieder ander middel waardoor buiten regten eene twistige zaak wordt uitgemaakt, zoo als compromis, accoord.

het volgend onderzoek zullen wij van *dading* spreken in onderscheiding van de Romeinsche transactie.

Dading komt door den enkelen wil van partijen tot stand, en daar men zich bij deze handeling immer tot het geven, doen of niet doen van iets verbindt, zoo mag men haar als een' overeenkomst aanmerken. In den aard der transactie ligt het, dat partijen over en weder iets opofferen; te regt vindt men de bepaling der l. 38 C. h. t. dan ook in art. 1888 B. W. terug ¹⁾, waar gezegd wordt, dat *dading* immer met *overgave*, *belofte*, of *terughouding* eener zaak, gepaard gaat. Gunstig onderscheidt zich deze bepaling van die van art. 2044 C. N., waarin het bezwarend karakter dezer overeenkomst niet wordt uitgedrukt, en welke daardoor ook toepasselijk is op die gevallen, waar *donandi animo* een verschil wordt uitgemaakt, zooals, op kwijtschelding van schuld, bevestiging eener voor nietigverklaring vatbare verbindtenis, enz.

De afkeuring door de Fransche schrijvers luide gegeven, aan voormeld artikel van den C. N. ²⁾ mag onzen wetgever te eerder hebben genoopt, om het karakter der *dading* van

Teregt merkt Mr. D. H. LEVYSOHN NORMAN bl. 326 in *Themis* XI op, dat *vergelijk* ligtelijk aanleiding zoude kunnen geven, tot verwarring met compensatie welke in ons W.B. „vergelijking van schuld” heet.

1) VOORDUIN, *Gesch. der Ned. W.B. ad Art. 1888.*

Men had (1824) voorgesteld om de woorden: *tegen overgave, belofte of terughouding eener zaak*, weg te laten.

De regering heeft niet in dit voorstel bewilligd. „Deze woorden, zeide zij, kenschetsen juist de ware beginselen van *dading*, en zijn uit het R. R. overgenomen.”

Indien iemand, *zonder overgifte, belofte of terughouding eener zaak, van een geding afziet*, is zulks geene *dading*.”

2) Zie DURANTON, *Cours de droit Français* XVIII, n°. 391. TROPLONG, *Le droit civil expliqué*, XVII, n°. 421.

overeenkomst onder bezwarenden titel bepaaldelijk uit te drukken.

Wat betreft de uitdrukking tegen *overgave*, *belofte*, of *terughouding eener zaak*, zij is niet anders dan eene vertaling van het „*nullo dato vel retento seu promisso*” der l. 38 C. h. t., en moet dus even zoo verklaard worden. Ten onregte willen sommigen daaruit afleiden dat de opoffering *transactionis causa*, naar ons regt, immer in de levering eener zaak bestaat ¹⁾.

Naar het hedendaagsche Regt, waarin de dading immer een verschil tot voorwerp heeft, moet eene der partijen noodwendig hare bewering geheel of gedeeltelijk intrekken, alzoo iets doen; — de tegen-*praestatie* bestaat dan of in het onmiddellijk geven, of het belooven eener zaak, of wel in de belofte van iets te zullen of niet te zullen doen. Volgens de verdeeling, welke in het algemeene gedeelte der leer van de overeenkomsten is gemaakt, tusschen de verbindtenissen, welke uit overeenkomst worden geboren, had men dading in Art. 1888 korter kunnen aanduiden als eene overeenkomst onder bezwarenden titel ²⁾.

Anders DELVINCOURT, cours de C. civ. VII, 335.

Art. 2044 C. N. is aan DOMAT ontleend. Deze stelt de transactie voor, als ware zij eene eenzijdige handeling, waarbij van eene bewering geheel of gedeeltelijk afstand wordt gedaan. Dergelijke handeling is echter een *pactum remissorium*, en staat als zoodanig tegen transactie over.

Niet minder onjuist zeide BIGOT DE PRÉAMENEU in de Fransche wetgev. vergadering: *et lors même qu'une d'elles (des parties) se désiste entièrement de sa prétention elle se détermine par le grand intérêt de rétablir l'union et de se garantir des longueurs, des frais et des inquiétudes d'un procès.*

1) Zie DIBBETS, aangeh. Diss. bl. 5 en 6.

2) Art. 1350 B. W.B. „Eene overeenkomst onder bezwarenden titel,

Door enkele schrijvers wordt op grond van de uitdrukking: „tegen overgave eener zaak”, dading gerangschikt onder de zoogenoemde reële overeenkomsten ¹⁾. Tegen deze verklaring van Art. 1888 B. Wb. pleit evenwel, dat de verplichting daarbij alternatief aan de partijen wordt opgelegd, d. i. om of iets te geven, of iets te be-looven of iets te rug te houden. Voorts blijkt uit de be-raadslagingen over dit Art. dat men het R. R. heeft willen volgen ²⁾.

Eene andere bewering, reeds vroeger bestreden, vindt men terug bij DELVINCOURT ³⁾. Volgens dezen schrijver namelijk, gelijkt dading op eene kansovereenkomst. Ten bewijze hiervan voert hij aan, dat ieder geding, waarover dading wordt getroffen, kans van winst of verlies oplevert. Hoe waar dit ook zijn moge, regtvaardigt dit nog geen-zins DELVINCOURT's bewering; tusschen dading en eene kansovereenkomst, bestaat ook naar ons regt, dit belang-rijk verschil, dat de eerste een einde maakt aan een twijfelachtigen toestand, terwijl de laatste dien integendeel in het leven roept ⁴⁾.

Eindelijk wordt dading nog voorgesteld als eene *bijkomende overeenkomst* ⁵⁾.

Van hoe weinig belang deze onderscheiding in de leer

is zoodanig eene, welke ieder der partijen in de verplichting brengt, om iets te geven, te doen of niet te doen.

1) Zie NIENHUIS, voorl. I, bl. 89.

2) Zie boven bl. 69 en v., noot 1.

3) t. a. p. bl. 334 en 335.

4) Verg. J. H. TELDERS, De Transact. secund. jus. hodie. (Diss.) Leyd. 1828.

5) Zie Mr. VAN ASSEN, Leiddraad, § 406.

der overeenkomsten ook zij, dading zal men nimmer als eene bijkomende overeenkomst mogen beschouwen, daar zij niet alleen wordt aangegaan over verbindtenissen, maar ook over zakelijke regten, waarover verschil is ontstaan.

In werking verschilt dading hierin van transactie, dat zij over eene verbindtenis aangegaan, deze altijd ipso jure te niet doet; de reden hier van is, dat naar het hedendaagsche Regt, iedere overeenkomst op verklaarden wil steunende, in den regel volkomen rechtskracht heeft, terwijl het pactum der Romeinen slechts billijkheidshalve eene exceptie opleverde.

Vreemd mag het toeschijnen, dat in ons Wetboek in afwijking van het Romeinsche — en zelfs van het thans in Europa geldend regt, de schriftelijke vorm tot het wezen der dading is verklaard te behooren ¹⁾.

In Frankrijk is de uitlegging van Art. 2044 C. N. „*Ce contrat doit être rédigé par écrit*” — dat het geschrift *probationis*, — niet *solemnitatis causa* wordt gevorderd ²⁾.

1) Art. 1838, 2^o lid. Deze overeenkomst is slechts van waarde, indien zij schriftelijk is aangegaan, al mogt zij ook een zaak betreffen, waarentrent het bewijs door getuigen zoude kunnen worden toegelaten.

Vgl. Mr. D. H. LEVYSOHN NORMAN, in Themis XI, bl. 327.

Mr. D. LÉON, Regtspr. v. d. H. R. Aant. op het arr. v. h. Pr. H. v. Utrecht 25 Junij 1849, bl. 499.

Het Pr. Landr. vordert geen schriftel. vorm bij dading. Art. 405—449, evenmin als het Oostenr. Wb. (Art. 1380—1391).

In het Wb. van Denemarken wordt de schriftelijke vorm niet tot het wezen der dading verklaard, maar moeten alle dadingen onder het opzicht eener speciale commissie worden gesloten. In Engeland moet dading bij Acte aangegaan worden, indien van de overeenkomst waarover getransigeerd wordt, acte is opgemaakt. Zie BLAXLAND, C. leg. Anglic. BURGE, comment. on colon. and foreign laws generally and with each other in their conflict with the law of England.

2) Zie TROPLONG, t. a. p. § 29.

Als reden, waarom men bij de zamenstelling van den Code het bewijs door geschrifte voor dading vorderde, werd aangevoerd, dat het doel dezer handeling, de beslissing namelijk van geschillen, niet zou worden bereikt, wanneer men van haar bestaan door getuigen-bewijs kon doen blijken ¹⁾).

De bepaling van den C. N. kan, als bevattende een voorzorg, niet worden misprezen, en zou als zoodanig ook in ons Wetboek op hare plaats zijn; te ver echter

DURANTON t. a. p. § 406.

DELVINCOURT t. a. p. bl. 335.

Vgl. Arr. van het hof v. Montpellier 3 Dec. 1825, waarbij is uitgemakt dat geen ander bewijs, dan dat door geschrifte bij Dading is toegelaten, en dat alzoo de beslissende eed over het bestaan eener dading niet kan worden opgedragen.

Daarentegen Arr. van het hof van Brussel, 1 Dec. 1810. Zie DALLOZ, Jurisprad. in voce, bl. 231.

Vgl. Arr. van het H. Gerechtshof te 's Hage, 26 Julij 1823, bij v. HAMELSVELD, Gew. 1823, I, 23. Hierin komt het navolgende voor: „Overwegende dat hoezeer het in geschrift stellen van zoodanig een contract (dading) bij Art. 2044 van het burgerlijk wetboek (C. N.) bevolen wordt, echter dit voorschrift der wet als niet slechts geene straffe van nietigheid medebrengende, maar ook blijkbaar alleen probationis- en niet solennitatis causa gegeven, overeenkomstig de bestaande jurisprudentie, niet tot het wezen van dit contract behoort, en dat gevolgelyk het algemeen beginsel van Art. 1358 B. Wb. (C. N.) betrekkellyk den decisoren eed, ten dezen niet kan worden uitgesloten.”

Omtrent het al of niet toelaten van den beslissenden eed over het bestaan eener Dading verschillen de Fransche schryfvers. DELVINCOURT, DURANTON en MERLIN nemen dit aan, laatstgen. wil zelfs het getuigenbewijs hebben toegelaten, wanneer er begin van bewijs door geschrifte is.

Quest. de Dr. in voce § 8, n^o. 3.

Tegen hen TROPLONG.

1) Zie rapport van ALBISSON, 19 Maart 1804; bij LOCKÉ XV, bl. 427.

is men gegaan, door de schriftelijke vorm bij Art. 1888, als behoorende tot het wezen der dading te vorderen.

Te regt wordt door Mr. A. DE PINTO opgemerkt, dat dit voorschrift hiertoe leiden kan, dat iemand niettegenstaande hij het mondeling aangaan eener dading bekent, tot geene uitvoering dezer overeenkomst zal kunnen worden gedwongen, indien daarvan nog geene acte is opgemaakt ¹⁾.

Een belangrijk verschil tusschen dading en transactie wordt door Art. 1888 1^e lid B. Wb. daargesteld:

Dading, is een' overeenkomst waarbij partijen een aanhangig geding ten einde brengen, of een te voeren geding voorkomen.

Later komen wij hierop terug.

Na het ontwikkelde, laat zich het begrip van dading aldus uitdrukken: *Dading is eene schriftelijke overeenkomst onder bezwarenden titel, waarbij partijen een verschil bijleggen, dat tot eene vordering aanleiding gegeven heeft of zou kunnen geven.*

Vrij nabij hieraan komt de bepaling in Art 1888 B. Wb.:

„Dading is eene overeenkomst, waarbij partijen tegen overgave, belofte of terughouding eener zaak een aanhangig geding ten einde brengen, of een te voeren geding voorkomen.

Deze overeenkomst is slechts van waarde, indien zij schriftelijk is aangegaan, al mogt zij ook eene zaak betreffen, waaromtrent het bewijs door getuigen mogt zijn toegelaten.”

Wat de plaats aangaat, welke in ons Wetboek even als in het Fransche aan dading is toegekend, zij verdient de voorkeur boven die, welke zij in de ontwerpen van 1816

1) Zie handleiding tot het B. Wb. II, § 1117, bl. 610 en 611.

nietigd. Hoe de reden hiervan een geheel andere is, en bepaaldelijk in den aard der transactie ligt, is vroeger aangetoond; — eene kunstmatige gelijkstelling der dading met het vonnis in het hoogste ressort, moet dus ook in dit opzigt minstens nutteloos worden geacht.

Eindelijk vinden wij in het rapport door GILLET uitgebragt, deze zinsnede:

„Ce qui donne à cette sorte de traité un caractère distinctif et particulier, c'est qu'il à tout à la fois l'autorité d'une convention et celle d'un jugement, et qu'il participe de la nature de l'un et de l'autre.”

De onjuistheid dezer gelijkstelling der kracht van dading met die van een vonnis in het hoogste gewijsde, blijkt hieruit, dat dading herroepen kan worden wanneer de wil der partijen dit beoogt, terwijl het vonnis in kracht van gewijsde niet door partijen van zijne kracht kan worden beroofd ¹⁾.

Blijvende bij het vroeger gezegde, dat het karakter der dading in de meeste opzigten, van dat der res judicata verschilt, geven wij onze voorkeur aan de wijze, waarop in andere wetgevingen, zooals de Oostenrijksche ²⁾, Pruisische ³⁾, Noorweegsche ⁴⁾ en Deensche ⁵⁾ het karakter der dading als overeenkomst op den voorgrond is geplaatst.

Daar dading ten doel heeft de beslissing van eenig geschil, zal men aan elke overeenkomst onder bezwa-

1) Zie meerdere punten van verschil bij TROPLONG t. a. p. bl. 647.

2) Art. 1380—1391.

3) § 405—450.

4) Art. 307—310.

5) Art. 489—502.

renden titel, waaraan partijen deze strekking hebben willen geven, den naam van dading moeten toekennen, mits zij schriftelijk zij aangegaan; zoo kan een overeenkomst van *koop* en *verkoop*, *huur* en *verhuur*, *maatschap* tevens eene dading zijn ¹⁾).

Maar *argumento a contrario*, zal eene overeenkomst, aan welke de partijen den naam van dading hebben gegeven, als zoodanig door den regter niet mogen worden erkend, wanneer het niet blijkt, dat partijen daardoor een werkelijk bestaand verschil hebben afgedaan. In dergelijk geval zal 's regters uitspraak zich moeten richten naar hetgeen in waarheid tussehen partijen is overeengekomen ²⁾).

Voorts zal de regter naauwlettend acht hebben te geven, of uit het verschil, dat partijen beweren te hebben afgedaan, eene vordering zou kunnen zijn ontstaan.

Minder juist leidt DURANTON uit de uitdrukking „*une contestation née, ou une contestation à naître*” af, dat men hier onder begripen kan, min of meer twijfelachtige aanspraken (*un droit plus ou moins douteux*); tussehen *twijfelachtig* en *in regten betwistbaar*, dient wel te worden onderscheiden.

Slechts het laatste komt in aanmerking bij de zaak, waarover dading wordt getroffen ³⁾).

1) Zie Arr. Regtb. Gron. 19 Jan. 1849, W. n^o. 1086. R. Bijbl. jg. 1851. bl. 73—75.

2) Vgl. DURANTON, t. a. p. § 395.

3) Vgl. TROPLONG, t. a. p. n^o. 22.

Mr. DIEPHUIS, het Ned. Burg. Regt n^o. 1052.

Vgl. Arresten van 2 Febr. 1808, 30 October 1809, 7 Junij 1820, bij DALLOZ, Dl. VII, 147.

Gelijk iedere overeenkomst, kan ook dading voorwaardelijk of onder eene strafbepaling worden aangegaan ¹⁾).

Evenzoo kan de verbindtenis uit dading ontstaande, alternatief, solidair, deelbaar of ondeelbaar zijn; de algemeene regelen van den 1ⁿ tit. III B. Wb. vinden, dan hunne toepassing.

Al naar mate dading in- of buiten 's regters bijzijn is gesloten, heet zij *judicieel* of *extra-judicieel*. De eerste verschilt hierin van de laatste, dat zij, op verlangen der partijen, in procesverbaal wordt gebragt, dat door dezen of haren bijzonderen gemagtigden wordt ondertekend, en in executorialen vorm wordt uitgegeven ²⁾).

Eindelijk wordt dading nog verdeeld in *algemeene*- en *bijzondere* dading. Onder de eerste verstaat men die waarbij een einde wordt gemaakt aan alle verschillen, welke partijen met elkander hebben uitstaande.

Bij de beschouwing van het gevolg der dading komen wij op beide deze vormen terug; zien wij thans wie tot dading bekwaam zijn.

1) Art. 2047 C. N. bepaalt uitdrukkelijk, dat aan dading eene strafbepaling kan worden toegevoegd; nadat dit in het algemeen in het eerste gedeelte van het III B. B. Wb., voor alle overeenkomsten was bepaald, achtte onze wetgever het overbodig dit nog afzonderlijk in den titel van dading te bepalen.

2) Art. 19 Wb. van B. R.

HOOFDSTUK II.

DE PERSONEN WELKE DADING KUNNEN TREFFEN.

Zij die onbekwaam zijn, om overeenkomsten te sluiten, moeten natuurlijker wijze ook onbevoegd worden geacht tot het treffen van dading.

Zoo kunnen minderjarigen, onder curatele gestelden, en in de meeste gevallen ook getrouwde vrouwen niet op eigen gezag transigeren ¹⁾.

Maar voorts, daar elk der partijen iets moet opofferen, zoo kan dading slechts gesloten worden door hen, die regt van beschikking hebben over hetgeen, waarvan zij afstand moeten doen. Te regt is de Romeinsche regtsregel: „*qui transigit alienat*” ²⁾, in de Fransche- en in onze wetgeving opgenomen, en wel bij Art. 1889, B. Wb., waarin gezegd wordt, gelijk in art. 2045 C. N.:

1) Art. 1366 B. Wb. art. 1124 C. N.

2) L. 4 C. de praed. min. (V, 71) l. 1, § 9 D. si quid in fraud. patr. (XXXVIII, 5).

„Om eene dading te treffen moet men de bevoegdheid hebben, om over de onderwerpen, in de dading begrepen, te beschikken” ¹⁾).

Uit deze bepaling volgt, dat zij die in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen verkeerden, onbevoegd zijn tot het aangaan van dading. Volgens art. 770 Wb. v. K. en art. 888 Wb. v. B. R. missen zij het beheer over hunne zaken. De failliet verschilt evenwel hierin van hem, die in staat van kennelijk onvermogen is verklaard, dat hij onbekwaam is, zoodra het vonnis van failliet-verklaring is uitgesproken; terwijl laatstgenoemde de beschikking over zijne goederen eerst verliest, op het oogenblik dat het vonnis hem is beteekend. Aan derden zal zijne onbevoegdheid niet kunnen worden tegen geworpen, voor dat het vonnis door de van regtswege bevolen aanplakking is bekend gemaakt ²⁾).

De onbekwaamheid, waarvan wij handelen, heeft ten gevolge dat de onbevoegde personen of hunne erfgenamen tegen hunne dading op kunnen komen. Ten opzigte der getrouwde vrouwen valt op te merken, dat ook aan hare echtgenooten het regt toekomt, om de vernietiging te vragen eener dading, zonder hunne toestemming gesloten ³⁾, terwijl deze gevorderd werd, tot de geldigheid der handeling.

1) Minder juist: MERLIN t. a. p. bl. 61: toute personne qui est incapable de contracter l'est aussi de transiger. Een voogd b. v. is niet onbevoegd tot het aangaan van overeenkomsten, want hij kan o. a. op eigen gezag de goederen van den minderjarigen verhuren. Bij dading is hij daarentegen aan toezigt onderworpen.

2) Vgl. Mr. A. DE PINTO, aant. op h. Wb. van B. Rv. II, § 625 bl. 962.

3) Art. 169 B. Wb.

De curators in den boedel eens gefailleerden, of van hem die in staat van kennelijk onvermogen is verklaard, kunnen voor de regten der schuldeischers opkomen, en de onbevoegdlijk gesloten dading nietig doen verklaren.

Zij, die met eenen onbekwamen persoon dading hebben getroffen, kunnen van hunnen kant zich niet beroepen op de onbevoegdheid der tegenpartij. *Nam unusquisque gnarus esse debet conditionis ejus, cum quo agit.* De nietigheid der dading door de bovengenoemde personen gesloten is alzoo betrekkelijk ¹⁾.

Met TOULLIER ²⁾ gelooven wij, dat naar het Fransche Regt dading op den enkelen grond van minderjarigheid nietig is, en er niet behoeft te worden gevraagd, of de minderjarige door zijne handeling nadeel heeft geleden. De ontkenning dezer meening zoo door Fransche als door Nederduitsche regtsgeleerden ³⁾, maakt een onderzoek naar de bepalingen van den C. N. noodzakelijk.

In art. 1304 C. N. wordt onderscheiden tusschen *l'action en nullité* en *l'action en rescission*. Beide vorderingen worden aan de minderjarigen toegekend. Bij art. 1311 C. N. wordt evenwel gezegd, dat hij niet meer bevoegd is, om tegen eene handeling op te komen, tijdens zijne minderjarigheid aangegaan, zoo hij deze goedgekeurd heeft bij zijne meerderjarigheid, onverschillig of deze handeling nietig in den vorm was, dan wel, of zij slechts aanleiding tot vernietiging gaf.

1) Art 1367 B. Wb. Art. 1125 C. N.

2) Cours de Droit Civ. VI. bl. 106, 107. VII, bl. 690 vv.

3) MARBEAU, Traité des Transactions, Paris 1824, n°. 52, bl. 30. DE PINTO t. a. p. § 853 bl. 509.

„Om eene dading te treffen moet men de bevoegdheid hebben, om over de onderwerpen, in de dading begrepen, te beschikken” ¹⁾).

Uit deze bepaling volgt, dat zij die in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen verkeerden, onbevoegd zijn tot het aangaan van dading. Volgens art. 770 Wb. v. K. en art. 888 Wb. v. B. R. missen zij het beheer over hunne zaken. De failliet verschilt evenwel hierin van hem, die in staat van kennelijk onvermogen is verklaard, dat hij onbekwaam is, zoodra het vonnis van failliet-verklaring is uitgesproken; terwijl laatstgenoemde de beschikking over zijne goederen eerst verliest, op het oogenblik dat het vonnis hem is beteekend. Aan derden zal zijne onbevoegdheid niet kunnen worden tegen geworpen, voor dat het vonnis door de van regtswege bevoelen aanplakking is bekend gemaakt ²⁾).

De onbekwaamheid, waarvan wij handelen, heeft ten gevolge dat de onbevoegde personen of hunne erfgenamen tegen hunne dading op kunnen komen. Ten opzigte der getrouwde vrouwen valt op te merken, dat ook aan hare echtgenooten het regt toekomt, om de vernietiging te vragen eener dading, zonder hunne toestemming gesloten ³⁾, terwijl deze gevorderd werd, tot de geldigheid der handeling.

1) Minder juist: MERLIN t. a. p. bl. 61: toute personne qui est incapable de contracter l'est aussi de transiger. Een voogd b. v. is niet onbevoegd tot het aangaan van overeenkomsten, want hij kan o. a. op eigen gezag de goederen van den minderjarigen verhuren. Bij dading is hij daarentegen aan toezigt onderworpen.

2) Vgl. Mr. A. DE PINTO, aant. op h. Wb. van B. Rv. II, § 625 bl. 962.

3) Art. 169 B. Wb.

De curators in den boedel eens gefailleerden, of van hem die in staat van kennelijk onvermogen is verklaard, kunnen voor de regten der schuldeischers opkomen, en de onbevoegdlijk gesloten dading nietig doen verklaren.

Zij, die met eenen onbekwamen persoon dading hebben getroffen, kunnen van hunnen kant zich niet beroepen op de onbevoegdheid der tegenpartij. *Nam unusquisque gnarus esse debet conditionis ejus, cum quo agit.* De nietigheid der dading door de bovengenoemde personen gesloten is alzoo betrekkelijk ¹⁾.

Met TOULLIER ²⁾ gelooven wij, dat naar het Fransche Regt dading op den enkelen grond van minderjarigheid nietig is, en er niet behoeft te worden gevraagd, of de minderjarige door zijne handeling nadeel heeft geleden. De outkenning dezer meening zoo door Fransche als door Nederduitsche regtsgeleerden ³⁾, maakt een onderzoek naar de bepalingen van den C. N. noodzakelijk.

In art. 1304 C. N. wordt onderscheiden tusschen *l'action en nullité en l'action en rescission*. Beide vorderingen worden aan de minderjarigen toegekend. Bij art. 1311 C. N. wordt evenwel gezegd, dat hij niet meer bevoegd is, om tegen eene handeling op te komen, tijdens zijne minderjarigheid aangegaan, zoo hij deze goedgekeurd heeft bij zijne meerderjarigheid, onverschillig of deze handeling nietig in den vorm was, dan wel, of zij slechts aanleiding tot vernietiging gaf.

1) Art 1367 B. Wb. Art. 1125 C. N.

2) Cours de Droit Civ. VI. bl. 106, 107. VII, bl. 690 vv.

3) MARBEAU, Traité des Transactions, Paris 1824, n°. 52, bl. 30. DE PINTO t. a. p. § 853 bl. 509.

MARBEAU verstaat hier onder nietigheid bepaaldelijk, nietigheid in den vorm, d. i. in de uitwendige gedaante der akte.

Zijns inziens is de handeling door den minderjarige, op eigen gezag aangegaan, dan slechts voor vernietiging vatbaar, wanneer hij daardoor nadcel heeft geleden. Let men evenwel op art. 1124 C. N. waarbij de minderjarige onbekwaam wordt verklaard tot het treffen van overeenkomsten, dan mag men aan de juistheid dezer bewering twifelen.

Liever meenen wij, dat elke handeling door den pupil aangegaan nietig is; want naar het Fransche regt, *vertegenwoordigt* de voogd den minderjarige, even als naar het onze; de spreekwijze van *l'autorisation du Tuteur* herhaaldelijk bij de Fransche schrijvers voorkomende, is oneigenlijk.

Tot den vorm der overeenkomst behoort alzoo, dat de voogd haar heeft aangegaan voor den minderjarige. Volgens art. 1311 C. N. zouden wij den minderjarige dan ook bevoegd achten, om de vernietiging te vragen eener dading, welke hij zelf heeft gesloten, voor zoover namelijk hij deze na zijne meerderjarigheid niet heeft bekrachtigd. Wij stellen den minderjarige naar het Fransche regt, hier in denzelfden toestand, als waarin hij bij art. 1492 van ons Wetboek voorkomt.

Wanneer de bewering van MARBEAU door gaat, zoo zou art. 1311 C. N. overbodig mogen worden gerckend, bij hetgeen in art. 1338 C. N. van acten van erkenning wordt gezegd.

De vordering tot herstel wegens benadeeling ¹⁾, welke

1) Art. 1305 C. N. La simple lésion donne lieu à la rescission en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions.

naar het Fransche regt, aan den minderjarige toekomt, in alle die gevallen, waarin hij door eene overeenkomst schade lijdt, komt in ons regt niet voor. Naar het Fransche regt zal de minderjarige haar kunnen instellen, ook tegen iedere handeling van zijnen voogd, al heeft deze de formaliteiten vervuld, welke de wet hem oplegt. De eenige uitzondering hierop zijn volgens art. 1314, C. N., vervreemding van onroerend goed, en boedelscheiding door den voogd, met in achtneming der formaliteiten bewerkstelligd. Deze laatste handelingen namelijk worden ten opzichte van den minderjarige beschouwd, als die van eenen meerderjarige ¹⁾.

Eene dading door den voogd aangegaan en waarbij hij door eene opoffering in geld, den minderjarigen schade heeft toegebracht, zou volg. Art. 1305 in verb. met Art. 1314 C. N. door den minderjarigen wegens benadeeling, kunnen worden bestreden.

