

W. A. ABBEMA OUDEGEEST.

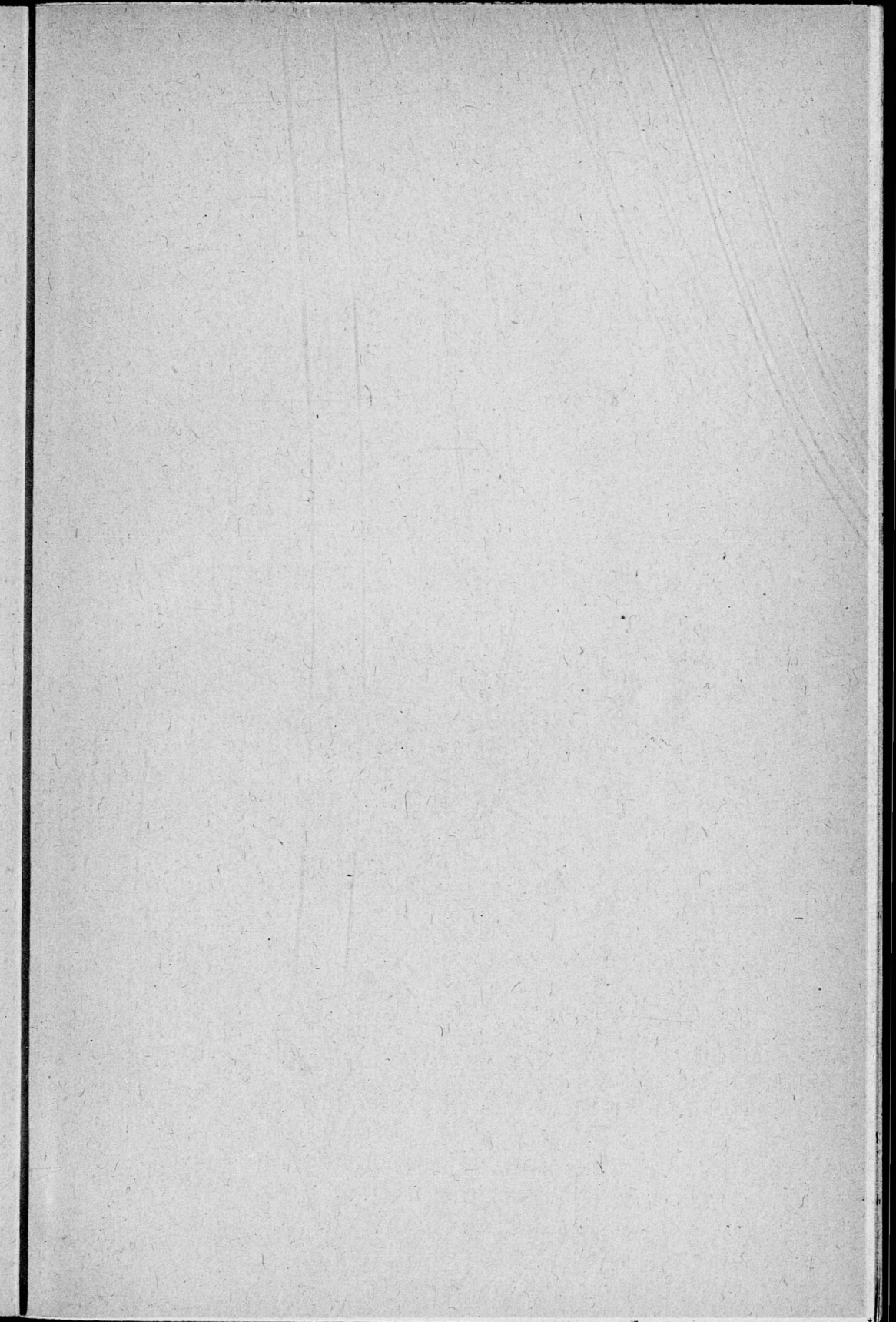
OVERDRACHT VAN ERFGENAAMSCHAP

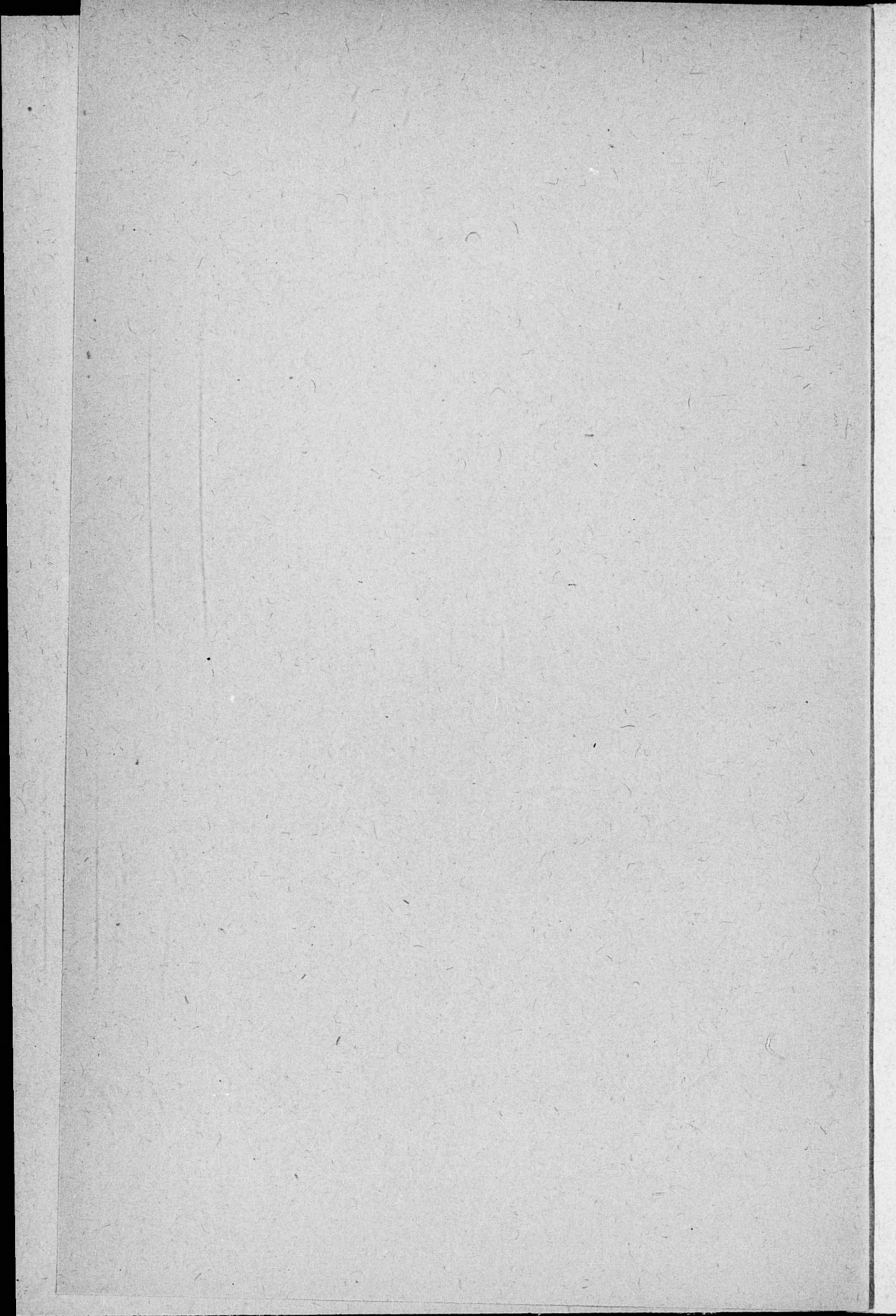
EN

HEREDITATIS PETITIO.

UTRECHT — J. L. BEIJERS — 1886.

A. qu.
192





nr. 42 192.

OVERDRACHT VAN ERFGENAAMSCHAP

EN

HEREDITATIS PETITIO.

OVERDRACHT VAN ERFGENAAMSCHAP

EN

HEREDITATIS PETITIO.

PROEFSCHRIFT,

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP,

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

DR. J. A. WIJNNE,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT VAN LETTEREN EN WISBEGEERTE,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT

TEGEN DE BEDENKINGEN VAN DE

FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID

TE VERDEDIGEN

op Vrijdag den 4^{den} Juni 1886, des namiddags te 3 uur

DOOR

WILLEM ANTONIE ABBEMA OUDEGEEST

geboren te MAURIK.