MARBEAU ²⁾ kent aan Art. 1314 C. N. den zin toe van Art. 1484 B. Wb., volgens hetwelk *alle* overeenkomsten door den voogd, met inachtneming der voorgeschreven formaliteiten den minderjarige verbinden.

Bij den beperkten zin van gemeld Art. neemt hij zijne toevlugt tot eene vergelijking, en beschouwt hij den voogd als eenen lasthebber, op wien hij dan den regel wil toegepast hebben, dat alle handelingen van den last-

1) Art. 1314 C. N. Lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs..... soit pour aliénation de meubles, soit dans un partage de succession ont été remplies, ils sont considérés, comme s'ils les avaient faits en majorité.

Vgl. MERLIN, rep. de jurisprud. voce Transaction, bl. 90.

2) t. a. p. n°. 53 bl. 34.

hebber, voor zoo ver zij binnen de grenzen der volmagt liggen, den lastgever binden (Art. 1898 C. N.). Op deze vergelijking valt veel af te dingen; hoe zal men den voogd, die ondanks den wil van den minderjarige wordt benoemd, gelijk achten aan eenen lasthebber, wiens verbindtenis uit overeenkomst ontstaat?

Maar zelfs al stond de voogd tot den minderjarige in betrekking als een procurator tot den dominus negotii, dan zou hij toch altijd met eenen algemeenen lasthebber moeten worden vergeleken, en zou hij in die betrekking, volg. Art. 1988 C. N. niet tot het verrigten van daden van eigendom bevoegd zijn.

Terwijl minderjarigen en onder curatele gestelden ons zijn voorgekomen, als onbevoegd tot het treffen van dading, en hunne onbevoegdheid tot de betrekkelijke nietigheid der handeling leidt, doet zich de vraag op, of volgens ons regt, gelijk naar het Romeinsche, de volstreckte nietigheid der dading mag worden aangenomen, in geval eene der partijen nog in de eerste levensjaren, of in eenen toestand van zinneloosheid verkeert?

Wanneer men Art. 1357 tot 1365 B. Wb. aandachtig beschouwt, zoo zal men opmerken, dat de wetgever van de veronderstelling uitgaat, dat feitelijk toestemming is gegeven, maar dat deze niet het resultaat is geweest van vrijen wil, en daarom van onwaarde is. Te regt wordt door Mr. OPZOOMER ¹⁾ aangetoond, dat de wetgever van het standpunt waarop hij zich heeft geplaatst, in Art. 1356 B. Wb. had moeten spreken van de *vrije toestemming*.

1) Het B. Wb. II. bl. 85 vv.

Toestemming is slechts mogelijk waar wil aanwezig is. Niet te veel gelooven wij te zeggen door den zinnelooze, of hem die zich in de eerste levensjaren bevindt, geenen wil toe te kennen; het feitelijk bestaan van toestemming wordt door beide deze toestanden onmogelijk gemaakt. De wetgever vooronderstelt dit feitelijk bestaan, als hij van vernietiging spreekt, en moet zich dus als onbestaanbare overeenkomsten hebben gedacht die, welke door eenen infans of door eenen krankzinnige zijn gesloten.

Als quaestio facti zal de Regter intusschen hebben uit te maken, of de contrahent wezenlijk in eenen toestand verkeerde, waarin hij geacht moet worden geenen wil te hebben gehad.

Wenschelijk ware het voorzeker, dat hieromtrent in ons Wetboek eene bepaling voorkwame, zooals in het Pruisisch Landregt, waarin onderscheiden wordt tusschen personen beneden de zeven en beneden de veertien jaren.

De eersten worden daarin behandeld als de Infantes bij de Romeinen, de laatste worden gelijk gesteld met de Impuberes.

Naar ons Regt is hij die op eigen verzoek, of wegens verkwisting onder curatele is gesteld, even onbekwaam als een minderjarige.

Naar het Fransche Regt wordt aan deze personen een raadsman toegevoegd, en moeten zij, wat hunne bekwaamheid betreft, veeleer vergeleken worden met eenen geëmancipeerde; gelijk deze hebben zij het regt, om hunne inkomsten tot hun nut aan te wenden; men zal dan ook met DURANTON in moeten stemmen, dat deze personen bekwaam zijn, om over hunne inkomsten dading

te treffen ¹⁾. TROPLONG en MARBEAU zijn evenwel van een ander gevoelen ²⁾.

Nog valt op te merken, dat de minderjarigen en onder curatele gestelden, hunne vordering tot nietigverklaring, eener door hen gesloten dading moeten instellen binnen vijf jaren, na den dag hunner minderjarigheid, of van de opheffing der curatele ³⁾.

Door handligting wordt de minderjarige òf met eene meerderjarige gelijk gesteld, (*venia aetatis*) òf verkrijgt hij slechts enkele regten van meerderjarigheid.

Niettegenstaande *venia aetatis* is verleend, kan het zich voordoen, dat de meerderjarig verklaarde niet volkomen bevoegd is om dading te treffen. De Hooge Raad namelijk, kan in de brieven van meerderjarig verklaring bepalen, dat de meerderjarig verklaarde zonder magtiging der arrondissements regtbank zijner woonplaats, niet over zijne onroerende goederen zal mogen beschikken ⁴⁾.

De handligting, waarbij aan iemand bepaalde regten van meerderjarigheid worden toegekend, heeft tweeërlei strekking, t. w. die, om hem het beheer en de beschikking over zijne inkomsten te geven, of die om hem tot het drijven eener fabriek of wel van nering en handel te magtigen ⁵⁾. In het eerste geval is de minderjarige niet verder bevoegd tot het treffen eener dading, dan

1) t. a. p. n°. 409.

2) t. a. p. n°. 49, 81.

3) Art. 1490, B. Wb.

Volg. art. 1304 C. N. hebben de minderjarigen en geïnterdiceerden hiertoe een termijn van tien jaren.

4) Art. 479, B. Wb.

5) Art. 484, B. Wb.

voor zoover deze over zijne inkomsten loopt, en de offering welke hij zich getroost, daaruit wordt bestreden. In het laatste geval mag hij dading treffen over zaken tot zijne fabriek, of tot zijne nering en zijnen handel betrekkelijk, mits hij wegens die dading geen onroerend goed vervreemde of bezware.

Naar het Fransche regt mag de geëmancipeerde, wien het drijven van nering en handel vergund is, zijne onroerende goederen bezwaren, maar niet vervreemden ¹⁾.

Hieruit volgt, dat hij eene dading aan kan gaan, waarbij hij eene Hypotheek van b. v. 100,000 francs, op zijne goederen legt, maar daarentegen op kan komen tegen eene dading, waarbij hij een stuk onroerend goed, hoe klein en van hoe luttel waarde ook, heeft vervreemd. De ongerijmdheid der Fransche bepaling behoeft geen betoog ²⁾.

Als wettelijke vertegenwoordigers, komen voor de minderjarigen op, de voogd of de vader, voor onder curatele gestelden, de curator. Zij allen zijn in hun beheer aan zekere formaliteiten onderworpen. Naar het R. R. moest de onbevoegdheid van den voogd of van den curator, om op eigen gezag dading te treffen, bij analogie worden afgeleid uit de beperking hunner bevoegdheid tot vervreemden. In ons Wetboek wordt de voogd ge-

1) Art. 2 en 6, Code de Commerce.

2) Vgl. Mr. C. ASSER. Het Ned. Wb. vergel. met het Wb. Nap. § 279.

Uit Art. 481 C. N. leiden de Fransche schrijvers af, dat een geëmancipeerde, niet koopman, geene dading mag aangaan, waarbij hij beschikt over meerdere vruchten of inkomsten, dan hij binnen de eerstvolgende negen jaren zou kunnen genieten.

lijk de curator bij het aangaan van dading nitdrukkelijk gesteld onder toezigt der Arrond. Regtb.

Art. 1889, 2^e lid Burg. Wb. zegt:

„Voogden en Curators kunnen geene dading treffen dan zich gedragende, overeenkomstig de bepalingen van den zestienden en achttienden titel des eersten boeks van dit Wetb.”

Nadat art. 465 en 506 3^e lid Bwb. dit reeds hadden vastgesteld, mag de aangehaalde bepaling overtollig heeten.

Voor den vader gelden hier de zelfde regelen, als voor den voogd of den curator, daar art. 364 B. Wb. hem met deze gelijkstelt, bij vervreemding van goederen aan zijne minderjarige kinderen toebehoorende.

De formaliteiten door de wettelijke vertegenwoordigers van meerderjarigen, bij het aangaan eener dading te vervullen, zijn dezelfde, als die bij het vervreemden van onroerend goed voorgeschreven. Zij bestaan hierin, dat de magtiging der Arr. Regtb. moet worden gevraagd, terwijl deze dan eerst het verzoek mag toestaan, wanneer zij in de handeling een klaarblijkelijk voordeel ziet voor den minderjarige, en zij na behoorlijke oproeping, den voogd, toezienden voogd en de bloedverwanten of aangehuwden van den minderjarige, mitsgaders de conclusiën van het openbaar Ministerie heeft gehoord ¹⁾.

Voor de gevallen van curatele moet de curator en toeziende curator benevens de bloedverwanten — voor

1) Art. 451.

De bloedverwanten behooren te worden opgeroepen ten getale van vier, en wel uit de naaste, zooveel mogelijk twee uit elke lienie, art. 388.

die, waarin de minderjarige nog in het bezit zijner beide ouders is, moet de vader worden opgeroepen en gehoord ¹⁾).

Het niet nakomen dezer formaliteiten in het belang van den minderjarige, of den curandus voorgeschreven, geeft hem het regt om tegen de dading op te komen, zoodra hij meerderjarig is geworden, of uit de curatele is ontslagen (art. 1484 Burg. Wb.)

Eene vraag van praktische beteekenis doet zich voor omtrent de magtiging, welke de voogd enz. tot het aangaan eener dading moet vragen.

Tot welke regtbank moet hij zich wenden, wanneer hij wil transigeren en bij die dading eenig onroerend goed van den minderjarige zou willen vervreemden?

Mr. DIEPHUIS en Mr. DE PINTO verschillen in gevoelen ²⁾. Eerstgemelde acht slechts de regtb. der woonplaats van den voogd bevoegd tot het verleenen van magtiging, om onroerend goed van den minderjarige te verkoopen ³⁾; — laatstgenoemde is van oordeel dat ook de Regtbank der plaats, waaronder het goed is gelegen,

1) Art. 355, Burg. Wb.

Wanneer de vader in de onmogelijkheid is, om of het verzoek tot het aangaan eener dading te doen, of om voor den regter te verschijnen om te worden gehoord, zal de moeder kunnen opkomen. art. 255, 2e lid.

Volg. art. 465 C. N. moet de voogd bij het aangaan eener dading zich doen magtigen door den familieraad, welke wordt voorgelicht door drie regtsgeleerden, benoemd door den Procureur-Generaal bij de Regtb. van eersten aanleg; terwijl de dading van eerst geldig is, zoo de Regtb. haar, na verhoor van den Procureur-Generaal, heeft gehomologeerd.

2) t. a. p. II, n^o. 898.

t. a. p. II, § 282.

3) In gelijken zin Arrond. Regtb. te Middelburg 31 Maart 1847, W. 1007.

hiertoe bevoegd moet worden geacht. — Wij verklaren ons voor het eerste gevoelen; de wet toch zwijgt, men moet alzoo uit den aard der zaak besluiten.

Wanneer het de aanvulling eener persoonlijke bevoegdheid geldt, gelijk hier, zoo is de Regtb. der woonplaats de natuurlijke regter.

Moeijelijk valt het Mr. DE PINTO toe te geven, dat het regt door den voogd uit te oefenen, eene soort van zakelijk regt daarstelt.

Evenmin kan men zeggen dat de Regtbank, waaronder het goed gelegen is, wel het best zal kunnen oordeelen of de vervreemding daarvan, den minderjarige voordeelig is; dit hangt geheel van de omstandigheden af. Mogt men willen redeneren, dat deze het gemakkelijkst de gesteldheid van het goed kan onderzoeken, zoo kan men hier tegen opmerken, dat hiervan in de meeste gevallen uit een rapport van deskundigen blijkt.

Bij dading daarenboven, geldt het niet alleen het voordeel van den minderjarige, om zich tegen eenen bepaalden prijs van eenig goed te ontdoen, maar moet men bepaaldelijk vragen, naar het voordeel voor hem in het voorkomen of het beslissen van een geding gelegen.

Het oordeel hierover moet, onzes inziens, aan den regter der woonplaats van den voogd zijn overgelaten.

De magtiging tot dading moet door den voogd ook dan worden gevraagd, wanneer zij loopt over een verschil tusschen den minderjarige en eenen meerderjarigen medeëigenaar, over de uitvoering van het vonnis, waarbij de verkoop van een tusschen hen gemeen goed is bepaald. De uitzondering in art. 455 Burg. Wb. op art. 451 gemaakt, laat zich niet tot dading uitstrek-

ken, welke volgens art. 465 B. Wb. in het algemeen onder regterlijk toezigt is gesteld. Daarenboven laat zich de onbevoegdheid van den voogd, om ooit op eigen gezag, voor den minderjarige dading te treffen, voldoende verklaren, uit de gedachte van den wetgever omtrent zijn bestuur. Uit verschillende plaatsen van ons Wb. blijkt het, dat men de vervreemding van onroerende goederen van minderjarigen, en van hen die met deze gelijk worden gesteld, zooveel mogelijk heeft willen tegengaan. Slechts in geval van noodzakelijkheid of van klaarblijkelijk voordeel voor den minderjarige, wordt zij bij art. 451 B. Wb. toegelaten. De beoordeeling dier gronden heeft men niet aan den voogd overgelaten, maar wijselijk aan een regterlijk collegie opgedragen. De uitzondering welke in art. 455 B. Wetb. op de, als regel aangenomen, kennisneming der Arr. Regtb. wordt voorgesteld, vloeit uit den aard der zaak voort, en komt meer in schijn dan in werkelijkheid, als eene afwijking voor. Wanneer toch de Regtb. bij vonnis den verkoop heeft toegestaan van een onroerend goed, door den minderjarige in gemeenschap met eenen meerderjarige bezeten, zoo heeft zij daardoor werkelijk den voogd tot uitvoering van haar bevel gemagtigd, daar hij de wettelijke vertegenwoordiger des minderjarigen is.

Men komt hierdoor tot het besluit, dat vervreemding van onroerend goed van eenen minderjarige, naar ons regt, nimmer zonder regterlijke magtiging kan geschieden ¹⁾. Bij analogie zoude men dus zonder de onvoor-

1) Van de middelen waardoor de Regtb. van hare goedkeuring doet blijken, is de beschikking op het verzoek des voogds het meest gewone,

die, waarbij over roerend goed wordt beschikt, ook tot het doen eener schenking of het sluiten eener dading; in dien zin zoude men tegen Mr. DE WITTE VAN CITTERS art. 1366 2^e lid B. Wb., hier kunnen toepassen. Wel degelijk toch zal men den voogd moeten rekenen onder *diegenen, aan wie de wet het aangaan van zekere overeenkomsten heeft verboden*. Naar ons oordeel is de voogd niet minder onbekwaam als de minderjarige, om op eigen gezag eene dading aan te gaan. De mede contractant zal zich hier nimmer kunnen beklagen; — art. 465 B. Wb. is te duidelijk, dan dat hij zich niet zou vergewissen, of de voogd behoorlijk is gemachtigd. Heeft hij dit verzuimd, en lijdt hij hierdoor nadeel, „*habet quod sibi imputet*” ¹⁾.

Zien wij nu in hoe verre dading tusschen den voogd of curator met hunnen gewezen pupil, over het door hun gevoerd

1) Mr. DE WITTE v. CITTERS meent, dat de beantwoorders der *wagen in casu*, den voogd aansprakelijk voor schadevergoeding hadden moeten stellen, daar zij op bl. 122 en v. de volgende vraag toestemmend beantwoorden: „Is een verzekeraar gehouden tot vergoeding van schade, door het vergaan van een schip veroorzaakt, wanneer de verzekering door hem met den *boekhouder*, in die qualiteit handelende, is gesloten, en het niet blijkt dat deze van de reeders den last had bekomen om de verzekering te sluiten?

Deze twee vragen kunnen, naar ons oordeel, niet in vergelijking gebragt worden, daar in de laatste naar het omgekeerde van de eerste wordt gevraagd. De voogd toch is zonder magtiging tot dading onbekwaam. Degeen die met hem dading treft, handelt dus met eenen onbevoegden persoon, en heeft geen verhaal op grond van art. 1367, 2^e lid. B. Wb.

In de tweede wordt gevraagd, naar het recht op uitvoering van een contract, dat door eene der partijen onbevoegdlijk is gesloten. — Hier geldt het dus de uitvoering van hem, die bekwaam was om te contracteren, alzoo het omgekeerde van hetgeen in het eerste geval wordt onderzocht.

beheer, kan worden aangegaan. Art. 479 B. Wb. bepaalt hieromtrent, dat elke overeenkomst, rakende de voogdij of de voogdijrekening, tusschen den voogd en zijnen meerderjarig geworden pupil nietig is, wanneer daaraan niet vooraf ging eene behoorlijke rekening en verantwoording, met overlegging van de noodige bewijsstukken, waarvan zal moeten blijken door eene schriftelijke erkenenis van hem, aan wien rekening gedaan is, ten minste tien dagen vóór het aangaan der overeenkomst afgegeven.

Bij art. 506 wordt deze bepaling ook op de curatele toegepast ¹⁾).

De vader kan volgens art. 364 B. Wb. niet aan dezelfde regels onderworpen worden, daar hij, volgens dit art. slechts bij eene *beschikking* over de goederen zijner minderjarige kinderen, zich heeft te gedragen naar de formaliteiten bij voogddij voorgeschreven.

Hierdoor ontstaat eene tegenstrijdigheid, tusschen de gevallen waarin hij als vader, en die, waarin hij als voogd het beheer over de goederen zijner kinderen heeft gevoerd.

Wat de schriftelijke erkenenis aangaat, waarvan art. 470 B. Wb. gewaagt, zij zal moeten worden geregistreerd, om ten bewijze te kunnen dienen, dat zij tien dagen voor het aangaan der dading is afgegeven.

Ook getrouwde vrouwen zijn door ons opgenoemd onder hen die onbevoegd zijn, om op eigen gezag dading aan te gaan. Het is hier de plaats om die onbevoegdheid nader te bepalen.

1) Vgl. MARBEAU, t. a. p. n^o. 72 en 73.

Zonder bijstand van haren man kan de vrouw noch vervreemden, noch verkrijgen ¹⁾).

In den regel zal de man zijne vrouw uitdrukkelijk moeten magtigen; als uitzondering hierop, kan de vrouw stilzwijgend gemagtigd worden tot het uitoefenen van nering, het drijven van handel, en is zij bevoegd zoolang de man zijne toestemming niet heeft ingetrokken, om zonder zijnen bijstand in en omtrent alle zaken dien handel betreffende, zich te verbinden ²⁾).

Als openbare koopvrouw, zal zij dus zonder bijstand van haren man, ter zake van haren handel ook dading kunnen treffen.

De weigering van den man, om zijne vrouw te magtigen, snijdt haar den weg niet onvoorwaardelijk af tot het treffen eener dading; zij kan hier even als in die gevallen, waar zij in de onmogelijkheid is, om zijne toestemming te verkrijgen, magtiging van de Arr. Regtb. vragen ³⁾).

Bij huwelijksche voorwaarden kan de vrouw zich het vrije genot harer inkomsten hebben bedongen; bij scheiding van goederen, kan haar zelfs door den Regter de beschikking over hare roerende goederen worden gegeven. Evenzoo kan bij huwelijksche voorwaarde bepaald zijn, dat er scheiding van goederen tusschen de echtgenooten plaats zal hebben. In geen dezer gevallen, behalve in dat van scheiding van goederen door den regter uitgesproken, zal de vrouw volgens art. 163 B. Wb. op eigen

1) Art. 163 B. Wb.

2) Art. 168, 1e lid B. Wb.

3) Art. 167 B. Wb.

gezag dading mogen treffen. Ook naar den inhoud van art. 217 C. N. geheel overeenkomende met het zoo even aangehaalde van ons Wetb. achten wij hetzelfde in den regel waar, volgens het Fransche regt ¹⁾).

De man, als hoofd der echtvereeniging, is gerechtigd om de goederen tot de gemeenschap behoorende, te verkoopen. Hij kan daarover dan ook dading treffen. Bij huwelijksche voorwaarden evenwel, kan het hem ontzegd worden om zonder toestemming zijner vrouw, de door haar ten huwelijk aangebragte onroerende goederen, inschrijvingen op het Grootboek, en andere ten haren naam staande inschulden te vervreemden of te bezwaren. Hetzelfde is bij de wet bepaald, voor de onroerende goederen, welke de vrouw persoonlijk toebehooren.

Hoe de man in die gevallen onbevoegd is om eene dading aan te gaan, waarbij hij van die goederen vervreemd of bezwaart, is duidelijk.

Tusschen echtgenooten moet dading, naar ons oordeel, even zoo beschouwd worden, als koop en verkoop. Dezelfde redenen, welke tegen deze laatste overeenkomst pleiten, gelden ook tegen de eerste. Het „*nemo potest auctor esse in re sua*” door PORTALIS aangevoerd bij het „*Exposé des motifs du Titre de la vente*,” geldt ook hier. Evenzoo bestaat bij dading de vrees, dat de man, om daartoe te geraken, misbruik van gezag zou kunnen maken, of wel, dat de vrouw door overreding haren man zou kunnen bewegen in zijn nadeel tot het treffen van zulk eene overeenkomst.

1) Zie daarentegen TROPLONG t. a. p. 50.

MARBEAU n. 94.

DURANTON, t. a. p. 409.

Deze gronden door MARBEAU aangevoerd voor de nietigheid der dading, naar het Fransche regt, mogen ook door ons worden overgenomen, daar hetzelfde dat in den Code plaats heeft gehad, ook in ons Wetb. moet worden opgemerkt. In beide wetgevingen namelijk wordt niet van dading tusschen echtgenooten gehandeld; — hetgeen omtrent koop en verkoop tusschen echtgenooten bepaald is, bij art. 1595 C. N., vindt men in art. 1503 B. Wb. terug.

Stelt men dading tusschen echtgenooten met koop en verkoop gelijk, zoo moet men ook de uitzonderingen overnemen, welke op de nietigheid dezer laatste overeenkomst zijn aangenomen. Zoo moet dading tusschen echtgenooten voor geoorloofd worden gehouden:

- 1°. Over de voldoening van hetgeen aan een' der echtgenooten bij scheiding van goederen naar regten toekomt.
- 2°. Omtrent geschillen, welke zouden kunnen ontstaan wegens eene overdracht van goederen door den man aan zijne vrouw gedaan uit eene wettige oorzaak, zoo als de belegging harer vervreemde goederen, of van penningen haar toebehoorende, indien namelijk die goederen of penningen van de gemeenschap zijn uitgesloten.
- 3°. Eindelijk over de overdracht van goederen, door de vrouw aan den man te doen, tot betaling eener som, welke zij hem als huwelijksgoed heeft beloofd, voor zoo ver die goederen van de gemeenschap zijn uitgesloten.

Behoudens echter in deze drie gevallen, de regten der erfgenamen van de handelende partijen, indien eene van

laatstgemelde alzoo eenig zijdelingsch voordeel mogt hebben bekomen ¹⁾.

Gelijk koop en verkoop, is ook dading tusschen echtgenooten volstrekt nietig. Zij kan dus door elk der partijen, hare erfgenamen, en zelfs door hare schuldeischers worden ontkend.

Buiten den voogd, den curator en den vader kent de wet nog andere bewindvoerders; in de eerste plaats moet hier genoemd worden de curator, aan wien, volgens art. 519 B. Wb. het beheer der goederen van eenen afwezigen is opgedragen. Volgens art. 520 zijn op zijn beheer de bepalingen omtrent dat der voogden, toepasselijk.

Niet minder onbevoegd zijn de uitvoerders eener uiterste wilsbeschikking. Hunne taak bepaalt zich tot het in gereden toestand brengen van den boedel ²⁾, en tot het ten uitvoer leggen des uitersten wils. Art. 1061 ontzegt hun bepaaldelijk de bevoegdheid om de goederen der nalatenschap te verkoopen, om haar in eenen toestand van deeling te brengen ³⁾.

Voor den bewindvoerder, welke benoemd wordt ter

1) MARBEAU zou volgens het Fransche regt, ook dan nog eene dading tusschen echtgenooten voor geldig willen houden, indien zij was aangegaan, op het advies van drie regtsgeleerden, door den Procureur-Generaal (Procureur du Roi), benoemd, en was gehomologeerd door de Regtb., nadat een familieraad, uit bloedverwanten der vrouw bestaande, haar had goedgekeurd.

Deze meening strijdt o. i. met den regel, dat uitzonderingen niet mogen worden uitgebreid.

2) Art. 1058 B. Wb.

3) Zie vonnis Arr. Regtb. Amsterdam v. 31 Mei 1843.

Vgl. vonnis van dezelfde Regtb. R. Bijl. V. 679—681.

vertegenwoordiging van den mede-erfgenaam, die weigeren mogt mede te werken tot eene wettelijk bevolen boedelscheiding, gelden volgens art. 1117 B. Wb. dezelfde bepalingen als voor den curator eens afwezigen.

Omtrent de bevoegdheid van den curator eener onbeheerde nalatenschap, zouden sommigen welligt twijfelen, daar de regels, welke bij voogdij gelden, voor zijn beheer niet zijn ingeroepen, en men integendeel volgens art. 704 Wetb. v. B. Rv. in verband met art. 684, 685 en 690 van hetzelfde Wetb. mag besluiten, dat hij, mits in het openbaar, tot verkoop bevoegd is.

Eene redenering *argumento a contrario* uit den regel: „wie niet vervreemden mag, kan niet transigeren”, is hier echter bedenkelijk. Den curator hier bedoeld, is bepaaldelijk beheer opgedragen; slechts voor het geval van verkoop vindt men zijne magt uitgebreid, en dat welligt hierom, omdat het dikwerf van belang kan zijn, dat er spoedig tot den verkoop van goederen worde overgegaan. De bevoegdheid hiertoe aan den Curator gelaten, levert geen bezwaar op, daar de goederen bij openbaren verkoop, geacht kunnen worden, hunne waarde op te brengen. Eene dading daarentegen, door den curator op eigen gezag gesloten, zou ligtelijk tot nadeel van den boedel kunnen strekken, daar het hier veelal op schrandtheid en doorzicht van zaken aankomt.

Volgens art. 884, Wetb. v. Kh. zijn ook de curators in een faillissement bij het treffen van dading, onder toezicht der Arr. Regtb. gesteld¹⁾. De reden hiervan ligt in

1) Evenzoo de Curators in den boedel van iemand, die in staat van kennelijk onvermogen is verklaard. Art. 897 Wb. v. B. R.

de wijze, waarop de vereffening des boedels in ons regt geschied. Het faillissement namelijk wordt daarin als een proces behandeld ¹⁾).

Art. 884 Wb. v. Kh. spreekt beperkend van dading met de *schuldenaren* van den boedel. De reden, waarom slechts met de schuldenaren, niet met de schuleischers dading kan worden getroffen, ligt voor de hand.

Eerst door de plaatsing op de lijst van erkende schuldeischers, krijgt hij, die eene vordering heeft, regt op hetgeen de boedel op zal brengen. Die plaatsing is het gevolg van het bewijs der dengdelijkheid zijner vordering, dat bij de verificatie, dus in tegenwoordigheid der overige schuldeischers, moet worden geleverd ²⁾).

Eerst door de erkenning van zijne medeschuldeischers krijgt hij eene plaats op de lijst. Als eene verkorting van het regt van oppositie der overige schuldeischers, zou dus moeten worden aangemerkt eene dading met hem door de Curators gesloten.

Bij de verificatie zal er onder goedkeuring der overige schuldeischers, dading kunnen worden getroffen, ter voorkoming van een geding voor de regtb. omtrent zijne toelating.

Onder de schuldenaren van den boedel zal men te verstaan hebben, zoowel die van den falliet, als die van de massa ³⁾), want daar het faillissement eenmaal onder het toezigt der regtb. is gesteld en de geheele regeling van den boedel aan haar oordeel is onderworpen, is er geene reden waarom haar vertegenwoordiger, de Regter-com-

1) Zie Mr. HOLTJUS, Faillieten-Regt, bl. 196.

2) Art. 825, Wetb. van Kooph.

3) Zie Mr. HOLTJUS t. a. p. ad art. 882.

missaris, ook niet magtiging zou kunnen verleenen tot het aangaan eener dading, over eene vordering welke na het uitspreken van het vonnis van faillietverklaring, door den boedel tegen derden is verkregen.

Zien wij nu in hoeverre de vertegenwoordiger uit vrije beweging tot het treffen van dading bevoegd is.

Kan de negotiorum gestor naar ons regt transigeren? De dominus negotii is verplicht, volgens art. 1393 B. Wb. om de verbindtenissen, in zijnen naam gesloten, uit te voeren, wanneer deze daarbij zijn belang behoorlijk in het oog heeft gehouden. Onder behoorlijke waarneming meenen wij te moeten verstaan, dat de negotiorum gestor zooveel mogelijk getracht heeft den wil van den dominus te kennen. Wanneer hij b. v. weet, dat deze een geding heeft aangevangen met het voornemen om dit tot het einde toe te voeren, b. v. welligt uit plaagzucht jegens de tegenpartij, zoo als zich wel eens voordoet, zoo zal hij den dominus niet verbinden door eene dading. Waar hij den wil niet heeft kunnen kennen, handelt hij behoorlijk, wanneer hij door het aangaan der dading naar zijn beste weten in het belang van den Dominus Negotii heeft gehandeld.

Eindelijk moet hier nog worden opgemerkt, dat hij bepaald in naam van den dominus de dading moet hebben aangegaan; had hij b. v. op zijn eigen naam voor dezen dading getroffen, zoo zou hij noch zich zelven, noch hem hebben verbonden ¹⁾. Heeft hij daarentegen op zijn' naam en als voor zich zelven gehandeld, zoo is natuurlijk de dominus niet verbonden; deze zal

1) Art. 1351 B. Wb.

echter zijnen zaakwaarnemer behooren schadeloos te stellen voor hetgeen hij wegens dading mogt hebben gegeven ¹⁾).

Algemeene lasthebbers zijn naar ons regt tot het treffen van dading onbevoegd; — hiertoe behoort men uitdrukkelijk last te hebben gekregen (art. 1833, 2° lid B. Wb.).

Genoeg hiermede over de bevoegdheid van natuurlijke personen; — thans nog een woord over die der regtspersonen.

Van deze zegt art. 1389, 3° lid, B. Wb.:

„De gemeenten en andere openbare instellingen kunnen geene dading treffen, dan met inachtneming der formaliteiten, voorgeschreven bij de wetten die haar betreffen.”

Naar ons oordeel worden hier, gelijk op andere plaatsen in ons Wetb. de verschillende soorten van regtspersonen, daarin *zedelijke lichamen* genoemd, niet duidelijk onderscheiden. Onder *openbare instellingen* zal men hebben te verstaan die zedelijke lichamen, welke bij de wet zijn ingesteld of erkend.

Tegen deze staan de regtspersonen over, welke zonder eigenlijke oprigting bestaan, waarvan art. 1889, B. Wb. er slechts ééne noemt, de gemeente namelijk, maar waartoe men ook de Staat, de Provincie, de Waterschappen enz., waar zij als burgerlijke personen optreden, moet brengen. Ook deze zijn bij het treffen van dading veelal aan toezigt onderworpen.

Voorts zal men als zedelijk ligchaam moeten beschouwen elke vereeniging van personen, welke met een ander geoorloofd doel, dan dat van handel te drijven

1) Art. 1393 B. Wb.

missaris, ook niet magtiging zou kunnen verleenen tot het aangaan eener dading, over eene vordering welke na het uitspreken van het vonnis van faillietverklaring, door den boedel tegen derden is verkregen.

Zien wij nu in hoeverre de vertegenwoordiger uit vrije beweging tot het treffen van dading bevoegd is.

Kan de negotiorum gestor naar ons regt transigeren? De dominus negotii is verplicht, volgens art. 1393 B. Wb. om de verbindtenissen, in zijnen naam gesloten, uit te voeren, wanneer deze daarbij zijn belang behoorlijk in het oog heeft gehouden. Onder behoorlijke waarneming meenen wij te moeten verstaan, dat de negotiorum gestor zooveel mogelijk getracht heeft den wil van den dominus te kennen. Wanneer hij b. v. weet, dat deze een gedding heeft aangevangen met het voornemen om dit tot het einde toe te voeren, b. v. welligt uit plaagzucht jegens de tegenpartij, zoo als zich wel eens voordoet, zoo zal hij den dominus niet verbinden door eene dading. Waar hij den wil niet heeft kunnen kennen, handelt hij behoorlijk, wanneer hij door het aangaan der dading naar zijn beste weten in het belang van den Dominus Negotii heeft gehandeld.

Eindelijk moet hier nog worden opgemerkt, dat hij bepaald in naam van den dominus de dading moet hebben aangegaan; had hij b. v. op zijn eigen naam voor dezen dading getroffen, zoo zou hij noch zich zelven, noch hem hebben verbonden¹⁾. Heeft hij daarentegen op zijn' naam en als voor zich zelven gehandeld, zoo is natuurlijk de dominus niet verbonden; deze zal

1) Art. 1351 B. Wb.

echter zijnen zaakwaarnemer behooren schadeloos te stellen voor hetgeen hij wegens dading mogt hebben gegeven ¹⁾).

Algemeene lasthebbers zijn naar ons regt tot het treffen van dading onbevoegd; — hiertoe behoort men uitdrukkelijk last te hebben gekregen (art. 1833, 2° lid B. Wb.).

Genoeg hiermede over de bevoegdheid van natuurlijke personen; — thans nog een woord over die der regtspersonen.

Van deze zegt art. 1389, 3° lid, B. Wb.:

„De gemeenten en andere openbare instellingen kunnen geene dading treffen, dan met inachtneming der formaliteiten, voorgeschreven bij de wetten die haar betreffen.”

Naar ons oordeel worden hier, gelijk op andere plaatsen in ons Wetb. de verschillende soorten van regtspersonen, daarin *zedelijke lichamen* genoemd, niet duidelijk onderscheiden. Onder *openbare instellingen* zal men hebben te verstaan die zedelijke lichamen, welke bij de wet zijn ingesteld of erkend.

Tegen deze staan de regtspersonen over, welke zonder eigenlijke oprigting bestaan, waarvan art. 1889, B. Wb. er slechts ééne noemt, de gemeente namelijk, maar waartoe men ook de Staat, de Provincie, de Waterschappen enz., waar zij als burgerlijke personen optreden, moet brengen. Ook deze zijn bij het treffen van dading veelal aan toezigt onderworpen.

Voorts zal men als zedelijk ligchaam moeten beschouwen elke vereeniging van personen, welke met een ander geoorloofd doel, dan dat van handel te drijven

1) Art. 1393 B. Wb.

zijn opgerigt. Tot deze zedelijke lichamen werden in de Mem. van Toel. gerekend, vereenigingen tot nut en vermaak, gezelligheid, bevordering van kunsten en wetenschappen, weldadigheid ¹⁾).

Ten laatste noemen wij de vennootschappen van koop-handel.

Alle deze zedelijke lichamen hadden oorspronkelijk, volgens art. 1692 B. Wb., het karakter van *regtspersoonlijkheid*, daar zij, mits zich gedragende naar de wetten en verordeningen haar betreffende, burgerlijke handelingen konden aangaan, en in regten konden optreden. Door de wet van 22 April 1855, *op het regt van vereeniging en vergadering*, Stbl. n^o. 32, is hierin echter verandering gebragt. Volgens art. 12 dier wet, kunnen zedelijke lichamen slechts dan burgerlijke handelingen aangaan, wanneer zij zijn erkend ²⁾. Hierdoor vervallen als regtspersonen die zedelijke lichamen, welke in de Mem. van Toel. als vereenigingen tot nut en vermaak enz. werden aangeduid, voor zoo ver zij niet erkend zijn.

Eene dading door de bestuurders van een zoodanig ligchaam, niet door den Koning of bij de wet erkend, zou volgens art. 12 van gemelde wet slechts hen verbinden. Al naarmate zij als bepaalde lasthebbers, of als *negotiorum gestores* hebben gehandeld, zullen zij evenwel op de leden de opofferingen kunnen verhalen, welke zij in het belang van het zedelijk ligchaam, wegens die dading zich hebben getroost.

Naar aanleiding van gemelde wet moet hier achter-

1) Zie VOORDUIN, t. a. p. bl. 313 en v.

2) Die, welke voor minder dan 30 jaren zijn opgerigt, kunnen door den Koning, — alle anderen moeten bij eene wet worden erkend.

cenvolgens worden onderzocht, de bevoegdheid der verschillende rechtspersonen.

De Staat komt voor als burgerlijk persoon, zoo dikwerf hij handelingen van burgerlijk recht pleegt. Wat betreft het aangaan van dadingen zal men sedert de wet van 22 Dec. 1850, Stbl. n^o. 99 moeten onderscheiden naar de hoegrootheid der zaak, waarover dading wordt getroffen. Geldt de dading een verschil omtrent dominale regten, zoo kan zij, indien de waarde der zaak in geschil, de som van f 3000 niet te boven gaat, door den Koning worden gesloten ¹⁾. Gaat zij daarboven, dan moet zij door de wetgevende magt worden goedgekeurd, d. i. door den Koning en de beide Kamers ²⁾.

1) Volgens Art. 2 aangeh. wet, geschiedt de berekening der waarde als volgt: Het kadastraal inkomen van het betrokken goed, wordt als maatstaf aangenomen, voor zoo ver het goed zich nog bevindt in den zelfden toestand als ten tijde der kadastrale schatting, door 25 vermenigvuldigd, en in andere gevallen eene schatting door deskundigen. De schatting zal geschieden door twee voor den Kantonregter beëdigde deskundigen, wederzijds een te benoemen, welke van hunne verrigting proces-verbaal opmaken. Wanneer zij van gevoelen verschillen, benoemt de kantonregter eenen derden deskundige, die, na beëdiging mede de waarde schat, en hier van proces-verbaal opmaakt. Ingeval de schatting van den derden deskundigen gelijk staat met die van een der twee eerste deskundigen, dan zal deze tot maatstaf strekken.

Bestaat er verschil tusschen de drie schattingen, dan zal het juiste een derde gedeelte van het gezamentlijk beloop der drie schattingen tot maatstaf genomen worden.

De processen-verbaal van schatting worden aan de acten van Dading gchecht.

2) Voorbeelden van dergelijke wettelijk goedgekeurde dadingen kan men vinden in de wet van 17 Dec. 1851 St.bl. no. 168, behelzende eene dading over dominale eigendomsregten onder de gemeente Zaamslag, evenzoo in die van 24 Junij 1854, St.bl. no. 91, houdende goed-

In ieder ander geval, waarin de Staat eene dading zou treffen, waarbij hij tot geldelijke opoffering zou moeten besluiten, zal het Departement van algemeen bestuur, onder welks ressort de zaak in geschil behoort, in den regel hiertoe onbevoegd zijn, maar zal volgens art. 1889 B. Wb. de wetgevende magt hare goedkeuring hieraan moeten geven ¹⁾.

Uitzonderingen hierop komen voor, in de wet van 22 Mei 1845, Stbl. n^o. 22, waarbij gezegd wordt, dat in zaken van rijksbelasting over ligte overtredingen dading kan worden getroffen ²⁾.

Volgens de wet op de Jagt- en Visscherij van 6 Maart 1852, Stbl. n^o. 47, kan men de vervolging wegens overtreding voorkomen door het maximum der boete met de kosten te betalen, en de voorwerpen, aan verbeurdverklaring onderworpen, vrijwillig af te geven, of de waarde daarvan te voldoen.

Gelijk de Staat komt ook de *Provincie* voor als burgerlijk persoon; in de uitoefening harer burgerlijke regten staat zij evenwel onder toezigt.

Volgens art. 133 der Prov. wet, van 6 Junij 1850, Stbl. n^o. 39, mogen de Provinciale Staten niet zonder 's Konings goedkeuring provinciale eigendommen verkopen, verruilen of vervreemden, noch eene dading daarover aangaan.

keuring eener dading tusschen het bestuur der domeinen en het heemraadschap *Mark* en *Dintel*.

1) Art. 1889 1e l. B. Wb. „Om eene dading te treffen, moet men de bevoegdheid hebben om over de onderwerpen, in de dading begrepen, te kunnen *beschikken*.”

2) Zie Algem. Instr. tot uitvoering dezer wet van 18 Aug. 1845, no. 61, § 28.

Wat beteekent het verbod den Provincialen Staten gedaan, om op eigen gezag over Provinciale eigendommen dading te treffen?

Mr. DE LA BASSECOUR CAAN vat het op, als strekte het zich slechts uit tot *vervreemding* ter zake van dading.

Onzes inziens heeft het eene ruimere beteekenis. Wanneer toch bij dading over een eigendomsgeschil eene der partijen afstand doet van hare bewering, zoo geeft zij hierdoor nog geen regt op, daar het juist twijfelachtig is, wie der partijen in hare tegenstrijdige bewering gelijk had.

De opoffering eener bewering bij dading, heeft, zoo als meermalen is gebleken, niet noodwendig den afstand van eenig eigendom ten gevolge; evenzoo laat het zich hier denken, dat Provinciale Staten een geding zouden willen voorkomen of eindigen, waartoe eene bewering van hunne zijde heeft geleid. Trekken zij die in, zoo zal de andere partij hen moeten schadeloos stellen, maar zijn zij niet tot grootere verplichting bij die dading gehouden ¹⁾.

Daarom kan het verbod hier bedoeld, zich niet slechts bepalen tot vervreemding van eigendom, maar moet het zich ook uitstrekken, tot eene opoffering van bewering bij dading ²⁾.

1) Zie bl. 113 noot 2^o.

2) Handleid. tot de kennis van het Administratief Regt in Nederland, 1857, II bl. 63. „Omtrent het aangaan van dading *zwijgt* (?) de Prov. Wet,” zoodat het onzeker is, of de Prov. Staten hiertoe bevoegd zijn.

Art. 1889 B. Wb. zegt: „dat om eene dading te treffen men de bevoegdheid moet hebben, om over de onderwerpen in de dading begrepen, te beschikken, en dat gemeenten en openbare instellingen geene dading kunnen treffen dan met inachtneming der formaliteiten voorgeschreven

In art. 132 ligt dit opgesloten. Vervreemding en dading worden daarin ieder afzonderlijk genoemd. De laatste handeling zal dus van de eerste moeten worden onderscheiden.

Hierdoor komt men tot het besluit, dat de Prov. Staten of beter gezegd de Gedeputeerde Staten, zonder 's Konings goedkeuring, nimmer dading mogen treffen over verschillen, omtrent Provinciale regten of eigendommen ¹⁾.

De besluiten der *Gemeente-besturen* zijn, volgens art. 141 der Grw. aan de goedkeuring van Prov. Staten onder-

bij de wetten die haar betreffen. „Daar de Prov. Wet nu geene formaliteiten voorschrijft, en omtrent het aangaan van dadingen, behalve over Provinciale eigendommen, zie art. 132, niet spreekt, gelooven wij, dat de gewestelijke vertegenwoordiging hier toe onbevoegd is. Wij hopen dat wij ons vergissen, want het zou zeer te betreuren zijn, indien de Prov. Wet niet gedooft dat er eene dading, welke dikwijls een langdurig en kostbaar proces zal voorkomen, worde getroffen.”

Met deze redenering zal men zich moeilijk kunnen vereenigen: Vooreerst mag men den geachten schrijver niet toegeven, dat de Prov. Wet van dading zwijgt, gelijk hij trouwens zelf later erkent, maar daarenboven laat zijne gevolgtrekking uit art. 1889 B. Wb. zich niet regtvaardigen.

Bij dit artikel worden de gemeenten en openbare instellingen niet volstrekt onbevoegd verklaard, maar wordt haar de verplichting opgelegd, om zich te onderwerpen aan de wetten of verordeningen waaronder zij staan. Hield gemeld artikel eene bepaling van volstreekte onbevoegdheid in, dan zoude men het strijdig moeten achten, met art. 1691 B. Wb.

O. i. zouden Gedeputeerde Staten indien de Provinciale Wet inderdaad over dading zweeg, juist volgens art. 1889 B. Wb. volkomen bevoegd moeten worden gerekend.

1) Mr. DIEPHUIS schijnt van onze meening als hij zegt, t. a. p. bl. 471: „voor de Provincie besluiten volgens art. 132 der wet van 6 Julij 1850, St.bl. no. 39, de Staten tot treffen van dadingen, maar behoeven volgens art. 133 daarop des Konings goedkeuring.”

worpen, indien daarbij namelijk de vervreemding van gemeente-eigendommen mogt zijn vastgesteld; de gemeente-besturen staan voorts onder dit zelfde toezigt wanneer de wet dit bepaalt. Bij art. 194 l. g. der gemeente-wet van 29 Junij 1851, St.bl. n°. 85, wordt dading onder dit toezigt gesteld.

Onder de wet van 29 April 1819 St.bl. n°, 15, waren de gemeente-besturen bevoegd tot het treffen van dading in zake van plaatselijke belasting. Deze wet is echter vervallen, door art. 283 der gemeente-wet, waarbij hun deze bevoegdheid niet meer wordt verleend ¹⁾.

De *Waterschappen* worden bij art. 192 der Grw. onder het opperbestuur der Prov. Staten gesteld ²⁾. Deze hebben het regt, om hunne reglementen vast te stellen, en kunnen daarin dus ook bepalen, dat het waterschap, waarvoor zoodanig reglement dienen moet, zonder hunne toestemming niet dading mag treffen. Intusschen wordt in menig reglement hun hiertoe de bevoegdheid gelaten ³⁾.

Hiertegen is wel eens de bedenking ingebracht, dat art.

1) Zie Missive van 1 Sept. 1853, Bijvoegs. St.bl. XLI, 392.

2) Zie over de magt der Prov. Staten over de Waterschappen Jhr. Mr. J. QUARLES VAN UFFORD, *over de inrigting der Waterschappen*, in Themis XV, bl. 381.

3) Zie bijv. art. 89, H. Heemraadschap van Schieland. Bijv. St.bl. 1851, no. 21, art. 96 van het Regl. op het H. Heemraadsch. van den Alblasserwaard, met Arkel beneden de Zouwe, van 4 Maart 1856 Bijv. St.bl. no. 106. Besluit van Ged. Staten 6 Mei 1856, houdende het bij Kon. Besl. goedgekeurd Reglem. voor de Vijf Heerenlanden, Bijv. St.bl. no. 107, art. 79. Art. 137 Regl. voor het H. Heemraadschap, van den Lekdijk-benedendams, en den Ysseldam, Bijv. St.bl. 1857, no. 79. Art. 94, Reglem. van het Grootwaterschap van Woerden, Bijv. St.bl. 1857, no. 175. Art. 103, l. 2, v. h. Reglem. voor de Waterschappen in de Prov. Utrecht, Bijv. St.bl. 1858, no. 44.

1889, l. 3, B. Wb., als het spreekt van formaliteiten, door de gemeenten en andere openbare instellingen te vervullen, daaronder verstaat, dat zij onderworpen zijn aan een boven haar gesteld ligchaam. Deze meening is onder anderen beleden door Mr. D. LÉON, in de zitting der Prov. Staten van Zuid-Holland, van 27 Nov. 1851.

Omtrent hare juistheid koesteren wij eenigen twijfel; volkomen waar is het, dat de gemeente, het eerst in art. 1889, l. 3 B. Wb. genoemd, volgens het aangehaalde art. der gemeente-wet, bij het treffen van dading onder toezigt staat, maar geenzins vloeit uit het art. van het B. Wb. naar het ons toeschijnt voort, dat de gemeente of de openbare instellingen, daarbij in de tweede plaats genoemd, aan een toezigt *moeten* onderworpen zijn.

Het bepaalt alleen, dat indien haar formaliteiten voorgeschreven *zijn*, zij deze hebben te vervullen. De wetgever heeft daarmede willen zeggen, dat de gemeenten en openbare instellingen niet op eigen gezag dading kunnen treffen, wanneer een wettelijk voorschrift of verordening haar dit verbiedt.

Art. 192 der Grw. bepaalt, dat de Prov. Staten het regt hebben om onder goedkeuring des Konings reglementen voor de waterschappen vast te stellen. Hiermede is het naar wij gelooven, aan hun oordeel overgelaten of zij de bevoegdheid van het waterschap al of niet zal beperken.

Onder openbare instellingen verstaan wij meer bepaaldelijk de kerkgenootschappen en armen-inrigtingen. Bij art. 21 van het Synodaal reglement voor de Diaconiën der Nederl. Herv. Kerk, wordt den Diakenen opgelegd de toestemming te vragen van het klassikaal bestuur, indien zij goederen der Diakonie willen verkoopen of be-

zwaren. Volgens art. 23 van het zelfde reglem. behoeven zij die toestemming ook, tot het voeren van regts-gedingen voor de Diakonie, hetzij eischende, hetzij verwerende. Met eenigen grond mag men hieruit besluiten dat zij diezelfde toestemming tot het aangaan van dading noodig hebben ¹⁾).

De armen-inrigtingen moeten volgens de armen-wet van 1854 worden onderscheiden in vier categoriën, t. w.

- 1°. Staats- Provinciale- of Gemeente-instellingen.
- 2°. Instellingen eener kerkelijke gemeente voor de armen eener bepaalde godsdienstige gezindte, en van wege die kerkelijke gemeente geregeld en bestuurd.
- 3°. Instellingen door bijzondere personen, of door bijzondere niet kerkelijke vereenigingen geregeld en bestuurd.
- 4°. Instellingen van gemengden aard, in welker regeling of bestuur door de burgerlijke overheid, en van wege eene kerkelijke gemeente of door bijzondere personen of bijzondere niet kerkelijke vereenigingen gezamenlijk wordt voorzien.

Art. 16 dier wet bepaalt, dat de besturen van Staats-Provinciale- of Gemeente-instellingen, en van instellingen van gemengden aard, tot het aangaan van *dading*, de magtiging van Gedeput. Staten behoeven, terwijl zij bij weigering van deze, zich tot den Koning kunnen wenden.

Bij de vennootschappen van koophandel hangt het af van den aard der vennootschap en van de bepalingen bij de oprigting, wie der vennoten bevoegd is dading te treffen.

1) Zie G. BRUNA, Reglem. en Besl. v. d. Nederl. Herv. K. 1857, bl. 103.

Bij de vennootschap onder firma, is elk der vennoten, zoo hieromtrent tusschen hen niet anders is overeengekomen, gerechtigd om de vennootschap aan derden, en derden aan de vennootschap te verbinden. Hij is dus evenzeer tot het aangaan van dading bekwaam.

De commanditaire vennoot, welke voor de vennootschap dading heeft aangegaan, wordt daardoor, volgens art. 21 Wetb. van Kh. hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk wegens alle de schulden en verbindtenissen der vennootschap.

De bestuurders eener naamlooze vennootschap, zullen, wanneer hun dit bij de statuten niet uitdrukkelijk is toegestaan, bepaaldelijk moeten gemagtigd worden, om dading te kunnen sluiten, (art. 1833 B. Wb.)

De reederij wordt door den boekhouder vertegenwoordigd, die voor haar in zijne hoedanigheid verbindtenissen kan sluiten; in enkele opzigten is zijne magt wettelijk beperkt, en kan dit nog meer worden door de reeder-cedul — mits hij binnen de grenzen der door de wet of bij overeenkomst gestelde perken blijve, zal hij dading kunnen aangaan.

Eindelijk zij nog opgemerkt, dat eene dading over het beheer van den boekhouder, waarbij de meerderheid der reeders hem van zijne verantwoordelijkheid ontslaat, den overigen het regt niet ontnemt, om hunne aanspraken te doen gelden ¹⁾.

1) Art. 340, Wetb. v. Kh.

HOOFDSTUK III.

HET VOORWERP EN DE VORM VAN DADING.

Om over eene zaak dading te kunnen treffen, moet zij aan deze twee vereischten voldoen: 1°. moet zij aanleiding kunnen geven of reeds gegeven hebben tot een geding, d. i. moet zij in regten betwistbaar (litigieux) zijn; 2°. moet zij tot die zaken behooren, waarover men in het algemeen overeenkomsten kan aangaan.

Het eerste der genoemde vereischten ligt in de bepaling van art. 1888 B. Wb., zoo als reeds boven is gezegd ¹⁾. Uit den aard der handeling naar ons regt, volgt alzoo, dat zij immer een verschil, en wel een zoodanig, waaruit een geding zou kunnen ontstaan, of is ontstaan, tot voorwerp heeft ²⁾.

Uit hetgeen vroeger omtrent het voorwerp der transactie is opgemerkt, zal men een belangrijk onderscheid opmerken,

1) Zie 2^e Gedeelte, Hoofdst. I, bl. 147.

2) Evenzoo naar het Fransche Regt. Zie art. 2041, C. N.

tusschen de zaak waarover naar het R. R. en die waarover naar het onze wordt getransigeerd. Noemt men het voorwerp der transactie eene onzekerheid, geheel oneigenlijk is deze benaming voor het voorwerp der dading. Door de bepaling van ons Wetb. valt toch de objectieve onzekerheid weg, even als de subjectieve, welke wij als voorhanden aanduiden, wanneer twee personen omtrent eene zelfde zaak in gevoelen verschillen, zonder dat uit dezen strijd van meening een geding zou kunnen ontstaan. Het voorwerp van dading is alzoo in bepalen zin de *res lite incerta* der transactie.

Van belang is het, dit onderscheid goed in het oog te houden, daar het dikwerf ten gevolge kan hebben dat zaken, welke voor transactie vatbaar zijn, niet door dading kunnen worden beslist. Geenzins mag dan ook de twijfelachtige benaming van *chose douteuse*, waarmede de Fransche schrijvers, en met name, DURANTON, MARBEAU en TROPLONG, het voorwerp der dading aanduiden, en allermint die van *res dubia* door Mr. DE PINTO ¹⁾ daaraan gegeven, in ons regt worden gebillijkt.

Zoodra een geding bij eindvonnis is beslist, kan er geene vordering over de daarbij uitgemaakte zaak meer worden ingesteld, van daar, dat eene dading na vonnis in kracht van gewijsde, in den regel volstrekt nietig is.

Hierop laten wij onmiddellijk als uitzondering volgen, die gevallen, waar men met eenig bezwaar tegen het vonnis opkomt; zoo zal men o. i. eene dading voor geldig moeten houden, ondanks het gevelde vonnis over de zaak in de dading besloten, indien tegen 's regters uitspraak

1) t. a. p. bl. 613. 2. 3.

de middelen van cassatie, revisie, verzet, of wel van request civiel kunnen worden aangewend.

Evenzoo zal men eene dading kunnen treffen met hem, die in het geding niet als partij is opgetreden, noch daarbij is vertegenwoordigd, en die tegen het vonnis opkomt met het middel van verzet door derden. In alle deze gevallen kan men niet zeggen, dat eene zaak geheel in regten is beslist.

Des te zekerder zal men dading kunnen treffen, wanneer van het vonnis in beroep kan worden gekomen.

In het R. R. kwam hierbij nog eene derde uitzondering, namelijk in geval de regterlijke beslissing nog niet aan de partijen bekend was, toen zij de transactie aangingen; de reden hiervan was gelegen in de omstandigheid, dat eene zaak, hoewel bij vonnis beslist, voor partijen onzeker blijft, zoolang zij nog onkundig zijn van 's regters uitspraak. In ons regt heeft deze reden geene waarde en zou men mogen veronderstellen, dat de bewustheid of onbewustheid van het vonnis niets tot de nietigheid der dading afdoet; men zou daardoor tot het besluit komen, dat dading na vonnis immer nietig is, ten zij er van het vonnis nog op eenige wijze in beroep kon worden gekomen.

Door art. 1899 wordt deze voorstelling evenwel geheel omvergeworpen.

„Eene dading over een geschil,” zoo heet het daar, „waaraan reeds een einde is gemaakt door een vonnis, hetwelk in kracht van gewijsde is gegaan doch waarvan partijen of eene derzelve geene kennis droegen, is nietig. Indien het vonnis waarvan partijen geene kennis droegen, aan eenig beroep onderhevig was, is de dading van waarde.”

Men ziet hier al dadelijk, hoe noodig het is het voorwerp der transactie te onderscheiden van dat der dading. Terwijl de wetgever in art. 1888 tot voorwerp der dading eene in regten betwistbare zaak vordert, redeneert hij hier, als nam hij daartoe veeleer eene *res dubia* aan. Men zal zich intusschen moeten houden aan de bepaling, welke de wetgever zelf heeft gesteld, en mag met eenig regt vragen, of het er iets toe doet dat partijen al of niet geweten hebben, dat de zaak, waarover zij dading treffen, bij vonnis in kracht van gewijsde was uitgemaakt.

Krijgt of verliest zij door het niet weten of weten der partijen, het karakter eener in regten betwistbare zaak?

O. i. moet de toevoeging der woorden: *doch waarvan partijen of eene derzelve geene kennis droegen* aan het eerste gedeelte van voormeld art., overtollig worden geacht.

Sommige Fransche schrijvers ¹⁾ hebben uit art. 2056 C. N. eensluidend met art. 1899 B. Wb. geredeneerd *argumento a contrario*, en aangenomen, dat dading over een vonnis in kracht van gewijsde geldig is, zoo de partijen van het bestaan der regterlijke uitspraak kennis hebben gedragen.

Het Hof van Cassatie heeft volgens het getuigenis van MARBEAU ²⁾ deze leer zelfs in praktijk gebragt.

Eene redenering *argumento a contrario* is immer bedenkelijk, maar hier bepaaldelijk geheel onjuist. Door de geldigheid of nietigheid eener dading afhankelijk te

1) DURANTON 18, no. 430.

TROPLONG, t. a. p. no. 156 en v.

ZACHARIAE, II, § 422 bl. 62, no. 7, in verb. met § 418 bl. 58 no. 3.

2) t. a. p. no. 135.

stellen van het bewustzijn of de onwetendheid der partijen omtrent het bestaan van het gewijsde, ziet men over het hoofd, dat eene zaak welke aldus onherroepelijk is beslist, uit haren aard, ongeschikt voor dading wordt. Ondanks de bewustheid of onkunde der partijen is zij eene *besliste* zaak. De handeling, welke de partijen, na het bestaan van een gewijsde, *transigendi animo* hebben gesloten, moet dus bij gebrek aan voorwerp nietig zijn.

Noch TROPLONG voor het Fransche regt, noch Mr. DIEPHUIS voor het onze geven dit toe; eerstgenoemde na vooraf eene dading over eene zaak bij vonnis in kracht van gewijsde beslist, en van welke beslissing partijen kennis droegen, een geldige dading te hebben genoemd, zegt later, dat zoo zij al den naam van dading niet verdient, zij dan ten minste als onbenoemde overeenkomst moet gelden. Dit laatste wordt door Mr. DIEPHUIS toegestemd, en naar wij gelooven ten onregte. Twee gevallen laten zich hier denken: er is *transigendi animo* gehandeld, of wel, men heeft onder den naam van dading eene andere overeenkomst aangegaan. In het eerste geval kan de handeling geen gevolg hebben; want denkende eene dading aan te gaan, heeft de eene partij moeten beloven het geding niet voort te zullen zetten, en heeft de andere, zich tot eenige opoffering verbonden, als vergoeding voor deze belofte.

Blijkt het nu dat er indedaad niets beloofd is, daar de daad, welke men beloofd had, reeds onmogelijk was geworden, op het oogenblik van het sluiten der overeenkomst, zoo heeft de tegenpartij zich zonder eenige oorzaak, tot eene tegenpraestatie verbonden, en zal zij,

betaald hebbende, de *condictio indebiti* kunnen instellen, of tot betaling aangesproken wordende op dezen grond kunnen excipieren.

In geval daarentegen over het vonnis in kracht van gewijsde een *pactum remissorium* of wel eene andere overeenkomst, onder den naam van dading is aangegaan, geldt natuurlijkerwijze de regel: „plus valet id quod actum quam id quod simulatum est.”

Ook uit het 2^e lid van art. 1899 B. Wb. mag men niet tot het omgekeerde besluiten. Zoo lang een vonnis aan beroep onderhevig is, moet de zaak, daarbij uitgezezen, beschouwd worden als nog in regten betwistbaar, en dus als een geschikt voorwerp der dading.

Het weten of niet weten der partijen kan ook hier niet afdoen tot den aard der zaak.

Wat aangaat het beroep, waarvan deze bepaling gewaagt, wij gelooven met Mr. SCHULLER ¹⁾, Mr. VERNÈDE ²⁾ en Mr. DIEPHUIS ³⁾, tegen Mr. DE PINTO ⁴⁾ aan te mogen nemen dat hieronder elk beroep moet worden verstaan, alzoo ook cassatie, request civiel, enz.

Op de zoo even ontwikkelde gronden, moet ook eene dading voor nietig worden gehouden, welke gesloten is nadat eene der partijen, in regten bekend, of wel den beslissenden of ambtshalve opgedragen eed gezworen had.

Omtrent de geregtelijke bekentenis doet zich eene vraag

1) ad art. 1899.

2) t. a. p. ad art. 1899.

3) t. a. p. n^o. 1101 en 1102.

4) t. a. p. § 1125, n^o. 2.

Vgl. DELVINCOURT, III. bl. 478, tegen hen. Zie MAREKAU, t. a. p. n^o. 135 bl. 87.

voor. Art. 1962 B. Wb. zegt, dat zij een volledig bewijs oplevert tegen hem, die haar in persoon of bij eenen bijzonder daartoe gevolmagtigde, heeft afgelegd.

Bekend is het, dat men tegen den Procureur, die zonder volmagt voor zijnen client heeft bekend, de ontkenenis van geregtelijke verrigting kan doen gelden¹⁾. Gesteld nu het geval, dat een Procureur zonder bijzondere volmagt heeft bekend, zal nu eene dading, welke na die bekentenis is gesloten, voor geldig moeten worden gehouden? Veel zal het hier afdoen, of de partij in wier naam de Procureur bekend heeft, van zijne verrigting kennis heeft kunnen dragen; zoo zal men b. v. eene dading voor geldig moeten houden, welke gesloten is op het oogenblik, waarin de partij nog niet wist van de in haren naam afgelegde bekentenis. Blijkt het daarentegen, dat zij bij het aangaan der dading van de verrigting des Procureurs kennis droeg, zoo zal men de dading als nietig moeten aanmerken, daar hij, die de geregtelijke verrigting van zijnen Procureur niet ontkent, geacht wordt, daarin toe te stemmen.

Dading over zaken, welke bij minnelijke schikking zijn uitgemaakt, is, gelijk vroeger is aangetoond, slechts geldig, indien ondanks deze nog eenig verschil daarover tot een geding aanleiding zou kunnen geven.

Het eerste vereischte in het voorwerp der dading is thans voldoende toegelicht; wij kunnen dus tot het tweede overgaan.

Over welke zaken mag men overeenkomsten treffen? Op deze vraag laat zich dit tweeledig antwoord geven:

1) Art. 263, Wb. v. B. Rv.

1°. over die welke in den handel zijn, en waarover men vrije beschikking heeft; 2°. over die welke niet met de openbare orde of de goede zeden strijden.

Als *publici ordinis* heeft men te beschouwen die regten, welke den staat van eenen persoon uitmaken. Men kan daarover niet beschikken. Hieruit mag men evenwel niet in het algemeen besluiten, gelijk MARBEAU ¹⁾ en Mr. DIEPHUIS ²⁾, dat elke dading, den staat van eenen persoon betreffende nietig is.

Evenmin mag men instemmen met TROPLONG, die onderscheidt of de dading ten voordeele of ten nadeele van den staat is. Overeenkomsten toch kunnen nimmer gezegd worden aan iemands staat voordeelig of nadelig te zijn, want de staat, als uitdrukkende de betrekking van het individu tot de maatschappij, aan wier wetten het onderworpen is, kan niet door overeenkomsten worden gewijzigd.

Maar dikwerf gebeurt het, dat iemands staat wordt betwist, op gronden, welke hem gevaar doen loopen van daarvan te worden ontzet. Die gronden hebben hunne oorzaak, òf in het eigenbelang van eenen persoon, òf in het belang der maatschappij. In het eerste geval achten wij het allezins geoorloofd bij dading een geding over iemands staat te voor komen of te eindigen.

In het laatste achten wij eene dading nietig; want waar iemand het regt van ontkennig van eens anders staat is gegeven, niet slechts in zijn belang, maar ook in dat der geheele maatschappij, kan hij daarvan nimmer afstand doen.

1) t. a. p. bl. 69, no. 13.

2) t. a. p. IX, bl. 473, no. 1076.

Ontwikkelen wij onze meening nader; wanneer iemand zich in het bezit eener nalatenschap stelt, bewerende dat hij het wettig kind van den erflater is, zoo hebben de erfgenamen, indien daartoe gronden zijn, het regt om hem den staat van wettig kind te betwisten ¹⁾.

Dit regt der erfgenamen is een zuiver privaat-regt en vindt zijnen oorsprong in den regel, dat bij erfopvolging bij versterf, de bloedverwanten, zooals de wet die roept, wettelijke erfgenamen zijn. Niets belet dan ook, onzes inziens, dat de erfgenaam zijn regt tot ontkenning bij dading opgeeft, waarvan het gevolg zal zijn dat hij later, indien de hiertoe openstaande termijn nog niet verstreken is, op nieuw de vordering tot ontkenning instellende, met de exceptie van dading zal kunnen worden geslagen.

Daarentegen zoude in het volgend geval de dading nietig zijn; een natuurlijke zoon erkend door zijne moeder, die later met zijnen natuurlijke vader in het huwelijk is getreden, welke laatste verzuimd heeft hem te erkennen, stelt bij het overlijden zijner moeder, eene vordering in tegen zijnen vader, op grond dat deze bij haren uitersten wil ten koste van zijn wettelijk erfdeel, is bevoordeeld.

Bij dading willen partijen dit geding eindigen in dezer voege: de vader verklaart zijnen zoon bij deze te wettigen, de zoon laat hem in het bezit zijner erfportie.

Hier heeft eene der partijen eene onmogelijke daad, als met de openbare orde strijdig, beloofd. Wettiging toch kan niet geschieden bij overeenkomst, maar slechts

1) Art. 311, 1^e l. B. Wb. in verb. met artt. 313, 1^e l. en 314 B. Wb.

bij brieven door den Koning verleend; — wettiging was in dit geval daarenboven volstrekt onmogelijk, daar het kind, slechts door een zijner ouders bij de voltrekking des huwelijks was erkend. Ondanks de dadning zal de zoon dan ook gerechtigd zijn, om de vordering tot aanvulling van zijn wettelijk erfdeel op nieuw in te stellen.

De voltrekking des huwelijks is van openbare orde; — de formaliteiten daarbij te vervullen, zijn bij de wet voorgeschreven. De vordering tot nietigverklaring heeft evenwel haren oorsprong, òf in eene krenking van het privaat-regt, òf in eene schending der openbare orde en der goede zeden. Zoodra een huwelijk nietig zou kunnen worden verklaard, alleen in het eigenbelang van bijzondere personen, achten wij wederom het intrekken of voorkomen dier vordering voor geoorloofd.

Zoo zal b. v. de echtgenoot, die op grond dat zijne toestemming niet was vrij geweest, eene vordering tot nietig verklaring had aangelegd, deze bij dadning kunnen staken.

Dat de bloedverwanten wier toestemming had behoo- ren te worden gevraagd, een geding tot nietigverklaring des huwelijks, op grond van verzuim hiervan ingesteld, bij dadning kunnen eindigen, lijdt bij den duidelijken inhoud van art. 146, 2^e l. B. Wb. geen twijfel.

Maar, berust de vordering tot nietig verklaring eens huwelijks op eene krenking der openbare orde en der goede zeden, zoo zal zij door dadning niet kunnen worden voorgekomen, noch geëindigd. Zoo zal b. v. de nietigverklaring op grond van artt. 84, 87, 88, 89, 90 en 91 B. Wb. niet door dadning kunnen worden uitgesloten.

In alle deze gevallen steunt het regt tot nietigverklaring op het belang der maatschappij, en zal eene dading daarover in strijd zijn met de openbare orde of met de goede zeden.

Om dezelfde redenen zal eene dading tusschen echtgenooten in geval van art. 144 B. Wb. voor nietig moeten worden gehouden.

Eene vraag doet zich evenwel hier nog voor: hoe zal men eene dading moeten aanmerken over een verschil omtrent de wettigheid eens huwelijks, dat niet ten overstaan van den bevoegden ambtenaar van den Burgerlijken Stand is voltrokken? TROPLONG roept hier uit: „*Quel scandale et quelle dérision de les admettre à se prévaloir d'une nullité, dont ils sont les auteurs et qu'ils ont couverte par la cohabitation et par les témoignages les plus solennels d'une volonté libre, réfléchie, persévérante.*”

Naar het ons voorkomt steunt de nietigverklaring, hier door de echtgenooten en de andere in art. 147, 1^e l. B. Wb., opgenoemde personen aan te vragen, bepaaldelijk op de openbare orde¹⁾. Vandaar dat wij met TROPLONG in gevoelen moeten verschillen. Onzes inziens onderscheidt genoemde schrijver niet genoeg de gevallen, waarin eene akte van huwelijksvoltrekking en bezit van staat aanwezig zijn, van die waarin het laatste ontbreekt. In geval er b. v. geene zamenwoning heeft plaats gehad, verliest het betoog van TROPLONG alle kracht. Daarenboven al heeft er zamenwoning plaats gehad, is het de pligt en het belang der echtgenooten, om op nieuw in wettigen vorm een huwelijk aan te gaan.

1) Vgl. Slotbepal. art. 147 en art. 191 C. N.

Het huwelijk als van openbare orde, kan door overeenkomst noch tot stand gebragt noch vernietigd worden.

Eene dading waarbij partijen de betrekking, waarin zij leefden als een huwelijk aanmerken, zou dan ook nimmer wettelijke gevolgen kunnen hebben. Evenzoo eene dading waarbij partijen verklaren mogten, dat zij hun huwelijk als ontbonden beschouwen; — ook in de gevolgen, welke het huwelijk te weeg brengt voor de goederen, welke zij bij het aangaan daarvan bezaten, kan staande huwelijk geene verandering worden gemaakt ¹⁾. Maar wat zal men zeggen van eene dading waarbij de echtgenooten, de wettelijke gemeenschap, of de bedingen bij huwelijk-sche voorwaarden gemaakt, onveranderd laten. Uit art. 1395 C. N. (art. 204 B. Wb.) zou men niet gelijk TROPLONG tot de nietigheid van dergelijke dading mogen besluiten ²⁾.

Een beter argument ligt in de overeenstemming tusschen koop en verkoop en dading staande huwelijk.

Op grond van het hier bedoelde art. 1503 B. Wb. (1595 C. N.), zal men, volgens de eerste daarin voorkomende uitzondering, de bevoegdheid der echtgenooten moeten aannemen tot het treffen van dading over verschillen, omtrent de verdeeling of overdragt van goederen, nadat scheiding van goederen tusschen hen is uitgesproken.

Toetsen wij het ontwikkelde omtrent dading over verschillen betreffende den staat, aan art. 621 Wb. v. B. Rv., waarin Mr. DIEPHUIS de nietigheid van dergelijke dading uitgesproken acht. Dezelfde beschouwing vindt men bij MAR-

1) Vgl. art. 174 2e l. en art. 204 B. Wb.

2) t. a. p. no. 91 en 92.

BEAU, naar aanleiding van het gelijkluidend art. 1004 C. de Procedure.

„Men kan,” zoo luidt het art. in het Wb. van Burg. Regtsv., „op straffe van nietigheid geen compromis aangaan, ter zake van giften en legaten tot levensonderhoud, huisvesting of kleeding, van scheidingen tusschen echtgenooten, hetzij uit den echt, hetzij van tafel en bed, hetzij van goederen, *van geschilpunten die den stand van eenen persoon aangaan*, noch van eenige andere geschillen waarover de wet geene dading toelaat”¹⁾.

Mr. DIEPHUIS geeft aan dit art. eene ruimere beteekenis, dan het inderdaad heeft. Naar het ons toeschijnt, handelt het bepaaldelijk over het compromis en moet men het laatste gedeelte daarvan uitleggen, dat waar geene dading toegelaten is, ook het beroep op het oordeel van scheidsmannen niet geoorloofd is. Geenzins wordt door dit art. verklaard, over welke zaken men geene dading mag treffen, zoo als Mr. DIEPHUIS wil. Men mag tegen genoemden schrijver dan ook aanvoeren hetgeen hij zelf zegt ten betooge, dat de uitsluiting van compromis over giften en legaten tot levensonderhoud, huisvesting en kleeding niet van toepassing is op dading.

„Dat art. 621 Wetb. v. B. Rv. in het slot, spreekt van „eenige andere geschillen, waarover de wet geene dading toelaat,” is geen bewijs, dat dit geldt van alle de voorafgenoemde voorwerpen.” En verder: „Dat geen compromis kan worden aangegaan over onderwerpen,

1) Art. 1004 C. de Pr. On ne peut compromettre sur les dons et legs d'alimens, logement et vêtemens; sur les séparations d'entre mari et femme, divorce, *questions d'état*, ni sur aucune des contestations, qui seraient sujettes à communication au ministère public.

waarover geene dading kan getroffen worden, bewijst ook niet, dat geene dading kan worden aangegaan, waar geen compromis kan plaats hebben."

Hoe MARBEAU uit art. 1004 C. de Pr. dezelfde gevolgtrekking maakt, is moeijelijk te verklaren daar in het Fransche art., in afwijking van het onze, het woord dading (transaction), niet eens voorkomt.

Maar, om tot de vraag terug te keeren over welke zaken men niet heeft het regt van beschikking, en daarover dus ook geene dading aan kan gaan, — hiertoe behooren in de tweede plaats alle verschillen, over eene nog niet open gevallen erfenis. Art. 1370, 2^e l. B. Wb. (art. 1130 C. N.) sluit elk beding daarover uit, waaronder natuurlijker wijze ook dading moet worden begrepen. Ook zonder deze wetsbepalingen zou men tot de nietigheid eener dading *de hereditate futura* moeten besluiten, en wel op grond van gebrek aan een bepaald voorwerp. Hoe toch laat zich een geschil denken, waaruit eene vordering zou kunnen ontstaan, over eene erfenis die nog niet is opengevallen. Daar erfopvolging eerst door den dood ontstaat, zoo worden ook de vorderingen waartoe die erfopvolging leiden kan, eerst na den dood des erfaters geboren. Wie toch zal de geldigheid van een testament betwisten, de *hereditatis petitio*, de vordering tot aanvulling van het wettelijk erfdeel, of die tot afgifte van een legaat instellen, voor dat de erfater gestorven is?

Nu, waar geen geding mogelijk is, d. i. waar geene in regten betwistbare zaak voorhanden is, vervalt ook dading.

Zoo als vroeger is gebleken ¹⁾, kan over eene erfenis

1) Zie Eerste Ged. Hoofdst. III bl. 60 en vv.

geschil ontstaan, hoewel het testament nog niet is geopend. De beslissing van dergelijk geschil door dading, kwam ons tevens voor niet met het regt te strijden. Gelukkig mag men het dan ook rekenen, dat onze wetgever, even als de Fransche, zich niet heeft laten verlokken door de schijngronden welke zijn aangevoerd ten bewijze dat l. 6 D. h. t. dienaangaande een verbod in hield.

Over levensonderhoud is het dan slechts verboden dading te treffen, wanneer dit door de wet verschuldigd is. Art. 384 B. Wb. bepaalt dit in het algemeen voor alle overeenkomsten, waarbij men van het regt op onderhoud afstand zou doen.

Door de uitdrukking „afstand,” zal men niet als ongeldig kunnen aanmerken, evenmin als naar het R. R. eene dading, waarbij de wijze van uitkeering des onderhouds slechts eenigermate wordt veranderd, zonder dat op het regt van genot inbreuk wordt gemaakt. Voorts heeft dit art. ook slechts betrekking op toekomstig onderhoud, en geldt hetgeen hieromtrent vroeger is opgemerkt.

Omtrent dading over levensonderhoud na doode vermaakt, houdt onze wet geen verbod in; daar eene dading hierover op zich zelve niet ongeoorloofd is, zal men bij gebrek aan verbod haar volgens ons regt kunnen sluiten ¹⁾.

Kon de schuldlige naar het R. R. de straf van eene hals-

1) Het Pr. Landregt stelt dergelijke dadingen onder regterlijk toezigt. Een beroep op art. 621 Wb. v. B. Rv. of op art. 1004 C. de Pr. mist alle kracht, zoo als te regt door Mr. DIEPHEUS, en door TROPLONG wordt opgemerkt. Deze artt. spreken van Compromis.

misdaad ontgaan, door zich met zijnen aanklager te verzoenen, naar ons regt, waar de opsporing en vervolging der misdrijven niet meer door de aanklagt van den enkelen burger, maar door een Openbaar Ministerie, als vertegenwoordiger van den Staat geschiedt, kan men aan een dergelijke handeling niet denken. Afwering van de straf, welke de misdadiger moet ondergaan, is onmogelijk. Maar wel heeft men te onderscheiden tusschen het regt, den Staat toekomende, om het misdrijf te straffen, en dat van den burger om schadevergoeding te vragen voor het nadeel, dat hij in zijne goederen geleden heeft, door het plegen der wandaad.

Het regt op schadevergoeding is een zuiver privaatrecht, dat den burger is gegeven bij art. 1401 B. Wb., volgens het welk ieder verplicht is, om de schade te vergoeden, welke hij door zijne onregtmatische daad aan een ander heeft toegebracht.

Het geding, dat uit de obligatio ex delicto kan ontstaan, door dading te voorkomen, is dan ook allezins geoorloofd, zoo als wij bepaald vinden door art. 1890 B. Wb., overeenkomende met art. 2046 C. N.

„Men kan over de burgerlijke belangen, die uit een misdrijf ontstaan, dading treffen.

De dading belet geenszins de vervolging van het Openbaar Ministerie.”

Door sommige schrijvers wordt er met nadruk op gewezen, dat het ongeoorloofd is eene dading over schadevergoeding, welke uit een misdrijf kan worden gevorderd, te treffen vóór dat het misdrijf is begaan. Als reden hiervan geven zij op, dat eene dergelijke dading

eene ongeoorloofde oorzaak zoude hebben, als zijnde eene aanmoediging tot het misdrijf.

Naar het ons voorkomt, strijdt het met den aard der dading naar ons regt, dat zij worde aangegaan over eene nog niet bestaande obligatio ex delicto. Zoolang het misdrijf nog niet is begaan, bestaat er geen regt op schadevergoeding, en kan daarover geen geding ontstaan.

De vordering te voorkomen kan men evenmin door dergelijke handeling beoogen, daar zij berust op het nadeel door eene onregtmatische daad veroorzaakt, en dus het bestaan eener inbreuk op iemands regten vooronderstelt ¹⁾.

In zake van belasting, zoo als ons is gebleken, volgens de wet van 22 Mei 1845, St.bl. n°. 22, en evenzoo in zake van overtredingen op de Jagtwet, kan wegens overtredingen worden getransigeerd. Men denke hierbij evenwel slechts aan die overtredingen, welke met geldboeten zouden worden gestraft; zoodra de overtreding onder de gemeene delicten valt, zal de transactie de vervolging van het O. M. niet kunnen beletten. Zoo zal b. v. in zake van belasting eene opzettelijke fraude niet door dading kunnen worden gedekt; teregt wordt dit uitgedrukt in art. 230 van de wet van 26 Aug. 1822, St.bl. n°. 37 ²⁾.

In Frankrijk heeft het Hof van Cassatie niet genoeg onderscheiden tusschen dading wegens overtredingen in

1) Zie Mr. DIEPHUIS, t. a. p. n°. 1063.

TROPLONG, t. a. p. n°. 60.

2) Vgl. ook art. 22 der Wet van d. 9 October 1841, Stbl. n°. 42, betrekkelijk de regtsmagt der Heemraadschappen.

zake van belasting, waarop geldboete, en over die waartegen lijfstraf was bedreigd ¹⁾).

Bij het onderscheid tusschen de *persecutio poenae* en de *persecutio damni*, kan de vrijspraak van den strafregter niet de vernietiging der dading ten gevolge hebben, evenmin als het aangaan der dading in het strafgeding ten bewijze der schuld kan strekken ²⁾. Wat aangaat het eerste punt: de vrijspraak van den regter, neemt niet weg, dat op het oogenblik toen de dading werd aangegaan, er een verschil bestond, omtrent het regt van schadevergoeding, dat tot eene vordering zou hebben kunnen leiden. Ondanks de vrijspraak van den strafregter zal de dading, waardoor een geding ter zake van schadevergoeding is voorkomen of geëindigd, volkomen geldig zijn.

In sommige gevallen kan het O. M. niet vervolgen, dan na aanklagt der beleedigde partij, namelijk, zoo als uit art. 22 Wb. v. Strafv. blijkt, in zake van *overspel*, *hoon*, *laster* of *schennis van vrijwillige bewaargeving*.

Kan door eene dading de aanklagt en daardoor de vervolging van het O. M. in deze gevallen worden voorkomen. Wanneer de dading hier geldig is, zou de exceptie van dading moeten kunnen worden tegengeworpen, aan de vordering met deze in strijd. Hier komt ons het betoog te stade, dat er identiteit van persoon moet zijn tusschen eischer en *Transigent*, om eene vor-

1) Zie Arr. Cass. 26 Mars 1830, Bull. no. 80.

Vgl. FAUSTIN HÉLIE, Traité de l'Instruct. Crim. III, bl. 763 vv.

2) Zie MALLEVILLE IV, bl. 131.

DURANTON, t. a. p. no. 400.

TROPLONG, no. 58.

dering als in strijd met eene transactie te kunnen beschouwen ¹⁾).

Wie stelt hier de vordering in? — Het O. M. dat bij de dading geene partij was, noch kon zijn. De vervolging van het O. M. zal dus ondanks de dading kunnen plaats hebben.

Hiermede is evenwel nog niet gezegd dat het O. M. bij het bestaan van dergelijke dading, op de aanklagt daarmede in strijd, tot de vervolging *verplicht* is; de vervolging door het O. M. in de gevallen bij art. 22 Strafv. bedoeld, is facultatief, gelijk uit den tekst dezer wetsbepaling, door Mr. DE BOSCH KEMPER wordt aangetoond ²⁾).

Met regt zal men met den geachten schrijver instemmen, waar hij spreekt van de vervolging, door het O. M. na het intrekken eener aanklagt, wegens een der wandaden, bij art. 22 Wb. v. Strafv. vermeld: „dat niets belet, dat de officier een verzoek doe tot staking der strafvordering, en dat de regter, op dit verzoek beslissende, het zelve toesta.”

„Het toevorzigst van de Provinciale Hoven, en van den Hoogen Raad, belet, dat zoodanige handeling in een misbruik kan overgaan, en het belang der maatschappij, zoowel als het bijzonder belang van den beleedigde, kunnen dikwijls dringend vorderen, dat eene zaak ofschoon ten correctionele verzonden, op verzoek van den beleedigde, daarna geschikt worde” ³⁾).

Maar, werpt men ons welligt tegen, hoe zal de vervol-

1) Zie Eerste Ged. Hoofdst. V, bl. 99.

2) Aant. op 't Wb. v. Strafv. I. bl. 183.

3) Wb. v. Strafv. bl. 185.

ging kunnen worden gestaakt, wanneer er geregtskosten gemaakt zijn, b. v. door het oproepen van getuigen van heinde en ver? Zal de Staat hier de kosten dragen, terwijl de beleedigde partij, op wier aanklagt de vervolging is geschiedt, bij de dading voordeel geniet? Hierop mag evenwel tot antwoord dienen, dat de staking der vervolging geheel van 's regters beslissing afhangt; aan dezen staat het dus te beoordeelen, of het wanbedrijf, in de aanklagt vermeld, van dien aard is, dat het de rust der maatschappij verstoort, of dat het veeleer in het algemeen belang is, om de zaak te laten rusten na de verzoening welke tusschen partijen heeft plaats gehad. Voorts, zal men hier nimmer kunnen zeggen, dat de beleedigde partij uit de dading voordeel geniet, omdat de dading, vóór of na de aanklagt gesloten, als nietig moet worden beschouwd. Wat toch heeft de beleedigde partij beloofd? Niet te zullen aanklagen, of de aanklagt in te trekken. Welnu, wanneer zij ondanks deze eerste belofte toch aanklaagt, en de vordering daaruit ontstaande niet kan worden geweerd, met de exceptie van dading, en evenzoo wanneer zij, hangende de vordering, belooft haar aanklagt in te trekken, dan blijkt het, dat zij, door hare beloften, dat de beleediger niet vervolgd zou worden (want dit ligt opgesloten in die van niet te zullen aanklagen, of wel de aanklagt terug te trekken), beschikt heeft over een regt dat haar niet toekwam, en moet de dading dus nietig zijn op grond van art. 1889 B. Wb.

Ten slotte zij nog ten opzichte van art. 1890 B. Wb. gezegd, dat onder de uitdrukking *misdrijf* verstaan moeten worden *misdaden*, *wanbedrijven* en *politie-overtredingen*.

Gaan wij nu over tot den *vorm* der dading; reeds vroeger is het gebleken, hoe onze wetgever hieromtrent van het Romeinsche en hedendaagsch regt is afgeweken.

Hier is het de plaats, om de slotbepaling van art. 1888 B. Wb. aan een bijzonder onderzoek te onderwerpen.

„Dading.” zoo luidt het, „is slechts van waarde, indien zij schriftelijk is aangegaan, al mogt zij ook eene zaak betreffen, waaromtrent het bewijs door getuigen zoude kunnen worden toegelaten.”

Niet zonder bevreemding, zal men bemerken dat in deze bepaling twee gedachten aan geheel verschillende zaken, te zâam zijn gekoppeld, t. w. die aan het regtelijk bestaan der dading en die aan het bewijs door getuigen.

De verklaring, dat dading slechts van waarde is, indien zij schriftelijk is aangegaan, maakt inderdaad het volgend gedeelte der slotbepaling van dit art. overtollig.

Geene andere versoeking laat zich hiervoor geven, dan de wensch van onzen wetgever, om den strijd over het bewijs der dading, welke in Frankrijk is gevoerd, naar aanleiding van art. 2044 C. N. geheel te beslissen.

Gelijk het meermalen gaat, heeft ook hier te groote zorgvuldigheid het gevaar, dat men wilde ontwijken, vergroot, in plaats van het te voorkomen. De toevoeging aan het eerste gedeelte der bepaling, verre van het eerste op te helderen, heeft het in veler oog van zijne kracht beroofd.

Men achtte, dat in gemeld art. het geschrift *probationis causa* werd gevorderd, en dat de uitsluiting van het bewijs door getuigen moest worden beperkt, binnen de grenzen van het B. Wb.

Bij art. 1. 2^e l. Wb. van Kooph. werd het getuigen-bewijs in zaken van koophandel toegelaten, in de gevallen waarin het B. Wb. dit uitsloot. Na deze opmerking dading in zaken van koophandel als vatbaar voor getuigenbewijs voor te stellen, kostte slechts één stap aan hen, die in art. 1888 B. Wb. dezen zin meenden te ontdekken.

Aan welk gevaar overtollige omschrijvingen in een Wetboek blootstellen, blijkt hieruit voldoende; wensche-lijk ware het dan ook voorzeker, dat men zich bij de redactie van dit art. vergenoegd hadde, met dading on- geldig te verklaren, zoo zij niet schriftelijk is aangegaan.

Het eerst vinden wij het bewijs door getuigen over het bestaan eener dading in zaken van koophandel, als geoorloofd aangenomen, in de Aanteekeningen op het Wetb. van Kooph. door Mrs. ASSER c. ss. ad art. 1. 1).

Door hen wordt aangevoerd, dat de aard der over- eenkomst van dading, welke haar naar het Burgerlijk regt ongeschikt maakt voor het bewijs door getuigen, dit in zaken van koophandel niet uitsluit.

Waarin, mag men den geachten schrijvers vragen, ver- schilt de aard van dading over onderwerpen van het Bur- gerlijk Regt, van die over handelsbelangen? Het argument door hen aangevoerd vindt men ook bij de Fransche schrijvers, die hieruit willen verklaren, waarom het nuttig is, dat voor dading schriftelijk bewijs wordt gevorderd.

1) Zie daartegen Mr. VERNÈDE, Mr. LEON op art. 1, Wb. v. K. en Mr. D. H. LEVYSSOHN NORMANN, in Themis XIV, bl. 374. „Al bewees men door getuigen, of door den eed, dat er *mondeling* was getransigeerd, de schriftelijke en alleen in regten geldig erkende transactie zou nog al- tijd ontbreken.” Daartegen Mr. DE PINTO, Wb. v. K. II, bl. 15 en 16.

Zoo zegt MARBEAU, die zich opzettelijk aan de behandeling der leer van dading heeft gewijd: *La transaction doit éteindre un procès et c'eût été risquer d'en faire naître plusieurs que de laisser dépendre l'effet de ce contrat de la solution d'un problème sur l'admissibilité ou les résultats d'une preuve testimoniale* ¹⁾.

Onder den aard der dading moet men alzoo verstaan, het doel der partijen om een tusschen haar bestaand verschil voor goed af te doen. Moeijelijk is het in te zien, welke verandering dit doel, of als men liever wil, de aard der dading ondergaat, wanneer zij over een geschil omtrent handelsaangelegenheden, wordt gesloten.

Ook dan toch hebben partijen voor, om het verzezen geschil te beslissen. Neemt men dus aan, dat het getuigenbewijs tegen dit doel strijdt in het B. Wb., zoo zal men ook voor handelsaangelegenheden hetzelfde moeten zeggen.

Maar, werpt men ons tegen, art. 1. lid 2. Wb. v. Kh. laat het getuigenbewijs toe, onafhankelijk van den aard! Ja, maar van den aard van het onderwerp, zooals het daar heet, en waarvoor wij liever voorwerp zouden lezen.

Hiermede hebben wij ons nog slechts gedeeltelijk verklaard tegen hen, die het bewijs door getuigen, voor eene dading in zaken van koophandel als geoorloofd voorstellen; in de tweede plaats toch wordt aangevoerd, dat dading over handelszaken eene commerciële verrigting is. Dit vindt men onder anderen betoogd door Mr. P. VAN BEMMELLEN ²⁾. Gemelde schrijver, na zijne gronden te

1) t. a. p. bl. 133.

2) Zie Themis XIV bl. 12—34.

hebben aangevoerd voor de gelijkstelling van dading over handelsaangelegenheden, met eene zaak van koophandel, komt tot het besluit, dat het getuigenbewijs voor eene dading in zake van koophandel geoorloofd moet zijn, op grond van art. 1 lid 2. Wb. van Kh. Te dier plaatse leest men:

„Behalve de bewijsmiddelen bij dit en bij het B.Wb. aange-
wezen, zal *in zaken van koophandel*, het bewijs door getuigen in
alle gevallen en zonder aanzien van den aard of het bedrag des
onderwerps, worden toegelaten, ten ware bij dit wetboek een
bepaald middel van bewijs bij uitsluiting is voorgeschreven.”

Wat doet het af, zal iemand welligt vragen, of in
zaken van koophandel het getuigenbewijs volgens dit
artikel ruimer is toegelaten, dan in het B. Wb.; wat
kan het getuigenbewijs omtrent het bestaan eener dading
afdoen, wanneer de regter de handeling, welke mondeling
is gesloten, wegens gebrek in den vorm van geene
waarde moet achten?

Gereedelijk mag men hierop antwoorden: niets! Of
kan iemand met eenigen grond beweren, dat voor de
bestaanbaarheid van overeenkomsten, zooals die in art.
1356 B. Wb. wordt voorgesteld, in het Wetb. van Kh.
uitzonderingen worden aangetroffen? Wel vindt men
de bekwaamheid tot het aangaan van verbindtenissen
voor getrouwde vrouwen, bij art. 168, en voor minder-
jarigen bij art. 484 B. Wb. uitgebreid, voor het geval
dat zij tot het drijven van koophandel gemagtigd zijn —
maar nergens zal men kunnen aanwijzen, dat de toe-
stemming der partijen, het bestaan en de geschiktheid
van het voorwerp eener overeenkomst, en eindelijk ook

de vorm der handeling, wanneer die bij het B. Wb. tot het wezen daarvan is verklaard te behooren, aan andere regelen is onderworpen in het Wb. van Kh. dan in het B. Wb.

Welnu, in de verhouding waarin het Wetb. v. Kh. tot het B. Wb. staat, namelijk als de uitzondering tot den regel, zal men daar, waar het eerste zwijgt, de regels van het laatste moeten toepassen, gelijk ook in art. 1. lid 1 Wb. v. Kh. wordt geleerd ¹⁾.

Zoo zal eene overeenkomst tusschen kooplieden, hunnen handel betreffende, nietig zijn, wanneer er geene toestemming aanwezig is geweest, of wanneer daaraan een voorwerp ontbreekt.

Evenzoo zal eene dading nietig zijn, wanneer zij niet in schrift is gebragt, omdat art. 1888, 2^e l. B. Wb. eene dergelijke dading van onwaarde verklaart. Evenmin als het getuigenbewijs omtrent het bestaan eener overeenkomst, de nietigheid daarvan kan wegnemen, indien de overeenkomst niet eene bepaalde zaak tot voorwerp had, evenmin zullen de getuigen, door hunne verklaring de mondeling gesloten dading geldig kunnen maken, integendeel, zij zullen juist de nietigheid daarvan bevestigen ²⁾.

Hiermede zouden de gevoelens der tegenpartij als genoegzaam wederlegd kunnen worden beschouwd; niet zonder belang is het intusschen de gronden te onder-

1) Art. 1, § 1 Wb. v. K. Het B. Wb. is voor zooverre daarvan bij dit Wb. niet bijzonder is afgeweken, ook op zaken Koophandel toepasselijk.

2) Geheel eens zijn wij het met Mr. D. H. LEVYSSOHN NORMAN in Themis XV, bl. 96: „De handelswetgever vooronderstelt kennis der burgerlijke wetgeving, en getrouwheid aan hare beginselen. Vandaar dat de aard der overeenkomsten geene verandering ondergaat omdat zij door

zoeken, waarop dading in zaken van koophandel als eene handels-overeenkomst wordt voorgesteld.

Elke handeling van eenen koopman is commerciëel, dus zegt Mr. VAN BEMMELEN, zij is òf een hoofdbron van commerciële regten en verpligtingen, òf een accessorium. Dading nu als het gevolg van eene principale overeenkomst, moet als het accessorium van eene handeling eens koopmans als eene commerciële overeenkomst worden beschouwd. Naar het denkbeeld van genoemden schrijver, is dading dus eene neven-overeenkomst. Vroeger is reeds deze gedachte, door Mr. VAN ASSEN ontwikkeld, bestreden ¹⁾; geven wij hier een voorbeeld, dat dading in zaken van koophandel het gevolg kan zijn van een verschil over een zakelijk regt; hierdoor zal van zelve de onhoudbaarheid dezer bewering uitkomen.

Onder daden van koophandel noemt art. 4 Wb. v. Kh. het eerst den commissiehandel. Den commissionnair als lasthebber van den commissiegever, komt het regt van pand toe op de goederen, welke hij voor dezen moet verkoopen, zoolang tot dat hem de uitgeschoten penningen zijn vergoed. Van de omstandigheid of de commissiegever buiten- of binnen 'slands de goederen in commissie heeft gezonden, hangt de meerdere of mindere

kooplieden zijn aangegaan, dat wil zeggen: dat hetgeen tot het *wezen* eener bepaalde overeenkomst wordt gevorderd, daartoe gevorderd blijft, al geldt het zaken van Koophandel. Daarom houd ik bijv. de bepaling van art. 1888 B. Wb. omtrent dading voorkomende, en luidende: „deze overeenkomst is slechts van waarde, indien zij schriftelijk is aangegaan,” ook op handels-transactiën toepasselijk.”

Vgl. Mr. DIEPHUIS, t. a. p. bl. 475, no. 1071. Zie ook Arr. Groningen 19 Febr. 1849, in Opm. en Mid. V, bl. 234.

1) Zie Tweede Ged. Hoofdst. I.

uitgestrektheid van dit regt af. De commissionnair toch, die van buiten 's lands goederen heeft ontvangen om te verkoopen, heeft niet alleen een pandregt op de hem toegezonden goederen, voor de daarvoor voorgesloten gelden, interessen en kosten, zoo als hij, die van binnen 's lands eene zoodanige commissie heeft gekregen; maar ook voor alle verbindtenissen welke de commissiegever nog met hem loopende heeft ¹⁾. Gesteld nu het geval, dat een commissiegever, buiten 's lands woonachtig van binnen 's lands goederen aan eenen commissionnair hier te lande heeft toegezonden om te verkoopen, en dat deze den verkoop weigert op grond, dat hij voor vroegere vorderingen regt van pand daarop heeft, terwijl de commissiegever hem dit regt ontzegt, omdat de goederen door hem van binnen 's lands zijn toegezonden. Wanneer over een dergelijk geschil dading wordt getroffen, zoo loopt de handeling over het bestaan of niet bestaan van een zakelijk regt, geenzins is zij echter het gevolg eener overkomst.

Maar voorts, om tot het art. te komen, waaruit Mr. VAN BEMMELLEN wil afleiden, dat alle handelingen van kooplieden, als zoodanig, dat wil zeggen, in hunne hoedanigheid van koopman gepleegd, commerciëel zijn.

Gedachtig aan de lessen van onzen hooggeschatten leermeester HOLTJUS, moeten wij tegen deze uitbreidende verklaring van art. 4, l. 3 Wb. v. Kh. opkomen. Volgens hem moet men aan dit art. den zin toekennen van art. 631, 1° C. de C. waar gesproken wordt van engagements *entre négociants*, en dien van art. 632, n°. 6

2) Zie art. 80 en 81 Wb. v. Kh.

C. de C., waarbij als *actes de commerce* genoemd worden: „Toutes obligations *entre négociants, marchands et banquiers*. Men heeft dus bij dit art. te denken aan handelingen, tusschen kooplieden, in hunne hoedanigheid en ter zake van hunnen handel gepleegd.

Gaf men Mr. VAN BEMMELEN toe, en noemde men elke handeling van den koopman in zijne hoedanigheid aangegaan, commercieel, dan zoude men juist datgene aannemen waartegen de Regering zich in 1826 uitdrukkelijk heeft verzet. Men zoude namelijk iederen verkoop van winkelwaren door eenen winkelier en eenen particulier gesloten, als eene daad van koophandel beschouwen.

Geenzins kunnen wij ons dan ook vereenigen met de laatste gevolgtrekking van Mr. VAN BEMMELEN, dat het geen vereischte is dat de dading tusschen twee kooplieden geschied zij, daar ook de dading tusschen eenen koopman en eenen particulier als eene handelszaak is te beschouwen, zoo slechts het onderwerp commercieel is.

HOOFDSTUK IV.

DE WERKING DER DADING.

Gelijk transactie heeft ook dading tweeërlei gevolg. Zij beslist of voorkomt namelijk een geding en legt aan elk der partijen eene verplichting op.

Vroeger is gebleken hoe de vernietigende werking der transactie naar het R. R. was verzekerd door eene exceptio pacti, uit de handeling zelve ontstaande. Naar het hedendaagsche regt, waar de vernietiging *ipso jure* eener vordering niet plaats heeft, is de exceptie het middel bij uitnemendheid, waardoor eene vordering in strijd met de dading wordt geweerd. In het voorbijgaan zij hier nog opgemerkt, dat deze exceptie den naam draagt van de handeling, waarop zij gegrond is en alzoo exceptie van dading heet ¹⁾.

Eerst dan, wanneer eene vordering in strijd is met de dading, mag de exceptie van dading worden gebezigd. Dus, zoo als vroeger reeds is opgemerkt, eischer en tran-

1) Zie art. 160, 2^e l. Wb. v. B. Rv.

sigent moeten, gelijk de zaak welke gevorderd wordt met die waarover dading is getroffen, identisch zijn, om de exceptie mogelijk te maken.

Onderzoeken wij afzonderlijk de gevallen, waarin identiteit van persoon of van zaak bij eene vordering niet voorhanden moet worden geacht.

In art. 1376 B. Wb. vindt men de l. 3 D. h. t.¹⁾ in deze woorden teruggegeven:

„Overeenkomsten zijn alleen van kracht tusschen de handelende partijen.

Dezelve kunnen aan derden niet ten nadeele verstrekken; zij kunnen aan derden geen voordeel aanbrengen, dan alleen in het geval van art. 1353²⁾).

Voor dading wordt eene dergelijke bepaling afzonderlijk gegeven, doch een verschil in woorden heeft bij sommige schrijvers eene meer beperkte opvatting doen ontstaan.

„Dadingen,” zoo zegt art. 1894 B.Wb., 2051 C. N., „door een der *belanghebbenden* aangegaan, verbinden de overige *belanghebbenden* niet, en kunnen door hen niet worden ingeroepen.”

Zij, die hier een' bijzonderen nadruk op het woord *belanghebbenden* leggen, moeten daardoor tot het besluit komen dat dading eene werking heeft, geheel verschillende van die, welke in art. 1376 B. Wb. aan overeenkomsten in het algemeen is toegekend. Dergelijke beschouwing leidt tot tegenstrijdigheden, gelijk door één voorbeeld uit

1) Privatis pactionibus non laedi jus ceterorum.

2) Men kan ook ten behoeve van eenen derde iets bedingen, wanneer een beding, hetwelk men voor zich zelven maakt of eene gift die men aan een ander doet, zulk eene voorwaarde bevat.

Gelijkkluidend met art. 1356 B. Wb. is art. 1165 C. N.

vele, mag worden aangetoond. Wanneer de gevolgen eener dading zich niet tot belanghebbenden uitstrekken zoo zal eene dading door een' van meer vennooten aangegaan voor rekening der maatschap en ten haren voordeele, de overige vennooten niet verbinden. Hierdoor zou er eene antinomie tusschen art. 1681 B. Wb. en het aangehaalde art. 1894 B. Wb. bestaan. Eene vergelijking tusschen dit laatste art. en het daarmede overeenstemmend art. 2051 C. N., waarin van *intéressés* wordt gewaagd, leidt tot een onderzoek naar de beteekenis, welke in de Fransche wetgevende vergadering aan dat woord werd toegekend. Door GILLET werd ter gelegenheid der beraadslagingen over het wetsontwerp „des Transactions” deze verklaring gegeven. „*Dans ce mot intéressés la loi ne comprend pas les cautions, dont la décharge et les droits se règlent comme il est dit au titre des cautionnements.*” Vóór hem had ALBISSEON in het rapport, door hem namens de section de législation uitgebragt, art. 1051 reeds uitgelegd op deze wijze: „*Ce qui est généralement vrai une telle transaction étant étrangère aux autres intéressés; mais dans le cas où il s'agirait d'intéressés tels que des codébiteurs ou des cautions solidaires, l'application de cette règle serait sujette à des limitations et à des modifications expliquées dans la loi générale sur les contrats, à la quelle il faudrait avoir recours.*” Kan men meer overtuigende bewijzen verlangen van de gedachte des Franschen Wetgevers om den Rom. Regtsregel: „*Privatis pactionibus non laedi jus ceterorum,*” gelijk hij het vroeger voor overeenkomsten in het algemeen reeds had gedaan, in het bijzonder op dading toe te passen?

Welnu, mag men aarzelen om diezelfde gedachte ook bij onzen wetgever aan te nemen, als hij het aangehaald artikel van den C. N. woordelijk vertaald, als eene bepaling in ons B. Wb. overneemt? Wij gelooven het niet en scharen ons aan de zijde van hen, die in art. 1894 B. Wb. of 2051 C. N. niets anders zien dan eene toepassing van hetgeen vroeger reeds van het gevolg van overeenkomsten in het algemeen was gezegd in art. 1376 B. Wb. of 1175 C. N. ¹⁾.

Uit deze beschouwing volgt, dat wij ook de uitzonderingen, welke in het R. R. op den aangehaalden regel worden gemaakt in ons regt zoowel als in het Fransche voor bestaand erkennen.

Zoo zal ook onder beide deze wetgevingen het regt om zich op eene dading te beroepen toekomen aan hem, die bij het sluiten dezer overeenkomst is vertegenwoordigd, alsmede aan hen, die erfgenamen of regtverkrijgenden zijn van dengene, door wien de dading is getroffen. Voor eerstgenoemden is dit reeds vroeger betoogd ²⁾, voor laatstgemelden volgt dit regt, onzes inziens, uit de bepaling van art. 1122 C. N. en het daarmede overeenkomend art. 1354 van ons wetboek, waarin gezegd wordt:

„Men wordt voorondersteld bedongen te hebben voor zich zelven en voor zijne erfgenamen en regtverkrijgenden, ten ware het

1) Zie Mr. DIEPHUIS, t. a. p. I. no. 1088.

TROPLONG, t. a. p. no. 120, en

V. DURANTON, t. a. p. no. 417.

MALLEVILLE, IV, bl. 133.

MARBEAU, t. a. p. no. 161 en 162.

MERLIN, t. a. p. § I, no. 10.

2) IIe Ged. Hoofdst. II.

tegendeel uitdrukkelijk bedongen of uit den aard der overeenkomst mogt voortvloeijen."

Evenmin als naar het R. R. leveren deze uitzonderingen bijzondere zwaarigheid op. Men kan daaraan nog toevoegen het geval, dat iemand volgens art. 1353 B. Wb. ten behoeve van eenen derde bij dading bedingt, dat deze of gene vordering niet tegen hem zal worden ingesteld. Door zulk eene dading heeft deze laatste persoon het regt, om tegen de vordering, welke hem mogt worden aangedaan, de exceptie van dading te doen gelden.

Van meer belang is de vraag, of medeschuldenaren zich kunnen beroepen op eene dading over de schuld aangegaan door een' hunner. Zoo even is reeds implicite gezegd, dat vennoten hiertoe het regt hebben, volgens art. 1681 B. Wb. MARBEAU ¹⁾ en TROPONG ²⁾ zijn van hetzelfde gevoelen en beroepen zich op art. 1864 C. N. waarvan de inhoud gelijkluidend is met het zoo even aangehaald artikel van ons Wetboek ³⁾. Hier valt evenwel op te merken, dat de dading ten voordeele der maatschap moet strekken, omdat niemand nadeel kan lijden door eene overeenkomst, waarin hij geene partij is geweest. De regel „overeenkomsten kunnen aan derden geen voordeel aanbrengen," lijdt hier eene uitzondering, omdat de schuld, waarover gecontracteerd is, niet alleen

1) t. a. p. no. 128.

2) t. a. p. no. 124.

3) La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société, ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société.

die van den transigent is, maar integendeel op de geheele maatschap drukt.

Maar wat zal men zeggen van den invloed eener dading over eene hoofdelijke schuld — komt aan de medeschuldenaren het regt toe, om zich op de dading te beroepen door een hunner aangeaan met den gemeenschappelijken schuldeischer.

Naar het R. R. hebben wij onderscheiden tusschen *solidaire* en *correale* verbindtenissen. De *solidaire* schuldenaar bleek ons daar onbevoegd te zijn om de exceptie van dading op te werpen. Uit den aard der *correale* verbindtenis leerden wij daarentegen de bevoegdheid van den *correale* schuldenaar kennen, om zich op eene dading te beroepen door een' der *correi promittendi* over de schuld getroffen. Naar het Fransche regt zoowel als naar het onze, kan het vroeger betoogde niet gelden. Eene beschouwing der leer der *solidaire* of hoofdelijke verbindtenissen zoo als die in het Fransche en in het Nederlandsche wetboek is behandeld, zal er voorzeker niet toe leiden om lof te brengen aan de wijze, waarop beide wetgevers dit ingewikkeld onderwerp hebben overdacht. Het onderscheid tusschen *correale* en *solidaire* verbindtenissen door v. RIBBENTROP in het licht gesteld, is noch in de Fransche, noch in onze wetgeving aan te wijzen. Wel wordt er van een verschil van oorsprong tusschen de onderscheidene soorten van hoofdelijke verbindtenissen even gewag gemaakt, — uit het geheele systeem blijkt intusschen, dat beide wetgevers zich aan begripsverwarring hebben schuldig gemaakt en zich iedere hoofdelijke verbindtenis hebben gedacht als *éene enkele verbindtenis*. De leer der *correaliteit* wordt dus ook op

die verbindtenissen toegepast, wier karakter van hoofdelijkheid niet uit *beding*, maar uit de wet, of uit haren aard, d. i. uit hare ondeelbaarheid, zoo als het heet, voortspuit. Een overtuigend bewijs hiervan levert art. 1476 B. Wb. of 1285 C. N.

„De kwijtschelding eener schuld,” zoo luidt het, „of het ontslag bij overeenkomst ten behoeve van eenen der hoofdelijke medeschuldenaren gegeven, bevrijdt alle de overigen, ten ware zich de schuldeischer uitdrukkelijk zijne regten tegen laatstgemelde mogt hebben voorbehouden. In welk laatste geval hij de schuld niet verder kan invorderen, dan na aftrek van het aandeel van den genen aan wien hij de schuld heeft kwijtgescholden.”

Volkomen waar moge het zijn, dat een pactum in rem met een' der correaale schuldenaren de overigen bevrijdt; voor de solidaire schuldenaren mag daarentegen hetzelfde, onzes inziens, niet worden aangenomen, tenzij men ook hunne verbindtenis als eene enkelvoudige denke. De bezwaren tegen deze gedachte zijn vroeger reeds ontwikkeld; het is hier de plaats om aan te toonen tot welke gevolgen de toepassing van eenen regel der correaale verbindtenissen op de solidaire moct leiden.

Het ontslag bij overeenkomst bevrijdt de hoofdelijke medeschuldenaren. Dit is de regel, waarvan slechts door een speciaal beding mag worden afgeweken. Als grond voor deze bevrijding, laat zich moeilijk een andere aanvoeren, dan dat de schuld in zoodanig geval geacht wordt te zijn vernietigd. Hierdoor moet ook een ontslag van zijne verplichting door den schuldeischer, of, zoo er meerdere zijn, door alle schuldeischers ¹⁾ aan een der

1) Zie art. 1315 2e l. B. Wb. en art. 1198 C. N.

solidaire schuldenaren gegeven, de overigen ontslaan; want tot de schuldvernietiging kan het niet afdoen of zij om niet, dan wel onder bezwarenden titel door den schuld-eischer wordt gedaan.

Denkt men zich nu eens het geval bij art. 406, B. Wb. of art. 396 C. N. bedoeld. De moeder van eenen minderjarige gaat een tweede huwelijk aan en wordt door den kantonregter in de voogdij bevestigd, of wel volgens art. 405, 3^e l. B. Wb. daarin op nieuw als voogdesse benoemd.

Hierdoor wordt haar tweede echtgenoot mede-voogd, en zijn beide solidair aansprakelijk voor de voogdij sedert hun huwelijk gevoerd. Eene dading met een' hunner door den minderjarige na zijne meerderjarigheid aangegaan, wegens eene vordering, die hij tegen hen op grond van dolus of culpa in hun beheer zou kunnen instellen, berooft hem van zijn regt tegen den mede-voogd, tenzij hij zich dit hebbe voorbehouden. De l. 1. C. de transactionibus is hier eene blijvende beschuldiging tegen de bepaling van art. 1476 B. Wb. en 1285, C. N. Door sommige Fransche schrijvers is dit gevoeld. TROPLONG en DELVINCOURT o. a. verzetten zich tegen de meening, dat de hoofdelijke medeschuldenaren zich zouden kunnen beroepen op de dading door een hunner over de schuld aangegaan. Onzes inziens trachten zij te vergeefs art. 1285 C. N. te ontduiken. Onder de schrijvers over ons regt heeft Mr. A. DE PINTO hun gevoelen overgenomen.

Onderzoeken wij de gronden door deze drie schrijvers aangevoerd.

Al wie derde is, zoo zegt TROPLONG, al mogt hij ook medebelanghebbende zijn, is uitgesloten van de gevolgen

der dading. Ten betooge hiervan brengt hij de l. 1 C. de Transact bij; weinige regels verder spreekt hij zich echter geheel tegen. „*Mais s'il est vrai de dire*”, zoo heet het daar, „*que la transaction ainsi faite n'a aucune vertu pour nuire aux autres, il n'est pas moins exact de remarquer qu'elle leur profite; si, par exemple, l'un des débiteurs solidaires est déchargé, cette transaction profite aux autres; car il n'y a qu'une dette et si elle est une fois éteinte à l'égard des uns, elle est éteinte à l'égard des autres*” ¹⁾. Hoe toch is het laatste gedeelte van TROP-LONG's redenering te rijmen met het eerste, waar hij de l. 1 C. de transact. in het Fransche regt acht overgegaan? Art. 396, C. N. verklaart den mede-echtgenoot solidair verbonden voor het beheer als medevoogd door hem gevoerd. Hadden wij eene dading hier te verklaren volgens de l. 1 C., zij zou den medevoogd niet kunnen baten.

DELVINCOURT acht, dat iedere dading *intuitu personae* wordt aangegaan, en alzoo wil hij hare gevolgen niet verder uitgestrekt hebben dan tot den persoon van den transigent. Te vergeefs zegt hij, voert men art. 1285 C. N. aan, want dading is geene kwijschelding. Zij heeft meestal plaats met wederzijdsche opoffering, maar zelfs dan, *als zij nullo dato vel retento geschiedt* (²), kan zij, wegens haar karakter van pactum in personam, den overigen schuldenaren niet baten ³⁾.

Met eenigen grond zal men hier tegen mogen opmerken dat, zoo dading *intuitu personae* geschiedt, kwijs-

1) Zie t. a. p. no. 123 en no. 126.

2) t. a. p. bl. 337. Aan de gebrekkige bepaling in den C. N. van dading gegeven, ontleent DELVINCOURT welligt zijne beschouwing eener dading *nullo dato vel retento*.

schelding nog veel meer uit dit oogpunt moet worden beschouwd.

Desniettemin wordt zij in art. 1285 C. N. als eene wijze van vernietiging eener hoofdelijke schuld voorgesteld. Weinig kan het inderdaad ook afdoen of de vernietiging *donandi* of *transigendi animo* geschiedt.

De vraag is alleen of kwijtschelding de hoofdelijke schuld delgt; — in art. 1285 C. N. wordt deze toestemmend beantwoord. Welnu, als men zoo bijzonder acht heeft te geven op de omstandigheid, of eene handeling *intuitu personae* is geschied, dan zou wat voor kwijtschelding door den wetgever is bepaald *a fortiori* voor dading moeten gelden.

In den loop van het behandelde zijn ook bezwaren ingebracht tegen Mr. DE PINTO, wiens argumenten zich bepalen 1°. tot eene beperkte opvatting van de uitdrukking belanghebbenden, in art. 1894 B. Wb. gebezigd, waaronder voorzeker ook hoofdelijke medeschuldenaren zijn begrepen, en 2°. tot dat, van DELVINCOURT, dat dading iets anders is dan kwijtschelding.

Verre is het er van af, dat de Fransche schrijvers opkomen tegen de leer der hoofdelijke verbindtenissen zooals die in den C. N. is behandeld.

Bij de meesten vinden wij als reden van art. 1285 C. N. aangegeven de vernietiging der schuld, welke de kwijtschelding teweeg brengt.

Merkten wij dit reeds op bij TROPLONG, ook bij MARBEAU zal men deze uitspraak kunnen vinden ¹⁾.

1) t. a. p. bl. 193. „Pourquoi la remise volontaire profite-t-elle au codébiteur? parce qu'elle opère l'extinction de la dette.”

De schuldenaren eener ondeelbare verbindtenis zijn mede solidair verbonden. Ook zij zullen alzoo zich kunnen beroepen op de dading over de schuld zelve aangegaan door een' hunner medeschuldenaren met hun aller gemeenschappelijken schuldeischer.

Zijn er meer schuldeischers, zoo moeten zij allen in de dading, waarbij van de schuld wordt afstand gedaan hebben toegestemd, om het beroep der overige schuldenaren mogelijk te maken, zoo als dit trouwens ook in art. 1476 B. Wb. wordt verondersteld. Had de afstand bij dading slechts door een van meer schuldeischers plaats gehad, dan zouden de overige schuldenaren niet verder bevrijd zijn dan voor diens aandeel, gelijk zulks in art. 1315, 2^e l. en art. 1339, 3^e l. B. Wb. is bepaald.

DELVINCOURT getrouw aan zijne denkbeelden omtrent de werking der dading op hoofdelijke verbindtenissen, neemt ook de bevrijding voor het gedeelte van den schuldeischer, die dading heeft getroffen, niet aan. Volgens hem zal de schuldeischer eener ondeelbare schuld, van de erfgenamen des schuldenaars de gcheele schuld kunnen vorderen, niettegenstaande zijn medeschuldeischer hierover dading heeft aangegaan. MARBEAU, DURANTON en TROPLONG zijn evenwel een ander gevoelen toegedaan ¹⁾.

De betrekking van neven-schuldenaar, waarin de borg tot den hoofd-schuldenaar staat, moet hem doen deelen in de verligting, welke deze laatste bij dading in de vervulling zijner verplichtingen ondervindt.

1) t. a. p. bl. 195. 469. 645.

De dading door den hoofdschuldenaar over de schuld zelve aangegaan, strekt dan ook ten voordeele van den borg ¹⁾).

Maar van welken invloed voor de medeborgen is eene dading door een hunner over de borgtogt aangegaan. Volgens art. 1873 B. Wb. en art. 2025 C. N. zijn borgen hoofdelijke schuldenaren. Naar de begrippen van onzen wetgever omtrent hoofdelijke verbindtenissen, zou men dus ook op hen art. 1476 B. Wb. van toepassing verwachten en daardoor denken, dat zoodanig eene dading den overigen borgen ten goede komt.

Intusschen is de wetgever omtrent hen van andere gedachten.

In art. 1478, 3^e l. B. Wb. toch lezen wij: „de kwijtschelding aan eenen der borgen toegestaan, ontslaat de overigen niet.” Hier vindt men dus de leer der solidaire verbindtenissen met juistheid toegepast, en daardoor eene uitzondering gemaakt op het geheele stelsel onzer wetgeving, betreffende de hoofdelijke verbindtenissen. Bij uitzondering moet men dan ook aannemen dat borgen, hoewel solidaire schuldenaren zijnde, zich niet kunnen beroepen op de dading door een hunner over den borgtogt aangegaan.

Hiermede zoude art. 1894 B. Wb. genoegzaam besproken geacht kunnen worden, ware het niet dat twee vraagpunten, door DURANTON opgeworpen, nog onze opmerkzaamheid trokken.

In geval over eene hoofdelijke schuld eene dading is getroffen, waarbij de schuldeischer verklaard heeft zijn regt

1) Zie art. 1478 B. Wb., en art. 1287 C. N.

tegen de overige schuldenaren te willen behouden, zoo kan hij van hen slechts vorderen hetgeen van de schuld overblijft, na aftrek van het gedeelte waartoe de schuldenaar verplicht was, en van dat waarin hij, bij onvermogen van een' zijner medeschuldenaren, zou hebben moeten dragen indien hij door de dading niet van zijne schuld ware ontheven

Moet behalve dit alles, vraagt DURANTON, ook hetgeen bij gelegenheid der dading door den schuldenaar is opgeofferd, niet aan zijne medeschuldenaren in mindering worden gebracht? Zijn antwoord op deze vraag is bevestigend, op grond, dat de schuldeischer niets meer mag ontvangen dan hij heeft te vorderen als schuld ¹⁾. Indien de schuldeischer ook de bij dading gedane opoffering in rekening moet brengen, zoo als DURANTON wil, zoo zou de schuldenaar, die voldaan had zonder dat deze vermindering had plaats gehad, meer betaald hebben dan hij verschuldigd was. Hij zou alzoo dat meerdere op grond van onverschuldigde betaling terug kunnen vorderen. Wij gelooven het niet.

Van de gedachte aan de éénheid van verbindtenis uitgaande, moeten wij aannemen, dat iedere verandering in het voorwerp der verbindtenis voor alle schuldenaren eene verandering moet brengen in de betrekking, waarin zij tot den schuldenaar staan.

Wanneer de kwijschelding plaats heeft, om één der schuldenaren uit de rei der verbondenen te ligten, zoo als het geval is, wanneer de schuldeischer zich zijne regten tegen de overigen uitdrukkelijk voorbehoudt, dan

1) t. a. p. bl. 474.

wordt de schuld met dit aandeel verminderd en wel om deze reden, dat de schuldenaren onderling niet verder dan voor hun aandeel verbonden zijn.

Verviel nu het aandeel niet, dat bij dading is kwijtscholden, zoo zou de schuldenaar ten wiens behoeve de schuldenaar de kwijtschelding heeft gedaan, door de overige schuldenaren voor zijn aandeel nog kunnen worden aangesproken.

De kwijtschelding zou voor hem dus slechts eene verwisseling van crediteuren ten gevolge hebben. Genoegzaam duidelijk is het alzoo, waarom het aandeel van den schuldenaar met wien dading is aangegaan, van de hoofdelijke schuld moct worden afgetrokken, — de oorzaak daarvan ligt in de vermindering der schuld, welke de schuldeischer geacht wordt te hebben daargesteld.

Maar de oorzaak, waardoor de schuldeischer bewogen is om bij dading zijn regt tegen een der schuldenaren op te geven, is geheel afgescheiden van die, waaruit zijn regt van vordering tegen de overigen ontspruit. Met een der schuldenaren dading treffende en tegen de overigen zijne regten voorbehoudende, schonk hij aan dezen hetgeen hij beweerde van hem te moeten hebben, omdat het hem voordeeliger toescheen iets van dezen te ontvangen als tegen-praestatie, dan de kans te loopen om bij vonnis te zien verklaren, dat hij geen regt had om van dezen te vorderen. Voor den schuldenaar zelven ligt de oorzaak zijner praestatie in het verlangen, om een geding te voorkomen of te eindigen, voor welks uitslag hij bevreesd is. De oorzaak, welke alzoo van beide kanten tot het aangaan eener dading heeft geleid, heeft niets gemeen met de verplichtingen waartoe de overige

schuldenaren zijn gehouden. Van daar dat men met eenig regt mag twijfelen aan de juistheid van het antwoord door DURANTON gegeven. Onzes inziens ligt de fout zijner redenering hierin, dat hij aanneemt, dat de schuldenaar, die bij dading zich verbindt voor meer, dan zijn aandeel in de hoofdelijke schuld bedraagt, voor dat meerdere verhaal zou hebben op zijne medeschuldenaren. Wel vindt men in art. 1213 C. N. even als in art. 1328 B. Wb. bepaald, dat hoofdelijke schuldenaren niet verder verbonden zijn onder elkander, dan voor zoo veel ieders aandeel bedraagt; — maar de opoffering bij dading gedaan, is geheel iets anders dan het aandeel van den schuldenaar in de schuld, zij is niet anders dan het middel waardoor de vordering der schuld wordt afgewend, B. v.: A. B. C. en D. zijn aan E. hoofdelijk verbonden voor eene schuld van f 6000, A. wordt door E. voor de schuld aangesproken. Bij dading verkrijgt A. van E. dat hij hem slechts zijn aandeel zal uitkeeren, d. i. f 1500, en hem voor de opoffering zijner bewering van hoofdelijk regt nog daarenboven f 100 zal betalen.

Wat zijn die f 100 hier anders dan eene som waarvoor A. de vordering der geheele schuld van zich afwendt? Zij strekken geheel ten zijnen voordeele, hoe wil hij ze dan op de medeschuldenaren verhalen?

De tweede vraag, door DURANTON gesteld, luidt aldus: Wordt de verbindtenis door eenen hoofdelijken schuldenaar bij dading aangegaan, ligter gemaakt door de betaling der overige schuldenaren, indien hierdoor meer aan den schuldeischer wordt uitgekeerd dan het aandeel van eerstgemelde bedroeg? B. v. vier hoofdelijke schuldenaren zijn verbonden voor eene schuld van f 12000.

Een hunner treft eene dading, waarbij de regten des schuldeischers op de overigen in hun geheel worden gelaten en de schuldenaar zich tot betaling van *f* 6000 verplicht.

Naderhand ontvangt de schuldeischer van de overige schuldenaren *f* 9000. Kan hij nu van hem, met wien hij getransigeerd heeft, nog *f* 6000 vorderen; of wel, moet zijne vordering zich bepalen tot hetgeen, na de betaling der overige schuldenaren nog van de hoofdelijke schuld overblijft, d. i. tot *f* 3000. DURANTON ziet in de oplossing dezer vraag ten onregte eenige moeilijkheid. Het lijdt onzes inziens geen twijfel, of de schuldeischer het bij dading beloofde kan vorderen. De vordering van *f* 6000 heeft haren oorsprong in eene overeenkomst geheel afgescheiden van die, waaruit de hoofdelijke schuld is ontstaan. De aflossing dezer laatste kan dus ook van geen invloed zijn op hetgeen volgens de dading is verschuldigd.

Onderzoeken wij nu in de tweede plaats, wanneer men geene identiteit van het voorwerp eener vordering en dat eener dading mag aannemen, en alzoo de exceptie van dading tegen die vordering niet kan doen gelden.

In ons wetboek vindt men hieromtrent de navolgende bepalingen.

„Art. 1891. Dadingen bepalen zich tot derzelfer onderwerp, de daarbij gedane afstand van alle regten, actiën en vorderingen moet slechts verstaan worden voor zooverre die betrekking hebben tot het verschil, hetwelk tot de dading heeft aanleiding gegeven.

Art. 1892. Dadingen maken slechts een einde aan die verschillen, welke daarin begrepen zijn, hetzij partijen derzelfer bedoeling bijzonder of in algemeene bewoordingen bevat hebben,

hetzij men die bedoeling afleide als een noodzakelijk gevolg van hetgeen uitgedrukt is.

Art. 1893. Indien degene, die eene dading getroffen heeft over een regt, hetwelk hem uit eigen hoofde toekwam, vervolgens een dergelijk regt van een ander verkrijgt, is hij, met betrekking tot het nieuw bekomen regt aan de bevorens aangegane dading niet gebonden."

De hoofdregel, die al aanstonds uit deze wetsbepalingen valt af te leiden is: dat dading zich tot haar voorwerp bepaalt. Deze regel zelve vindt zijnen oorsprong in art. 1386, B. Wb. (art. 1163 C. N.) waar gezegd wordt: „Hoe algemeen ook de bewoordingen zijn, waarin eene overeenkomst aangegaan is, omvat dezelve echter alleen die zaken, waaromtrent het blijkt, dat partijen voornemens waren te handelen."

Uit dezen regel in art. 1892 B. Wb. gegeven, vloeijen de beide daarop volgende wetsbepalingen als van zelve voort.

In de oude Fransche Jurisprudentie vindt men dezen regel op merkwaardig juiste wijze toegepast. Bij arresten van 18 Jan. 1631 en 21 Dec. 1652, werd namelijk deze vraag op bevestigende wijze beslist: of de erfgenamen van eenen gewonde, ondanks eene dading door dezen aangegaan over de schadevergoeding, welke hij kon vorderen, de tegenpartij kunnen vervolgen, indien de erflater aan de wonden hem toegebracht, is overleden ¹⁾?

Te regt heet het daarbij, dat dading is getroffen *de vulnerato* en niet *de occiso*.

Bij den aanvang der behandeling van de dading naar het hedendaagsche regt, is op het onderscheid tusschen

1) Zie MERLIN, t. a. p. § IV, waar ook SERPILLON wordt aangehaald.

algemeene en bijzondere dading gewezen. Naar aanleiding van art. 1892 B. Wb. moeten wij er hier bij stilstaan. Wanneer bij eene dading afstand gedaan wordt van alle regten, actiën en vorderingen, zoo strekken de grenzen van dien afstand in ruimer of enger mate zich uit, al naar dat partijen bedoeld hebben over alle twistige zaken, welke zij op dat oogenblik met elkander hadden, dan wel over een of meer bepaald aangewezen punten van verschil dading te treffen. Bijv.: een meerderjarig geworden pupil sluit met zijnen voogd eene dading over diens beheer, waarbij hij afstand doet van alle vorderingen, welke hij jegens hem wegens dat beheer zou kunnen doen gelden. Hierdoor is de voogd voor alle verzuim of arglist in het beheer gepleegd, gekweten. Maar gesteld, dat de voogd goederen van den minderjarige in huur of in pacht had en voor het niet nakomen zijner verplichtingen, als huurder of pachter in regten zou kunnen worden vervolgd, zoo zal zijn gewezen pupil geenszins door de dading verhinderd worden om den voogd deswege aan te spreken. Want de regel: dading bepaalt zich tot haar voorwerp, maakt hier den voogd onbevoegd, om tegen zulk eene vordering de exceptie van dading op te werpen, omdat hij niet voor zijn *beheer*, maar als huurder of pachter wordt vervolgd. Had de pupil daarentegen met den voogd eene dading aangegaan over alle verschillen, welke zij op dat oogenblik met elkander hadden uitstaande, zoo zou hij hem ook niet als huurder of pachter kunnen vervolgen wegens het niet nakomen van verplichtingen, waarvan de pupil bij het aangaan der dading kennis had gekregen.

In het algemeen zal men dus even als naar het R. R.

kunnen zeggen, dat de wil der partijen den omvang van de werking der dading bepaalt. De geschillen, welke zich over die wilsverklaring zouden mogen voordoen, zullen als iedere *quaestio facti* door den regter moeten worden beoordeeld. De regelen van uitleggkunde in art. 1378—1382 en 1384—1388 B. Wb. gegeven, zullen daarbij, naar gelang van omstandigheden, eene toepassing vinden.

Omtrent het woord *afstand* in art. 1891 B. Wb. mag nog worden gezegd, dat hierdoor bij de partij kennis wordt verondersteld van de geschilpunten waarover zij dading treft, en dat men alzoo eene dading nimmer mag uitstrekken tot die verschillen, waaraan niet is gedacht. Eene dading waarbij dus mogt bepaald worden, dat partijen daarbij uitmaken alle tusschen haar op dit oogenblik bestaande verschillen, bekende of onbekende, zou, wat het laatste gedeelte betreft, geene uitvoering kunnen erlangen. Wij scharen ons hier gaarne aan de zijde van TROPLONG als hij zegt: „*de telles clauses sont des clauses de style introduites par l'ignorance des anciens notaires; d'ailleurs elles manquent de réflexion, elles ne sont pas raisonnables.*”

Na de verklaring van de L. 9 D. h. t. vroeger reeds gegeven, levert art. 1893 B. Wb. geene moeilijkheden op; wij kunnen dus tot de behandeling van een ander punt overgaan.

De beperking van het bewijs door getuigen in ons wetboek gesteld, maakt dat van de meeste rechtshandelingen schrifturen worden opgemaakt. Dikwerf ontstaan over deze akten verschillen, welke van tweeërlei aard kunnen zijn. Zij kunnen namelijk loopen òf over de

geldigheid der handeling, welke uit de akte moet blijken, of wel over de geldigheid der akte zelve, welke ten bewijze moet dienen.

In enkele gevallen daarenboven hangt het bestaan eener regtshandeling geheel af van de omstandigheid of daarvan eene akte is opgemaakt in den vorm bij de wet voorgeschreven. Er kan alzoo een verschil tusschen partijen geboren worden, door dat eene harer beweert dat de akte aan een inwendig of uitwendig gebrek lijdt.

Hieruit ontstaat de vraag, welke de Fransche schrijvers lang heeft bezig gehouden, of men over alle verschillen, waartoe eene akte aanleiding kan geven, dading kan treffen.

In de Fransche wetgevende vergadering werd bij de behandeling van art. 2054 C. N. door BIGOT DE PRÉAMENEU gezegd: „Lorsque le titre est nul, il ne peut en résulter aucune action pour son exécution. Ainsi, lors même que dans le titre il y aurait des doutes, celui contre qui on voudrait exercer l'action, aurait dans la nullité un moyen certain d'en être déchargé. Il faut donc, pour que dans ce cas la transaction soit valable, que les parties aient expressément traité de la nullité.”

Uit het laatste gedeelte van dit betoog zou men, bij eene oppervlakkige beschouwing, geneigd zijn af te leiden, dat men over elk gebrek eener akte dading kan treffen. Welligt zou men zich, tot staving van dit gevoelen, op art. 2054 C. N. of 1897 B. Wh. willen beroepen. Overdenkt men evenwel, dat het voorwerp der dading immer eene in regten betwistbare zaak moet zijn, zoo zal men weldra deze opvatting moeten laten varen, en zal men onderscheid maken tusschen de gebreken, welke de betrekkelijke, — of

wel de volstrekte nietigheid der akte te weeg brengen. Bij de eerste hangt het vragen der nietigheid van den wil van de belanghebbende partij af, bij de tweede is de handeling nietig, ondanks den wil van eene der partijen. Van deze laatste nietigheid mag *BIGOT DE PRÉAMENEU* dan ook geacht worden te spreken. Een inwendig gebrek der akte, d. i. bij overeenkomsten een gemis van eene der voorwaarden, tot hare bestaanbaarheid bij de wet vereischt, heeft dan eerst de nietigverklaring ten gevolge wanneer eene der partijen hierop aandringt. Van daar dat geschillen hieromtrent bij dading kunnen worden beslist, en dat hem, die ondanks deze overeenkomst op denzelfden grond de akte zou aanvallen, de exceptie van dading kan worden tegengeworpen.

Evenzeer zal men bij dading een uitwendig gebrek, slechts de bewijskracht der akte aantastende, kunnen verhelpen. Want een gebrek in het bewijs sluit het regt van vordering niet uit. Zie hier een voorbeeld: A. toont aan B. eene onderhandsche schuldbekentenis door dezen afgegeven, maar waarin deze beweert, dat slechts de naamteekening van zijne hand is. B. beweert dat de acceptatie onvolkomen is, en weigert op dien grond betaling. Ter voorkoming der vordering waarmede het hem bedreigt, gaat hij later met deze eene dading aan, waarbij hij tegen eene opoffering van diens kant de acceptatie voor geldig verklaart. Hierdoor zal B. onzes inziens verplicht zijn tot voldoening der schuld, waarvan hij het bewijs vroeger voor ongeldig hield, na de uitdrukkelijke verklaring van geldigheid bij de dading afgelegd.

Hecft het uitwendig gebrek daarentegen de nietigheid der gansche handeling, in de akte vermeld, ten gevolge,

omdat de wet tot het bestaan daarvan een voorgeschreven vorm vordert, te vergeefs zal men den nietigen titel bij dading willen bekrachtigen. B. v.: eene schenking van onroerend goed is bij onderhandsche akte gedaan, Eene dubbelzinnigheid in die akte voorkomende, geeft aanleiding tot een verschil over de uitvoering. Bij dading weet de begiftigde den schenker te bewegen, dat hij verklare de onderhandsche akte te beschouwen als ware zij eene authentieke. Ondanks deze verklaring zal de schenker geacht moeten worden bevoegd te blijven, om de gift niet uit te keeren. Tot de bestaanbaarheid van zoodanige schenking toch vereischt de wet eene authentieke akte, en deze moet natuurlijker wijze feitelijk bestaan.

Volgens de bepaling van art. 1892 B. Wb. moet men besluiten, dat eene dading over de uitwendige nietigheid eener akte, het regt niet opheft om haar op grond van een inwendig gebrek aan te vallen. Zoo zal hij, die, gelijk in het bijgebragte voorbeeld eene acceptatie, welke door een gebrek in den vorm, niet ten bewijze kon strekken van de schuld daarin uitgedrukt, bij dading voor geldig erkent, zijn regt behouden, om aan te toonen dat er indedaad tusschen hem en de tegenpartij geene schuld bestaat in zooverre althans de dading niet eene erkenning der schuld inhoudt.

Omgekeerd moet men echter aannemen, dat eene dading over eene inwendige nietigheid ook het regt opheft om de uitwendige nietigheid der akte te doen gelden. Niet ten onregte zegt MARBEAU hieromtrent: „dès que l'existence d'un contrat est reconnu il devient inutile de recourir à l'acte vicieux pour la prouver.”

Door sommigen wordt beweerd, dat dading over een

gebrek in eene akte gelijk staat met eene bekrachtiging, en dat alzoo de formaliteiten voor deze laatste handeling voorgeschreven, in casu ook bij dading moeten worden vervuld.

Voor al MARBEAU verdedigt deze stelling. Zijns inziens moet hier art. 1338 C. N. gelden. TROPLONG en ZACHARIAE spreken hem, naar wij gelooven te regt tegen. Ook voor ons regt waarin art. 1929 B. Wb. gelijkluidend is met het aangehaald Fransch artikel, is het van eenig belang dit punt te onderzoeken.

De toepassing van hetgeen in genoemde artikels wordt gezegd op dading, is dan eerst mogelijk, wanneer dading hetzelfde is als de bekrachtiging waarvan te dezer plaatse wordt gehandeld.

Eene aanwijzing van het verschil, dat tusschen beide handelingen bestaat, sluit eene wederlegging der bewering van MARBEAU in zich. Onzes inziens bestaat het in de eerste plaats hierin, dat bekrachtiging eene nietige verbindtenis veronderstelt, terwijl deze nietigheid bij dading juist een punt van verschil uitmaakt.

Maar voorts, en dit is opmerkelijk, bij eene akte van bekrachtiging wordt de vroegere regtsbetrekking, wat hare strekking betreft, op nieuw hersteld. De aard der dading brengt daarentegen mede, dat zij worde gewijzigd; want elk der partijen moet iets opofferen. Zoo kan een schenker b. v. eene schenking tijdens zijne minderjarigheid gedaan, bij zijne meerderjarigheid bekrachtigen.

De akte van bekrachtiging maakt alsdan melding van dezelfde verbindtenis, als die waartegen een grond tot nietigverklaring bestond.

Gaat een schenker daarentegen bij zijne meerderjarig-

heid eene dading aan over een verschil, omtrent de uitvoering zijner belofte dan moet 1°. de begiftigde ontkend hebben, dat de schenking door eenen minderjarige is gedaan, want anders kon hieromtrent geen *verschil* bestaan; maar 2°. is de overeenkomst, waarvan de akte van dading meldt, niet gelijk aan die der schenking. De eerste toch is *titulo oneroso*, de laatste *titulo lucrativo*. Waar zulke punten van verschil bestaan, mag men het bezwaarlijk achten om hetgeen in het bijzonder voor akten van bekrachtiging is voorgeschreven, bij analogie op dadingen toe te passen ¹⁾.

De vernietigende werking der dading op eene vordering mag thans geacht worden genoegzaam in het licht te zijn gesteld; er blijft nu nog over aan te toonen tot welke vorderingen de dading aanleiding geeft.

Gelijk bij iedere overeenkomst, kan ook bij dading de volvoering eener verplichting om iets te geven of te doen, welke eene der partijen op zich had genomen, door de andere in regten worden gevorderd. Die vordering ontstaat naar ons regt, waarin geen onderscheid wordt gemaakt tusschen *pacta* en *obligationes*, zoo als in het Romeinsche, niet uit den vorm, waarin men de overeenkomst mogt hebben gekleed, maar ontspruit uit de overeenkomst zelve.

Ook voor ons regt is de vroeger reeds gestelde vraag van belang, of de middelen waardoor de uitvoering eener

1) MARBEAU bl. 159—165 meent dat slechts door eene gelijkstelling der acte van bekrachtiging met dading de antinomie kan worden opgelost, welke schijnbaar tusschen art. 1340 en art. 2054 C. N. bestaat. Hierover spreken wij later.

regtsaanspraak oorspronkelijk was verzekerd, ook blijven bestaan, wanneer deze bij dading geheel of gedeeltelijk wordt erkend. De oplossing daarvan hangt ook hier weder geheel af van de uitspraak, of door dading schuldvernieuwing wordt te weeg gebragt. Voor het R. R. is ons gebleken dat dading als pactum niet geacht kan worden novatie te weeg te brengen, daar deze als eene formele handeling eene vernietiging *ipso jure* eener vroegere verbindtenis ten gevolge heeft. In ons regt, waar de werking ope exceptionis of *ipso jure* door het wegvallen van den vorm, waarop in het R. R. zoo bijzondere nadruk wordt gelegd, niet is onderscheiden, valt ook dit verschil tuschen de werking der dading en die der novatie weg.

Op verbindtenissen wordt door dading dan ook naar het hedendaagsche regt schuldvernieuwing tewegg gebragt, omdat bij deze overeenkomst door den schuldenaar eener vroegere verbindtenis, eene nieuwe schuldverbindtenis wordt aangegaan, welke in de plaats der oude wordt gesteld. Art. 1449, 1^e l. B. Wb. en art. 1271, 1^e l. C. N. worden alzoo bij dading in praktijk gebragt. Hetgeen voor den overgang van voorregten en hypotheken, welke aan eene schuldvordering zijn verbonden tot die, welke in derzelver plaats wordt gesteld, bij de wet is bepaald moet derhalve op dading worden toegepast. Art. 1457 B. Wb. en 1278 C. N. bepalen, dat deze middelen van verzekering, bij schuldvernieuwing niet tot de nieuwe verbindtenis zullen overgaan, tenzij de schuldeischer dit uitdrukkelijk hebbe bedongen, derhalve zal men moeten aannemen, dat het stilzwijgen van den schuldeischer bij dading over eene schuld, welke door borgtocht of hypotheek

was verzekerd, zijn regt verliest tegen hen, die op een der voorgestelde wijzen voor de voldoening hadden ingestaan ¹⁾.

Is vrijwaring bij dading verschuldigd? De gronden voor vrijwaring bij transactie aangevoerd, gelden ook voor die bij dading ²⁾. Van eenig gewigt is hier de vraag, of men onder vrijwaring ook moet verstaan die wegens verborgen gebreken? Onzes inziens zal men hierop een bevestigend antwoord moeten geven, indien men gelijk POTHIER bij dading dezelfde redenen tot de verpligting van vrijwaring aanneemt, als bij *koop en verkoop*.

Art. 1527 B. Wb. [art. 2027 C. N.] noemt onder de verpligting tot vrijwaring ook het instaan wegens verborgen gebreken.

Een beroep op art. 1528 B. Wb., waar gezegd wordt: dat bij gebreke van beding omtrent vrijwaring, de verkooper alleen verpligt is, om den kooper voor uitwinning te waarborgen, zou hier allen grond missen. Blijkbaar toch heeft de wetgever in de II^e Afd. Tit. V. de beide strekkingen achtereenvolgens willen behandelen, welke in art. 1527 B. Wb. aan de vrijwaring zijn toegekend.

1) B. v. A. beweert dat B. hem f 5000 schuldig is, welke bewering door laatstgemelden wordt ontkend. Bij dading erkent B aan A. f 5000 schuldig te zijn en belooft deze laatste iets aan B. te zullen geven of iets te doen of niet te doen. Hoewel de betaling der oorspronkelijke schuld door borgtogt was verzekerd, zoo zijn de borgen door deze dading ontslagen, omdat A. zich zijne regten daarbij tegen hen niet heeft voorbehouden.

2) Vgl. POTHIER, *Traité du Contrat de Vente*, no. 646, bl. 434.

Met art. 1540 B. Wb. vangt de uiteenzetting der vrijwaring wegens verborgen gebreken aan. Dit art. in verband brengende met art. 1528 B. Wb. zal men dan ook moeten toegeven, dat de verkooper door de wet evenzeer tot vrijwaring wegens verborgen gebreken is verplicht, en dit bij analogie op dading moeten toepassen.

HOOFDSTUK V.

DE NIETIGHEID EN DE GRONDEN TOT VER- NIETIGING DER DADING.

Van de voorwaarden, tot de bestaanbaarheid van overeenkomsten, blijft ons de toestemming der partijen nog ter behandeling over ¹⁾).

Het is reeds opgemerkt dat, waar geene toestemming valt aan te wijzen ook geene overeenkomst bestaat, —

1) Zie Hoofdst. II en III, waarin van de *bekwaamheid der partijen* het *voorswerp* en den *vorm* der dading is gesproken. Over de *oorzaak* hebben wij gezwezen, daar wij de gedachte deelen van den schrijver in „la Belgique Judiciaire XVIII, no. 3, bl. 34.” *De la cause en matière de conventions*: „Il ne doit pas être question de cause; toutes les critiques dirigées contre les conventions et fondées soit sur l'existence d'une cause vicieuse, prendront leur dénomination véritable, la seule qui leur convienne; et l'on argumentera, pour faire tomber la convention, soit de l'absence de consentement ou d'objet, soit d'un vice inhérent à l'un ou à l'autre de ces deux éléments. Dès lors la critique sera claire et précise, et pour résoudre les difficultés que pourront présenter les questions de preuve, il suffira de recourir aux principes établis relativement au consentement et à l'objet des conventions.”

terwijl daar, waar integendeel overeenstemming is geweest en dus feitelijk ook eene overeenkomst is gesloten, maar waar gebrek aan zedelijke vrijheid in het verklaren van den wil, de overeenstemming gebrekkig maakt, de overeenkomst zelve gebrekkig en voor vernietiging vatbaar wordt.

Waar geene overeenkomst bestaat kan van geene vernietiging sprake zijn, de handeling is uit zich zelve nietig, — waar daarentegen eene overeenkomst gebrekkig is moet de regter beoordeelen of het gebrek van dien aard is, dat de handeling zelve vernietigd of nietig verklaard behoort te worden. Wij spreken hier nu niet van de *nietigheid*, gelijk in ons Wetboek en in het Fransche, waarin zij dikwerf met de *vernietiging* wordt verward, en immer gelijk deze door den regter moet worden uitgesproken — maar denken ons eene dading als *nietig*, wanneer zij door gebrek *aan* toestemming *feitelijk* niet bestaat, *vatbaar voor vernietiging* daarentegen, wanneer zij, hoewel feitelijk bestaande, door een gebrek *in* toestemming *juridisch* van onwaarde is.

Toestemming veronderstelt, zooals vroeger is opgemerkt, identiteit van gedachten omtrent de zaak waarover gehandeld wordt en den aard der handeling zelve, terwijl de contrahenten elkander over en weder moeten aanzien als den persoon, met wien zij handelen willen. Verschil van gedachten omtrent een dezer drie punten verhindert de toestemming. B. v.: Gij denkt met mij eene dading aan te gaan over een verschil tusschen ons en eenen derden persoon bestaande. Gij komt te zamen met dezen persoon en hem voor mij aanziende, treft gij met hem dading. Het verschil uwer gedachten sluit hier

uwe toestemming uit. Gij gaaft uwe goedkeuring, denkende eene regtsbetrekking tusschen u en mij te scheppen, hij dacht daarentegen u aan zich te verbinden. Uw beider wil, verre van dezelfde te zijn, is geheel onderscheiden.

De dwaling in persoon hier voorgesteld heeft daarenboven dissensus in objecto ten gevolge, want gij denkende met mij dading te treffen moest onvermijdelijk denken aan het verschil tusschen u en mij bestaande, de tegenpartij daarentegen had het verschil tusschen u en haar op het oog. Nog duidelijker wordt het hierdoor dat er feitelijk geene overeenkomst tusschen u beiden bestaat; hetgeen tusschen u heeft plaats gehad is geheel in strijd met de beschrijving, welke ULPIANUS in l. 1, § 3 D. *de Pactis* (II, 14), geeft: *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.*

Hoe verschil van gedachten omtrent den aard der handeling de toestemming uitsluit is duidelijk: Gij denkt bijv. met mij eene dading aan te gaan, terwijl ik mij voorstel een *pactum remissorium* met u te sluiten. Hoe wil er eenige regtsbetrekking hieruit tusschen ons ontstaan, de een heeft zich verbonden in de gedachte aan eene tegenpraestatie, de ander beoogde door deze handeling slechts zijn voordeel en vermeende niets van zijnen kant te doen.

Dwaling in den persoon waarmede, en in de zaak waarover getransigeerd wordt, of omtrent den aard der handeling, maakt alzoo de dading nietig, zoo dikwerf zij de toestemming der partijen uitsluit.

„Zien wij nu wat de Wetgever omtrent *dwaling* zegt. In art. 1896. B. Wb. Art. 2053 C. N. leest men:

„Eene dading kan *vernietigd* worden wanneer er *dwaling* heeft plaats gehad omtrent den persoon of omtrent het onderwerp van het geschil.

Zij kan vernietigd worden in alle de gevallen, waarin bedrog of geweld heeft plaats gehad.”

Het behoeft weinig scherpzinnigheid om terstond in te zien, dat hier van eene andere *dwaling* gesproken wordt dan die, waarover wij hebben gehandeld. De *dwaling*, welke gebrek *in* toestemming ten gevolge heeft, waardoor de overeenkomst juridisch van onwaarde is en daarom kan worden vernietigd moet hier zijn bedoeld.

Men zal zich evenwel herinneren, hoe het vroeger is gebleken, dat deze *dwaling* van geenen invloed op transactie was, ook dan wanneer deze eene *res lite incerta* ten voorwerp had en dus met dading overeenkwam ¹⁾.

Door Mr. DIEPHUIS wordt 's wetgevers bedoeling uiteengezet en verdedigd; wij kunnen niet beter doen dan zijne beschouwing hier te laten volgen, om daaraan onze uitspraak over de hier bedoelde *dwaling* te toetsen.

„Eveneens,” zoo zegt de geachte schrijver ²⁾, „kan eene dading vernietigd worden wanneer er *dwaling* plaats heeft gehad omtrent het onderwerp van het geschil. Ook hierbij moet men zich voorstellen, niet dat de een over deze en de ander over gene zaak meent te handelen — *dan toch is er geene overeenstemming* — maar dat partijen iets

1) Zie Ie Ged. Hoofdst. VI, bl.

2) t. a. p. bl. 483, no. 1086.

anders als het onderwerp van het geschil beschouwen, dan het eigenlijk is. Het woord *onderwerp* van het geschil moet voorts in eenen algemeenen zin worden opgevat, zoodat het niet slechts de zaak, waarover het geschil loopt, maar ook den aard van het verschil, de wijze, waarop het daarover loopt, omvat. Dit laatste zou b. v. te pas komen, wanneer men meende, dat een geschil alleen van bezit-regtelijken aard was, terwijl het werkelijk liep over het regt tot de zaak. Al is er dan geen twijfel omtrent de zaak, er is desniettemin dwaling omtrent het onderwerp van het geschil. De hier bedoelde dwaling moge voorts niet dikwijls voorkomen, als onmogelijk moet men zich haar zeker niet voorstellen."

Al dadelijk zal men hebben op te merken, dat Mr. DIEPHUIS onderscheid maakt tusschen het onderwerp, of beter welligt gezegd de zaak waarover het geschil loopt, en de zaak waarover dading wordt getroffen, het *geschil* zelf. Diezelfde onderscheiding vindt men bij MARBEAU¹⁾, waar men afzonderlijk vindt gesproken van *l'objet de la contestation* en *l'objet de la transaction*. Beide schrijvers denken zich dwaling in de zelfstandigheid der zaak, waarover het verschil is ontstaan als grond tot vernietiging voor de dading. Zij herinneren ons daardoor aan de theorie van HELLFELD²⁾. Ziehier een voorbeeld door MARBEAU gegeven: Ik bezit een zilveren servies, waarvan gij beweert eigenaar te zijn. Wij treffen dading, gij laat mij het servies op voorwaarde, dat ik u *f* 5000 zal betalen. Wanneer ik later ontdek dat het servies van

1) t. a. p. no. 32.

2) Zie boven bl. 126.

verzilverd koper is, kan ik vernietiging der dading vragen.

De vroeger gemaakte opmerking, dat men dading zorgvuldig heeft te onderscheiden van koop en verkoop, mag hier worden herhaald. Wat was de vraag tusschen u en mij in het gegeven geval. Dat ik u *f* 5000 zal geven, wanneer ik het servies, dat ik voor een zilveren houd, mag blijven behouden — of betaal ik u *f* 5000, opdat gij mij niet langer met uwe vordering zult kwellen? De laatste zonder eenigen twijfel daar de eerste onmogelijk was. Er bestond tusschen ons verschil omtrent den eigendom van dit servies. Dit kon onmogelijk bestaan of ieder onzer moest daarop regt beweren te hebben — hierdoor is het twijfelachtig en zou het eerst door den regter kunnen worden uitgemaakt of ik dit servies niet regtens bezit. Welnu ware dit laatste zeker, zoo zoude ik het van u niet kunnen koopen, want „*nemini res sua tradi potest.*”

Keeren wij dit voorbeeld om, zoo verkrijgen wij dezelfde uitkomst. Ik laat u het servies indien gij mij *f* 5000 betaalt. Hier zijn de *f* 5000 niet in betaling van het servies, maar komen als tegen-paestatie voor van de opoffering mijner bewering, waardoor ik eene vordering tegen u in zou kunnen stellen of welligt reeds gesteld heb — zij zijn niet anders dan het middel waardoor gij mij beweegt om geene vordering in te stellen, of om haar te staken.

Genoegzaam blijkt hieruit, hoe de zaak, waarover het verschil loopt, geheel buiten de dading ligt — het voorwerp dezer handeling is uitsluitend het verschil zelf. Hierop is de geheele handeling gerigt, met het oog

daarop besluiten de partijen, over en weder tot eene opoffering.

Het verschil nu waarover wordt getransigeerd, als iets dat slechts denkbaar en niet tastbaar is, heeft geene zelfstandigheid en kan dus nooit aanleiding geven tot eene dwaling, welke tot vernietiging der overeenkomst zou kunnen leiden ¹⁾.

Dit laatste schijnt door Mr. DIEPHUIS te zijn gevoeld, waarom anders de verklaring gegeven van de woorden *onderwerp van het geschil*? Terwijl de geachte schrijver hieraan eene algemeene beteekenis wil toekennen, komt het ons voor dat de vertolking van *onderwerp* door *aard van het verschil* of *wijze waarop het verschil daarover loopt*, veelmeer onjuist zal moeten worden genoemd.

Maar stellen wij nog het voorbeeld door Mr. DIEPHUIS bijgebracht. A. denkt dat hij bij dading een verschil over het bezit uitmaakt, terwijl B. aan het regt tot de zaak denkt. Is hier de toestemming gebrekkig of is er gebrek aan toestemming bij de partijen? Onzes inziens zal dit verschil van kwalifikatie door de partijen aan het geschil gegeven, wel als een *dissensus in objecto* moeten worden aangemerkt ²⁾.

Dwaling in den persoon is bij dading dan aanwezig volgens Mr. DIEPHUIS, wanneer men den persoon met wien men transigeert, houdt voor dengene met wien men iets heeft uitstaande. Dit is voorzeker waar en geen andere dwaling in den persoon is bij dading denkbaar. Maar, mag men vragen, sluit deze dwaling de

1) Zie art. 1358, 1^e l. B. Wb.

2) Zie hierboven bl. 247.

toestemming niet uit en maakt zij de dading dus niet van nature nietig?

Een bevestigend antwoord moet hier volgen naar aanleiding onzer vroegere beschouwingen. Ook bij Mr. DIEPHUIS zou men dit hebben verwacht, daar de dwaling in persoon, zoo als zij door hem wordt gedacht, gelijk staat met die in het voorwerp, waardoor partijen haren wil omtrent verschillende zaken verklaren; van deze zegt de geachte schrijver, dat zij de overeenstemming uitsluit. Naar wij gelooven komt Mr. DIEPHUIS er toe, om dwaling in den persoon als grond tot vernietiging eener dading voor te stellen door eene verkeerde toepassing van art. 1358, 2^e l. B. Wb. Zoo als te regt door Mr. OPZOOMER ¹⁾ wordt opgemerkt, handelt dit artikel van dwaling, welke de toestemming gebrekkig maakt, maar haar niet uitsluit. Eerstgenoemde schrijver schijnt hier van de gedachte te zijn uitgegaan, dat dwaling in den persoon volgens gemeld art. nimmer eene overeenkomst van regtswege nietig maakt. Gelijk echter reeds meermalen is gezegd, de wetgever gaat bij de behandeling der dwaling van de vooronderstelling uit, dat er feitelijk eene overeenkomst is gesloten, d. i. overeenstemming aanwezig is. Van daar dat men met Mr. OPZOOMER in moet stemmen, dat: „wanneer hetgeen men onder den naam van dwaling begrijpt van dien aard is, dat er inderdaad geen toestemming gegeven is, dan ligt het geval buiten de grenzen van art. 1358 B. Wb., en behoeft men dus niet angstvallig te vragen naar de nadere bepalingen daarin vermeld.”

1) t. a. p. II, bl. 89.

Deze gedachte moet ook aan art. 1895 B. Wb. ten grondslag liggen, hoe kon anders dwaling in den persoon of omtrent het voorwerp gelijk gesteld worden in invloed, met bedrog en geweld? Zoo als het art. dáár ligt, zien wij maar ééne wijze van oplossing. De wetgever mag gedacht hebben aan het geval dat eene der partijen in dwaling aan de andere eene hoedanigheid toekent, welke in waarheid bestaande, een verschil tusschen haar beiden zou hebben kunnen doen ontstaan.

Een voorbeeld hiervan is ons vroeger voorgekomen in l. 36 fam. eresc.

A. denkende dat B. zijnen medeërfgenaam is, stelt eene vordering tot boedelscheiding tegen hem in. Transigerende komen zij overeen dat de boedel nog drie jaren onverdeeld zal blijven. Blijkt het nu later dat B. geen medeërfgenaam is, omdat hij b. v. onwaardig is, zoo heeft A. regt om vernietiging der dading te vragen ¹⁾. Evenwel zal in zoodanig geval de dwaling in den persoon veelal tot gebrek aan een voorwerp leiden, zooals vroeger reeds is gezegd.

Omtrent de dwaling in het voorwerp, hier bedoeld,

1) De Fransche Wetgever, die zoo als men weet veel uit *DOMAT* heeft geput, mag ook deze gedachte van hem hebben overgenomen: „Si la personne, qui a un différend, en transige avec celui qu'elle croit être sa partie et qui ne l'est pas, cette transaction sera inutile, ainsi par exemple, si un créancier d'une succession transige avec celui, qu'on croyait être héritier, et qui ne l'était pas, cette transaction sera sans effet et à l'égard du vrai héritier, car le vrai héritier n'a pu être obligé par le fait d'un autre et le créancier n'a pas été obligé de sa part envers cet héritier, avec qui il n'a point traité et pour qui il pouvait avoir moins de considération que pour celui qu'il avait cru être l'héritier.”

zal men zich hebben te denken, dat partijen zich verbeelden een verschil te hebben, terwijl dit in waarheid reeds was afgedaan. Op deze voorstelling schijnt art. 1899, 1^e l. B. Wb. te steunen, waarom anders wordt van de onwetenheid van beide de partijen of van eene harer daarin gesproken? In het rapport van ALBISSON ¹⁾ vindt men dit ook werkelijk beweerd: „*La transaction doit être nulle, dus wordt daarin gezegd, soit que l'ignorance du jugement eût été commune entre les parties, parceque toute contestation entre elles ayant cessé à leur insu, elles auraient erré l'une et l'autre sur l'existence de la contestation.*

Mr. DIEPHUIS acht de dwaling in het voorwerp hierin gelegen, dat partijen iets anders als het voorwerp van het geschil denken, dan het eigenlijk is. Later verklaart hij dit, door de partijen een ander attriboot aan het verschil te doen toekennen, dan het werkelijk heeft, b. v. haar een geschil als possessoir te laten denken, dat inderdaad petitoir was. Onzes inziens, is dergelijk geval niet alleen zeldzaam, zoo als Mr. DIEPHUIS wil, maar onmogelijk. Hoe toch laat het zich denken, dat geene der partijen zou weten, wat zij eigenlijk beweerde, en zich onbewust zoude zijn of zij eene aanspraak ten petitoire dan wel ten possessoire doet gelden, of ontkent. Ieder verstandig mensch moet zijne gedachten kennen. Gesteld b. v. dat A. eigendom beweert van eenen fundus, waarop B. eene heg heeft geplant, en dat B. het regt van A. ontkent. Is het nu denkbaar dat A. en B. respectievelijk zullen denken dat over het bezitregt wordt gestreden.

1) Zie LOCRÉ, t. a. p. bl. 436.

In den zin, door ons en ook in dien, door Mr. DIEP-HUIS aan dwaling in het voorwerp gehecht, is het eigenlijk niet de dwaling, maar gebrek aan voorwerp, waardoor de dading nietig is.

Zelfs met deze uitlegging blijft art. 1896, 1^e l. B. Wb. minstens overtollig, nà hetgeen er in art. 1356, 3^e l. B. Wb. is bepaald.

Welligt zoude men nog veeleer met ZACHARIAE omtrent de toepassing der dwaling op dading kunnen zeggen: „*Auch in dieser Lehre unterscheidet der C. C. nicht genau zwischen den Fällen, in welchen der Vertrag als nicht geschlossen zu betrachten ist, und zwischen den Fällen, in welchen er nichtig, d. i. aus Rechtsgründen ungültig ist* 1).

Terwijl het bij ons vast staat, dat dwaling in den persoon of in het voorwerp, bij dading slechts voorkomt als de nietigheid der overeenkomst ten gevolge hebbende, daar zij of de overeenstemming verhindert of tot eene overeenstemming leidt, welke als niet op een bepaald voorwerp gerigt, geheel ijdel is, blijft het onderzoek nog over of dwaling in het regt de toestemming gebrekkig en daardoor de dading voor vernietiging vatbaar maakt.

Het verschil, waarover bij dading wordt gehandeld, is het resultaat van twee tegenstrijdige beweringen omtrent eene zelfde zaak. Ieder dezer beweringen moet op een regt doelen, daar anders hieruit nimmer een geding zou kunnen worden geboren, en alzoo het criterium van dading niet voorhanden zou zijn. Wanneer eene der partijen een regt beweert, en de ander dit regt ontkent, moet noodwendig eene harer in dwaling verkeeren. Van

1) t. a. p. II, § 422, not. 1.

twee tegenovergestelde beweringen omtrent eene zelfde zaak kan er toch slechts ééne waar zijn. In den aard der dading ligt het dus, dat immer eene der partijen in dwaling verkeert omtrent het regtmatige harer aanspraak. Van daar dat men te regt in ons Wetboek even als in het Fransche uitdrukkelijk heeft bepaald, dat dading wegens dwaling in het regt niet kan worden vernietigd ¹⁾.

Minder juist mag de grond worden geheeten, waarop **MARBÉAT** de Fransche wetsbepaling verdedigt. Volgens hem is de onzekerheid omtrent het regtmatige eener bewering, waardoor men tot het treffen van dading bewogen wordt, geene verhindering tot het bestaan der overeenstemming. Dit is voorzeker waar, maar dit is nog geen bewijs voor de juistheid van het Fransche wetsartikel. Veeleer zou moeten worden bewezen dat de dwaling in het regt de toestemming niet gebrekkig maakt, daar de wetgever van vernietiging spreekt.

Vreemd komt ons ten dezen de bewering van **Mr. DIEPHUIS** voor, dat dwaling in het regt dwaling in het voorwerp bij dading ten gevolge kan hebben, en alsdan aanleiding tot vernietiging geeft. Moeijelijk is het te begrijpen hoe de geachte schrijver zich de zaak voorstelt. Zie hier een voorbeeld vroeger door hem zelven bijgebracht ten betooge, dat in het algemeen dwaling in het regt dwaling in het voorwerp, d. i. in de zelfstandigheid der zaak, kan medebrengen ²⁾. Iemand bedingt eene erfdienstbaarheid van *dreef*, denkende dat daarin het regt van *weg*

1) Art. 1895, 2e l. B. Wb. (2052 C. N.)

2) Zie t. a. p. VI, bl. 189.

begrepen is. Hier is de dwaling in het regt tevens een error in substantia.

Maar bij dading moeten de partijen zich een ander onderwerp van het geschil denken, dan het inderdaad is, zoo als de schrijver meent. Hierdoor zouden zij in het voorgaand voorbeeld moeten denken dat zij transigeerden over een verschil omtrent de erfdienstbaarheid van weg, terwijl het verschil over een servituut van dreef liep.

Niets anders dan eene dwaling in den aard van het verschil, d. i. van het voorwerp der dading merken wij hier op. Zoo als Mr. DIEPHUIS en naar men mag aannemen ook de wetgever zich dwaling in het voorwerp bij dading denkt, als inhaerent namelijk aan beide partijen, kan zij nimmer zamenvallen met den *error juris* bij dading. Deze laatste toch kan slechts bij eene der partijen bestaan. Men dwaalt b. v. in het regt, wanneer men bij zich zelven meent dat eene aanspraak, welke men beweert, twijfelachtig is, terwijl zij werkelijk volkomen regtmatig is.

Naauw verwant aan de vraag of dwaling in het regt grond tot vernietiging der dading oplevert, is die of men wegens benadeeling tegen eene dading op kan komen? Benadeeling toch is immer het gevolg van dwaling, hetzij die bij ons zelven is ontstaan, hetzij wij daarin moedwillig door een ander zijn gebragt, in welk geval er *bedrog* zal vallen aan te wijzen. Denkt men zich nu dat iemand eene bewering heeft opgegeven en hij later bemerkt, dat hij volkomen in zijn regt was, zoo is hij voorzeker benadeeld, maar door eene dwaling in het regt. Van ééne zijde blijkt dus reeds dat benadeeling geenen grond tot rescissie oplevert. — Maar geeft

benadeeling ten gevolge eener dwaling in de zaak, welke men als tegenpraestatie ontvangt voor de opoffering eener bewering, regt om de vernietiging der dading te vragen?

Om dit te kunnen bevestigen, zou de zaak, omtrent welker zelfstandigheid eene der partijen heeft gedwaald en dien ten gevolge is benadeeld, het voorwerp der overeenkomst moeten zijn. Dit nu is nimmer het geval, daar als het eenig voorwerp der dading een verschil moet worden aangemerkt. Voert eene der partijen aan, dat zij hare bewering slechts heeft opgegeven in de veronderstelling, dat de zaak welke zij als tegenpraestatie zou ontvangen van deze of gene zelfstandigheid was, zoo voert zij eene beweegreden aan, welke voor den regter niet de minste waarde kan hebben. Deze heeft te vragen naar het eenig motief, dat de wet tot het treffen van dading vordert, het verlangen namelijk om een toekomstig geding te voorkomen of een bestaand te eindigen. Niet zoo als bij koop en verkoop, herhaalde malen is dit reeds opgemerkt, verhouden zich de wederzijdsche verplichtingen der partijen bij dading. Wordt men bij de eerste overeenkomst verondersteld in het verkochte eene waarde te zien gelijkstaande met die der koopsom, bij dading is het onmogelijk dat eene der partijen met juistheid de waarde bepale van de opgeofferde bewering, daar dit geheel afhangt van de bij dading onbesliste vraag, of deze opoffering in waarheid een' afstand van een regt zou kunnen worden genoemd. Van daar dat geene der partijen aan kan wijzen, dat zij door het geven eener zaak in erkenning voor eene opoffering van bewering benadeeld is geworden.

Terwijl bij koop en verkoop zelfs benadeeling, naar

ons regt, geen grond tot vernietiging oplevert, kon zij noodwendig ook bij dading dit gevolg niet hebben. Zelfs zonder wettelijke bepaling zou men hiertoe moeten besluiten, ten overvloede wordt het evenwel in art. 1895 B.Wb. nog gezegd.

In Frankrijk, waar benadeeling tot vernietiging van koop en verkoop kan leiden is de bepaling van art. 2052 C. N. volkomen op hare plaats. Tot het opnemen daarvan bestond daarenboven eene historische aanleiding. De Romeinsche strijd ten dezen was ook in Frankrijk overgebracht en had zelfs eene koninklijke beslissing noodig gemaakt. Deze vindt men in het Edict van FRANS II, (April 1560) waarin met zoo vele woorden wordt gezegd, dat benadeeling niet de vernietiging der dading ten gevolge mag hebben.

De beschouwing van POTHIER over deze uitspraak, zal voorts den Franschen wetgever hebben voorgelicht en bewogen hebben, om ten dezen het vroeger geldend regt te bevestigen.

La raison de l'édit, zoo zegt POTHIER ¹⁾ se tire de la nature particuliere de ces conventions (transactions). Dans les autres contrats intéressés, chacun des contractants a intention de recevoir autant qu'il donne, et de ne rien relâcher de ce que lui appartient. Son consentement n'est donc pas entièrement parfait, lorsqu'il est lésé, puis qu'en ce cas il part d'une erreur, dans laquelle il est, qu'il reçoit autant qu'il donne; et c'est sur le fondement de ce défaut dans son consentement, qu'il est admis à se faire restituer contre le contrat. Au contraire dans les transactions, par

1) t. a. p. I, bl. 12, no. 36.

la nature même de ces conventions les contractants ont intention d'éviter un procès, même au dépens de ce qui leur appartient."

Uit den algemeenen inhoud van art. 1895 B. Wb. volgt, dat ook minderjarigen niet tegen eene dading op kunnen komen; daarenboven ligt dit in art. 1484 B. Wb. opgesloten.

Hoe het tegenovergestelde volgens art. 1305 C. N. moet worden aangenomen is vroeger betoogd ¹⁾.

Wat heeft men te denken van eene dading op grond van documenten aangegaan, welke later blijken nietig te zijn?

In het voorgaand Hoofdstuk deed zich de vraag voor, in hoeverre men kon transigeren over de nietigheid van eenen titel, en werd kennis dier nietigheid bij de partijen voorondersteld. Hier daarentegen denken wij ons de partijen in de meening, dat de documenten echt zijn, terwijl het na het sluiten der dading eerst blijkt, dat de titels nietig waren.

De nietigheid van eenen titel sluit onzes inziens alle verschillen daarover uit, onafhankelijk of partijen van die nietigheid al of niet kennis droegen. In het laatste geval mogen zij denken een verschil te hebben, in werkelijkheid is haar twist onbestaanbaar. Komen zij alzoo overeen bij dading, om het in hare verbeelding bestaand verschil uit te maken, zoo is haar wil inderdaad gerigt op iets, dat niet bestaat, en mist hare handeling een in werkelijkheid bestaand voorwerp.

De dading in dwaling naar aanleiding van eenen nie-

1) Zie II^e Ged. Hoofdst. II bl. 157.

tigen titel gesloten, komt alzoo eenigermate overeen met die, welke door partijen wordt aangegaan over een verschil, dat buiten haar weten in regten is beslist.

In beide gevallen hebben partijen aan iets gedacht, wat onmogelijk bestaan kon — in beide gevallen is de dading uit haren aard nietig.

De nietigheid van den titel kan zichtbaar of onzichtbaar zijn. Waar zij zichtbaar is, verkeert de partij, die hem voor geldig houdt, noodwendig in een *error juris*; want een zichtbaar gebrek is immer een gebrek in den vorm der akte.

Waar de nietigheid niet zichtbaar is, kan de dwaling òf een *error juris* òf een *error facti* zijn. De eerste komt voor, wanneer men de omstandigheid waarin de nietigheid der akte gelegen is kent, maar niet weet, dat zij regtens den titel ongeldig maakt; de tweede is voorhanden, wanneer van het bestaan der omstandigheid, welke den titel van onwaarde maakt, geene kennis wordt gedragen.

Doet hier het onderscheid in dwaling iets af tot de onbestaanbaarheid der dading? Wij gelooven het veilig te mogen ontkennen. In welken waan partijen ook verkeeren, het verschil waarover zij dading treffen blijft immer onbestaanbaar.

Wij komen daardoor tot het besluit, dat dading aangegaan op eenen ongeldigen titel, welken partijen in dwaling voor geldig hielden, bij gebrek aan voorwerp, van nature nietig is.

Zie hier de hemelsbreed afwijkende bepaling van art. 1897 B. Wb.

„Insgelijks kan men de *vernietiging* eener dading vragen, wanneer dezelve ten gevolge eener dwaling in feiten is hegaan ten aanzien van eenen titel, die nietig was, behalve in het geval dat partijen uitdrukkelijk over die nietigheid eene dading hebben getroffen.”

Duidelijk is het, dat de leer van dwaling, en wel van die welke de toestemming gebrekking maakt, hier wederom op den voorgrond is gesteld. Daarom wordt er slechts van *dwaling in feiten* gesproken, daar de *error juris* vroeger verklaard was, als geen' grond tot *vernietiging* der dading op te leveren. Naar het ons toeschijnt is de bepaling van art. 1897 B. Wb. onjuist. Hoe toch kan men zeggen, dat de zedelijke vrijheid door dwaling is belemmerd geweest, wanneer beide partijen, door dezelfde gedachte geleid, haren wil verklaren?

Eene vergelijking van dit artikel met art. 2054 C. N. zal het verschil doen uitkomen, dat tusschen beide bestaat.

„*Il y a également lieu à l'action en rescission — zoo heet het in den C. N. — contre une transaction lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité.*”

Van dwaling wordt hierin niet gesproken; — ondanks de vordering tot vernietiging, waarvan het art. gewaagt, blijkt het uit de beraadslagingen daarover in de Wetgevende Vergadering, dat men hier het gemis van voorwerp, of het daarmede gewoonlijk verward gebrek aan oorzaak op het oog had ¹⁾. „*Toute convention a une cause,*” zegt GILLET in zijn rapport, „*celle de la transaction est*

1) Zie dit Hoofdst. noot 1, bl. 242.

la crainte d'un procès (propter timorem litis). Ainsi lorsque le procès est terminé par un jugement passé en force de chose jugée; ils ne peut plus y avoir de transaction... Il faut en dire autant si la transaction n'est que l'exécution d'une pièce nulle. La convention manque de cause, à moins que les difficultés élevées sur la nullité même n'en aient été l'objet."

Vroeger had BIGOT DE PRÉAMENEU recds gezegd: „Lorsqu'un titre est nul il ne peut en résulter aucune action pour son exécution: ainsi lors même que dans ce titre il y aurait des dispositions obscures, elles ne pourraient faire naître de contestation douteuse puisque celui contre qui on voudrait exercer l'action aurait dans la nullité un moyen certain d'en être déchargé. Il faut donc pour que, dans ce cas, la transaction soit valable, que les parties aient expressement traité sur la nullité."

Men ziet hieruit, dat in de Fransche Wetgevende Vergadering ten dezen niet aan dwaling, maar bepaaldelijk aan nietigheid d. i. onbestaanbaarheid der dading is gedacht. Jammer dat men van die gedachte uitgaande, van de vordering tot vernietiging heeft gesproken. De vermelding dezer vordering heeft al spoedig aanleiding gegeven, tot de meening, dat in dit artikel mede van dwaling werd gesproken. Deze eens bestaande, kon het wel niet anders, of men moest verschillen, omtrent de soort van dwaling, hier waarschijnlijk bedoeld. MERLIN denkt zich hier de *error juris* zoowel als de *error facti* als grond tot vernietiging. In de praktijk werd zijne meening verworpen ¹⁾ en nam men hier bepaaldelijk

1) Arr. de Cass. 3 Dec. 1813.

de *error facti* aan. TROPLONG, DURANTON en MARBEAU hebben deze laatste leer ingang doen vinden.

Door eene onjuiste uitdrukking, heeft art. 2054 C. N. alzoo aanleiding gegeven tot meeningen lijnrecht in strijd met die van den wetgever, en door verloop van tijd heeft eene dezer zelfs wettelijk gezag verkregen.

Meer lettende op den strijd over art. 2054 C. N. dan op de bedoeling des Franschen wetgevers, heeft men bij ons gemeend dien strijd te beslissen, door de zegevierende meening tot wetsbepaling in ons wetboek over te nemen en ziedaar art. 1897 B. Wb. even onjuist als het Fransche, wat aangaat de vermelding van de vordering tot vernietiging, maar nog meer gebrekkig dan dit, door de daarin als oorzaak der vernietiging opgenoemde: *dwaling in feiten*.

Mr. DIEPHUIS ¹⁾ verdedigt ook in dezen ons wetboek, en werpt aan ZACHARIAE ²⁾ tegen, die van oordeel is, dat hier geen sprake van dwaling kan zijn, maar dat de overeenkomst bij gebrek aan *oorzaak* nietig is, dat: art. 2054 C. N. van eene regtsvordering tot vernietiging spreekt, welke niet te pas zou komen, wanneer de dading bij gebrek aan oorzaak nietig was. Dit zijn wij met den geachten schrijver eens, en noemen daarom ook art. 2054 C. N. onjuist. Daarentegen mag men Mr. DIEPHUIS niet toegeven, dat de dading, zoo zij wegens gemis van oorzaak werkelijk krachteloos was, niet van kracht zou kunnen worden door de omstandigheid, dat partijen uitdrukkelijk over de nietigheid eene dading hebben aan-

1) t. a. p. bl. 484, no. 1087.

2) t. a. p. II, bl. 422, no. 4.

gegaan. Gesteld dat men voorwerp oorzaak noemt, dan is bij eene dading over de nietigheid eens titels, het verschil over die nietigheid de oorzaak der dading.

Ten derde zegt de schrijver, is in geval van art. 1897 B. Wb. inderdaad eene oorzaak aanwezig in het doel en de strekking der dading. Dit is het juist wat ontkend moet worden. Spreekt men bij dading van *oorzaak* en zoo als Mr. DIEPHUIS die in het algemeen opvat als het doel dat partijen beoogen, dan heeft men te vragen of de overeenkomst strekt tot het voorkomen of eindigen van een geding, daar dit het doel is door de wet aan dading toegeschreven. Transigerende over eenen titel, die inderdaad nietig is, voorkomt noch eindigt men een geding.

Een voorname grond voor onze bewering dat de dading bij art. 1897 B. Wb. als nietig had behooren te worden voorgesteld ligt in het volgend artikel, waar gezegd wordt even als in art. 2054, C. N.:

„Eene dading aangegaan op grond van stukken, die naderhand zijn bevonden valsch te zijn, is ten eenenmale nietig.”

Terwijl in art. 1897 B. Wb. in het algemeen van eenen nietigen titel wordt gesproken vindt men hierin daarentegen van eene species van nietigheid gehandeld, t. w. van nietigheid wegens *valschheid*. Doet het iets af tot het gevolg eener akte of zij wegens een gebrek in den vorm dan wel door vervalsching nietig is? Voorzeker niet, in beide gevallen kan de akte, als nietig, geen gevolg hebben.

Het staat dus gelijk of ik transigeer over den inhoud eener akte, welke ongeldig is wegens gebrek in den vorm

of wegens eene omstandigheid buiten de akte gelegen, of dat ik dading aanga over een verschil, dat uit den inhoud van een vervalscht document is ontstaan. De nietigheid der akte heeft die van hetgeen daarin vermeld wordt noodwendig ten gevolge.

Wanneer men een valsch stuk voor echt aanziet, zoo verkeert men òf in eenen *error juris* òf in eenen *error facti*. Het eerste, wanneer men wist dat het stuk valsch was en niettegenstaande het voor echt heeft gehouden — het laatste wanneer men van de vervalsching onkundig is geweest. Art. 1898 B. Wb. bepaalt in het algemeen, dat dading over valsche stukken, welke men voor geldig hield ten eenenmale nietig is. *Error juris* en *error facti* worden hier dus gelijkelyk onder begrepen. Men bewijs dat de nietigheid hier niet het gevolg is van dwaling, want anders zou voorzeker de eerste hier niet onder vallen, volgens den stelligen inhoud van art. 1895, 2^e l. B. Wb.

Nu mag men vragen, waarom is voor dading over eenen nietigen titel iets anders bepaald, dan voor die over eenen valschen titel?

Wij blijven het antwoord schuldig en zien eene inconsequentie tusschen hetgeen in deze twee op elkander volgende artikels is bepaald.

Gebrek aan voorwerp is de reden der *nietigheid* van dading over eenen valschen titel; om die reden verklaart art. 1898 B. Wb. dit uitdrukkelijk, welnu bij volkomen overeenstemming van omstandigheden, had in art. 1897 B. Wb. niet van eene vordering tot nietigverklaring mogen worden gesproken. — *Dwaling* wordt in art. 1898 B. Wb. niet genoemd, *dwaling in feiten* dad in art. 1897 B. Wb. behoord achterwege te blijven.

TROPLONG éénmaal van de gedachte aan dwaling uitgaande, wil deze leer ook in art. 2055 C. N. zien toegepast, niettegenstaande daar gezegd wordt, dat de dading volkomen nietig (entièrement nulle) is. Volgens hem ontbreekt bij eene dading over stukken, welke naderhand bevonden worden valsch te zijn, die overeenstemming (cette sincérité de consentement) zonder welke geene overeenkomst bestaanbaar is ¹⁾. Hoe hier gedacht kan worden aan eene dwaling, welke gebrek aan toestemming teweeg brengt is moeilijk te begrijpen. De partijen toch denken identisch en zijn het volkomen eens, om een punt van verschil, zoo als dit uit de haar geldig toeschijnende akte blijkt, door dading uit den weg te ruimen.

Mr. DIEPHUIS welligt de overeenstemming erkennende, welke tusschen dit artikel en het daaraan voorgaande bestaat, blijft zich getrouw en spreekt ook hier van nietigverklaring op grond van dwaling in feiten; hoe de wet van *nietigheid* gewaagt is opgemerkt. Het rapport van BIGOT DE PRÉAMENEU weêrspreekt daarenboven de bewering van Mr. DIEPHUIS: „*Il a toujours été de règle, zoo lezen wij daar, qu'une transaction faite sur le fondement de pièces alors regardées comme vraies et qui ensuite ont été reconnues fausses est nulle. Celui qui voudrait en profiter serait coupable d'un délit lors même que dans le temps du contrat il aurait ignoré que la pièce était fausse, s'il voulait encore tirer avantage, lorsque sa fausseté serait constatée.*”

Eene andere bewering van Mr. DIEPHUIS is, dat eene

1) t. a. p. bl. 669, no. 151.

der partijen bij het aangaan der dading van de valscheid kan hebben afgeweten, zonder daarom nog bedrog te hebben gepleegd ¹⁾. Ook hierin mag men niet berusten. Weet de eene partij bijv. dat het stuk over welks inhoud verschil bestaat valsch is en geeft zij bij dading hare bewering op, onder voorwaarde dat de andere partij haar eenige belooning daarvoor zal toekennen, zoo doet zij deze eene verpligting op zich nemen door haar te doen denken, dat hare opoffering eene vergelding is. In waarheid heeft de eerste echter niets opgeofferd en verrijkt zij zich alzoo ten koste der tegenpartij.

Dat de partij, welke van de valscheid der stukken zeker was, harerzijds iets op zou offeren als tegenprestatie voor den afstand der bewering naar aanleiding van die stukken door de andere partij gedaan, is niet denkbaar; want zij heeft slechts de valscheid der stukken te bewijzen om van de vordering der tegenpartij te worden ontslagen.

Weten beide de partijen van de valscheid af, zoo moeten men met Mr. DIEPHUIS aannemen, dat art. 1898 B. Wb. zijne toepassing mist, daar partijen alsdan niet op grond daarvan dading treffen d. i. de stukken niet aanmerken als het bewijs van het daarin vermelde.

Nog één artikel blijft ons bij de beschouwing van den invloed der dwaling ter behandeling over, art. 1900 namelijk (art. 2057 C. N.)

„Indien partijen in het algemeen eene dading hebben aangeaan over alle zaken, welke zij met elkander uitstaande hebben, leveren de bescheiden, die haar toen onbekend waren, doch nader-

1) t. a. p. no. 1092, bl. 486.

hand ontdekt zijn, geenen grond op tot de vernietiging der dading, ten ware dezelve door toedoen van eene der partijen mogten zijn achtergehouden. Maar de dading is nietig, indien dezelve slechts eene enkele zaak tot voorwerp had, waarop door de naderhand ontdekte bescheiden gebleken mogt zijn, dat eene der partijen geen het minste regt had."

Hoe hierbij is afgeweken van den Romeinschen regel in l. 19 C. h. t. „Sub praetextu instrumenti post repti transactionem bonâ fide finitam rescindi, jura non patiuntur" valt in het oog ¹⁾. De verhouding der twee gedeelten van dit artikel is die van de uitzondering tot den regel.

Onzes inziens is de bepaling van het R. R. meer regtskundig dan die van dit artikel. Zoodra er een geding te vreezen valt, kan dading worden getroffen; die vrees voor een geding ontstaat òf uit twijfel aan de regtmatigheid onzer bewering, òf uit twijfel aan de onregtmatigheid der aanspraak, welke onze tegenpartij doet gelden. Blijkt het nà het aangaan der dading, dat de twijfel omtrent de regtmatigheid onzer bewering volkomen ongegrond was, dewijl wij het meest volslagen regt hadden, te vergeefs zullen wij op de vernietiging der dading aandringen, daar men ons tegen zal werpen: Gij hebt een geding willen voorkomen, het stond aan u om u te vergewissen van de kansen, welke dit geding voor u kon opleveren. Wordt het nà het sluiten der dading daarentegen duidelijk dat wij in dwaling verkeerden door

1) Te regt bestrijdt TROPLONG de verklaring van MALLEVILLE bij gelegenheid der beraadslagingen over art. 2057 C. N., dat dit artikel op den leest der Romeinsche wetten is geschoeid.

eenigzins aan het regt der tegenpartij te twijfelen, zoo kunnen wij de vernietiging vorderen. Sluit het geloof aan het regt der tegenpartij niet noodwendig den twijfel aan het regtmatige onzer aanspraak in zich? Is alzoo dwaling in het eerste, niet evenzeer dwaling in het laatste? Waarom dan de eerste dwaling in haren invloed boven de laatste gesteld?

Reden laat zich hier niet voor geven, de bepaling van art. 1800 is onzes inziens geheel willekeurig. Wel heeft men in de Fransche wetgevende vergadering regtsgronden hiervoor aangevoerd, de juistheid dezer mag echter worden betwijfeld. Zoo zeide BIGOT DE PRÉAMENEU: „La transaction sur un procès précédemment jugé est nulle, parcequ'il n'y avait pas de question douteuse qui pût en être l'effet. Le motif est le même pour déclarer nulle la transaction ayant un objet sur lequel il serait constaté par des titres nouvellement découverts que l'une des parties n'avait aucun droit.”

Nà vonnis in kracht van gewijsde houdt eene zaak in den regel op in regten betwistbaar te zijn; is het verschil, waarover dading wordt getroffen, terwijl ieder der partijen min of meer aan de geldigheid harer bewering twijfelt, niet een bewijs dat de zaak niet alleen *betwistbaar*, maar in werkelijkheid *betwist* is? Niemand zal daarboven kunnen beweren, dat zoo lang het niet gebleken is, dat eene der partijen niet het minste regt in hare bewering had, er geen geding over deze zaak zou kunnen worden gevoerd. Eene verwarring van het tijdstip der ontdekking der titels met dat waarop dading wordt getroffen, straalt dan ook duidelijk door in het vertoog van BIGOT DE PRÉAMENEU.

„Enfin la cause manque également,” dus beweerde GILLET, „si les parties ayant transigé sur un seul objet avec la confiance, qu’elles y avaient des droit respectifs, il arrive néanmoins que des titres ultérieurement découverts leur fassent connaître que l’une d’elles n’y avait aucun droit. *Cette absence totale de la matière du litige fait disparaître en même temps toute matière à transaction.*”

Kan men een meer sprekend bewijs verlangen van begripsverwarring omtrent het tijdstip van het treffen der dading, met dat van het vinden der stukken?

TROPLONG ¹⁾ is van meening, dat dading hier nietig is, omdat de partij, die hare bewering heeft opgegeven, dit voorzeker niet zou hebben gedaan, wanneer zij geweten had dat de tegenpartij geen regt had. Men zoude mogen vragen of hetzelfde niet plaats zou hebben gehad, indien zij de stukken kende, waaruit van de geldigheid harer bewering later blijkt.

Mr. DIEPHUIS ²⁾ ná de aangevoerde gronden in de Fransche wetgevende vergadering te hebben wederlegd merkt op, dat: „de bepaling ook zoodanige verdediging niet behoeft, daar hare regtvaardigheid genoegzaam in het oog valt.”

Voor de algemeene dading is eene uitzondering gemaakt op den rogel van art. 1900, 2^o l. omdat men hierbij verondersteld wordt omtrent de overige punten van verschil in schikking te zijn getreden, onder voorwaarde, dat op geen enkel punt van verschil bij de dading

1) t. a. p. no. 162, bl. 678.

2) t. a. p. bl. 488, no. 1096.

uitgemaakt, terug zou worden gekomen. Wanneer de stukken, waaruit van het regt van eene der partijen mogt blijken met voordacht zijn achterwege gehouden, zoo is het niet meer dan billijk, dat de overeenkomst op grond van dit bedrog kunne worden vernietigd.

Als gronden tot vernietiging van overeenkomsten in het algemeen, worden *bedrog* en *geweld* ook te regt bij dading als zoodanig aangemerkt in art. 1896, 2^e l. B. Wb.

Men zal evenwel niet als bedrog moeten rekenen de te hooge opvoering eener vordering.

Zeer juist zegt TROPLONG hieromtrent, dat bedrog bij dading eerst dan aanwezig is, wanneer eene der partijen de andere door hare kunstgrepen tot het aangaan eener voor haar nadeelige dading heeft overgchaald.¹⁾

De algemeene regelen van art. 1359—1365 B. Wb. zijn hier overigens van toepassing.

Ten slotte wordt in den titel van dading bij art. 1901 B. Wb. gezegd, dat, eene misslag van berekening, bij eene dading begaan, hersteld moet worden.

Men heeft intusschen wel te onderscheiden de te hooge opvoering eener betwiste vordering van een' misslag van berekening bij dading. De eerste kan het gevolg zijn van een bedrog en daardoor aanleiding geven tot vernietiging der dading, de laatste geschiedt geheel onwillekeurig.

Minder juist zeide BIGOT DE PRÉAMENEU hieromtrent: „Mais on ne pourrait pas également regarder comme certaine cette volonté, s'il s'agissait d'erreurs de calcul faites par les parties des prétentions sur lesquelles on a

1) t. a. p. bl. 660, no. 142.

transigé. Ainsi la transaction ne pourrait être attaquée pour cause d'erreur ou d'inexactitude dans les articles du compte ¹⁾."

1) Zie TROPLONG, t. a. p. bl. 680, no. 167.

STELLINGEN.

I.

Testamento nondum aperto, de hereditate tamen recte transigitur.

II.

Error, quo consensus vitiatur, transactioni ob naturam ejus, nocere nequit.

III.

Transactione in rem unius correi debendi ceteri liberantur.

IV.

Art. 1356, 4^e l. B. Wb. is overtoellig.

V.

Tusschen solidaire en correale verbindtenissen wordt in ons Wetboek, even als in het Fransche niet behoorlijk onderscheiden.

VI.

De gelijkstelling der kracht van Dading met die van een Gewijsde in het Hoogste ressort, in Art. 1895 1^e l. B. Wb. (Art. 2052 C. N.) voorkomende, is onjuist.

VII.

Te regt wil Mr. OPZOOMER in Art. 1356 1^e l. B. Wb. voor „de toestemming,” lezen: de *vrije* toestemming.

VIII.

Dading in zaken van Koophandel kan niet door getuigen bewezen worden.

IX.

De gefailleerde koopman is gehouden zijne verbindtenissen, hangende het faillissement gesloten, na te komen.

X.

Zeer juist zegt ROSSI (Traité de droit Pénal II. 32):
*„Nous pensons que le moyen le plus sûr, le seul qui soit
 à la fois rationnel et praticable, est d'ajouter à chacun
 des chefs de la loi pénale les dispositions de la tentative,
 toutes les fois qu'il s'agit d'un crime, dont la tentative doit
 être punie.”*

XI.

Niet als medepligtige volgens Art. 62 C. P. kan
 worden gestraft hij, die van de opbrengst van het ge-
 stolene geniet.

XII.

De Staat kan niet voor den Burgerlijken regter tegen
 een' rekenpligtigen Ambtenaar eene vordering instellen,
 tot het doen van rekening en verantwoording. (Mr. A.
 DE PINTO in 'Themis X bl. 365). — Wenschelijk ware
 het, dat de Algemeene Rekenkamer, welke hiervan kennis
 heeft te nemen, in dezen met de magt van het Hof van
 Rekeningen wierd bekleed.

XIII.

De Belgische Wet op de Afschaffing der Gemeente-
 Accijnsen is nadeelig voor de zelfstandigheid der gemeen-
 ten, en neemt eene onbillijke maatstaf aan bij de ver-
 deeling van het algemeen gemeentefonds. De bezwaren

hieruit voortvloeiende, maken de invoering hier te lande van gelijken wettelijken maatregel onraadzaam.

XIV.

Veilig mag men instemmen met THIERS (de la Propriété). „Que par l'abolition du *Marchandage* on a détruit le seul moyen pour les ouvriers de participer aux bénéfices du Capital.”

DRUKFEILEN.

Blz.	17	regel	14 v. b. staat: welke	loos: die
„ 42	„	6 v. b.	„ <i>Pro inde</i>	„ <i>Proinde</i>
„ 46	„	2 v. o.	„ een denkbeeld	„ een verkeerd denkbeeld
„ 49	„	12 v. o.	„ <i>tigni functi</i>	„ tigni juncti
„ 53	„	17 v. o.	„ I. 9 C. de execut.	„ de execut.
„ 64	„	12 v. o.	„ <i>enthüllt</i>	„ <i>enthält</i>
„ 69	„	5 v. o.	„ <i>actionis</i>	„ <i>actiones</i>
„ 73	„	4 v. o.	„ quaesti	„ quaestio
„ 82	„	9 v. o.	„ <i>exepto</i>	„ <i>excepto</i>
„ 94	„	7 v. b.	„ beide	„ beiden
„ 102	„	5 v. b.	„ meerdere	„ meer
„ 105	„	4 v. b.	„ meerdere	„ meer
„ 109	„	2 v. o.	„ deze	„ dezen
„ 127	„	7 v. b.	„ den invloed	„ de invloed
„ 127	„	11 v. b.	„ den invloed	„ de invloed
„ 127	„	7 v. o.	„ de Vergleich	„ der Vergleich
„ 143	„	5 v. o.	„ <i>clièrement</i>	„ <i>entièrement</i>
„ 155	„	7 v. o.	„ de minderjarigen	„ den minderjarige
„ 158	„	2 v. b.	„ art. 1898 C. N.	„ Art. 1998 C. N.
„ 178	„	1 v. b.	„ zijn opgerigt	„ is opgerigt
„ 184	„	7 v. b.	„ zal	„ zullen
„ 190	„	5 v. o.	„ het getuigenis	„ de getuigenis
„ 207	„	12 v. b.	„ te zaam	„ te zaâm
„ 216	„	1 v. o.	„ art. 1356 BWb.	„ art. 1376 BWb.
„ 217	„	13 v. o.	„ art. 1051	„ art. 2051 C. N.

THE HISTORY OF THE
CITY OF BOSTON
FROM 1630 TO 1800

1630	1631	1632	1633	1634	1635	1636	1637	1638	1639	1640	1641	1642	1643	1644	1645	1646	1647	1648	1649	1650	1651	1652	1653	1654	1655	1656	1657	1658	1659	1660	1661	1662	1663	1664	1665	1666	1667	1668	1669	1670	1671	1672	1673	1674	1675	1676	1677	1678	1679	1680	1681	1682	1683	1684	1685	1686	1687	1688	1689	1690	1691	1692	1693	1694	1695	1696	1697	1698	1699	1700	1701	1702	1703	1704	1705	1706	1707	1708	1709	1710	1711	1712	1713	1714	1715	1716	1717	1718	1719	1720	1721	1722	1723	1724	1725	1726	1727	1728	1729	1730	1731	1732	1733	1734	1735	1736	1737	1738	1739	1740	1741	1742	1743	1744	1745	1746	1747	1748	1749	1750	1751	1752	1753	1754	1755	1756	1757	1758	1759	1760	1761	1762	1763	1764	1765	1766	1767	1768	1769	1770	1771	1772	1773	1774	1775	1776	1777	1778	1779	1780	1781	1782	1783	1784	1785	1786	1787	1788	1789	1790	1791	1792	1793	1794	1795	1796	1797	1798	1799	1800
------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------	------