UTRECHT — J. L. BEIJERS — 1886.

TYP. P. A. GEURTS, NIJMEGEN.

Aan mijne Ouders.

Aan het einde van mijne Academische loopbaan, gevoel ik mij verplicht, mijn innigen dank te brengen aan allen, die mij in mijne studiën hebben geleid.

Inzonderheid U, Hooggeleerde HAMAKER, Hooggeachte Promotor, dank ik voor Uwe groote welwillendheid en vriendelijke hulp, mij steeds, en in het bijzonder bij het samenstellen van dit proefschrift betoond.

U, mijne vrienden, inzonderheid mijne medestudenten, roep ik een hartelijk vaarwel toe.

Moge voorspoed op al uwe wegen uw deel zijn!

De toekomst zal onze wegen wellicht scheiden, doch laat ons vrienden blijven.

A. O.

INLEIDING.

Onder de vele rechtsquestiën, waartoe ons burgerlijk wetboek aanleiding heeft gegeven, zijn er zonder twijfel weinige, die meer bekend zijn, dan die, welke betrekking hebben op de overdracht van het erfgenaamschap en van de hereditatis petitio.

Ik stel mij voor in de volgende bladzijden te onderzoeken:

1°. of het recht van erfgenaamschap voor overdracht vatbaar is,

2°. of de hereditatis petitio kan worden overgedragen.

Ook na de uitspraak van een der grootste juristen van ons land, dat men den daarover gevoerden strijd veilig als beslist mag beschouwen, wil de schrijver, al moge dit ook eenigszins gewaagd schijnen, en iets wat verre boven zijne krachten verheven is, trachten zijn gevoelen omtrent de beide punten zoo goed mogelijk uiteen te zetten, en de met dat gevoelen strijdende meeningen te weerleggen, in de hoop, dat in ieder geval daaruit zal blijken, dat hij de zaak, zoo goed hem mogelijk was, heeft onderzocht, en dat hij zijn best heeft gedaan zich over die questiën een eigen oordeel te vormen. Waar zijn gevoelen in strijd mocht zijn met het heerschende, verzoekt hij, dat men dit niet toeschrijve aan zucht om iets anders te zeggen, dan wat tot nog toe algemeen gezegd werd, maar alléén aan zijne overtuiging, dat het zoo is.

HOOFDSTUK I.

Voor dat men kan overgaan tot de behandeling der eerste vraag: „Is het recht van erfgenaamschap voor overdracht vatbaar,” is het noodig, dat vaststa, wat men onder erfgenaamschap verstaat. En dan is, mijns inziens, de beste definitie, die men daarvan kan geven:

„Het erfgenaamschap ¹⁾ is eene door de wet erkende „qualiteit, waardoor men het recht verkrijgt, eenen „overledene onmiddellijk op te volgen, in de algeheel- „heid zijner vermogensrechten en verplichtingen, zoo-

¹⁾ De onzijdige woorden, samengesteld met het achtervoegsel »schap” duiden immers altijd een qualiteit of waardigheid aan.

„dat om zoo te zeggen de erfgenaam de vermogens-
„persoonlijkheid van den overledene voortzet.”

Wij hebben hier dus te doen met twee zaken:

1°. de qualiteit, het erfgenaamschap;

2°. het uit die qualiteit voortspruitende recht, het
erfrecht.

Dat het erfgenaamschap eene qualiteit is, en dat
die qualiteit niet kan worden overgedragen, leest men
bij de meeste schrijvers, o. a. bij POTHIER, die in
zijn *Traité du contract de vente*. partie 6 chapitre III
§ 2, zegt:

„Lors qu'on vend une hérédité, ce n'est pas le titre
„et la qualité d'héritier qu'on vend; ce titre et cette
„qualité sont attachés à la personne de l'héritier, et
„ne peuvent s'en séparer, d'où il suit, qu'ils ne peu-
„vent se vendre, car comme personne ne peut s'obliger
„à l'impossible, je ne puis m'obliger envers un autre,
„à lui faire avoir une chose qui par sa nature ne peut
„subsister dans une autre personne, que la mienne,”
en LAURENT sluit zich in zijn „*Principes de droit civil*”
geheel bij POTHIER aan. In *La vente de la cession*
vol. XXIV n°. 570, zegt hij:

„L'article 1696 dit, que le vendeur d'une hérédité

„est tenu de garantir sa qualité d'héritier. Faut-il
 „conclure de là que la vente a pour objet le titre et
 „la qualité d'héritier? En un certain sens, oui, puis
 „que l'acheteur prend la place de l'héritier, dont il
 „exerce tous les droits, et il est tenu de l'indemniser
 „des dettes et charges de la succession. Mais, dans la
 „rigueur du langage juridique, on ne peut pas dire que
 „le successible vend son titre et sa qualité d'héritier.
 „POTHIER en fait la remarque, et cela est d'évidence:
 „ce titre et cette qualité sont attachés à la personne
 „de l'héritier et ne peuvent s'en séparer; d'où il suit
 „qu'ils ne peuvent se vendre, car les parties ne peu-
 „vent pas vouloir l'impossible; or, il est impossible
 „au vendeur de transmettre à l'acheteur une chose
 „qui, par sa nature, ne peut subsister dans une autre
 „personne que la sienne.

„De là une conséquence tres-importante: l'héritier,
 „qui vend ses droits successifs, reste héritier, en accep-
 „tant la succession, il s'est engagé à en supporter les
 „dettes et les charges, il en reste tenu à l'égard des „cré-
 „anciers et légataires. Il y a une autre raison, également
 „décisive, pour que l'héritier soit tenu de ses engage-
 „ments; on cède ses droits, on ne cède pas ses obligations.”

Mijns inziens maakt zich deze groote rechtsgeleerde echter een weinig verder, onnoodig aan inconsequentie schuldig, waar hij aanneemt, dat tegenover den kooper der erfenis, de verkooper ophoudt erfgenaam te zijn. Uit de door mij gegevene definitie van erfgenaamschap, als alléén voortspuitende uit de wet, en uit de aangehaalde schrijvers, blijkt, dat ik de qualiteit van erfgenaam, het erfgenaamschap, voor onvervreemdbaar houd.

Voeg ik bij de aangehaalde autoriteiten nog het eeuwenoude rechtsadagium „semel heres semper heres”, dan meen ik voldoende te hebben bewezen, dat het erfgenaamschap onvervreemdbaar is.

Hieruit volgt reeds dadelijk een zeer gewichtig rechtsgevolg tegenover derden, nl. de erfgenaam, die de rechten, uit zijn erfgenaamschap voortspuitende, dus zijn erfrecht, verkoopt — ik hoop later aan te toonen, dat dit kan — blijft erfgenaam.

Door de nalatenschap te aanvaarden, heeft hij zich verbonden, de schulden en de lasten der nalatenschap te dragen, en hij blijft dus als erfgenaam tegenover de schuldeischers en legatarissen daartoe verbonden.

Er bestaat echter ook nog een andere reden, waarom

hij steeds verbonden zal blijven, namelijk deze: de wet kent wel de overdracht van rechten, niet die van verplichtingen.

Dit is dan ook volkomen in overeenstemming met den rechtsregel, dat derden door een overeenkomst tusschen anderen gesloten noch voor- noch nadeel kunnen hebben.

Kon men zijne verplichtingen overdoen, dan zou men hiermede in strijd komen, want wien ik tot crediteur heb is mij onverschillig, geenszins echter wien ik tot debiteur heb.

Ik heb gemeend reeds dadelijk het erfgenaamschap wel te moeten onderscheiden van het erfrecht, omdat mijns inziens onze wetgever, die dit verschil in zijne terminologie niet heeft in acht genomen, daardoor grootendeels oorzaak is, dat er zooveel verschil in meening is blijven bestaan over eene vraag, die hij blijkens de duidelijke bepalingen der wet in een bepaalden zin beslist heeft (ik bedoel de vraag of het erfrecht kan verkocht worden).

In artikel 584 B. W. nl. zegt hij, dat men onder anderen op zaken een recht van erfgenaamschap kan hebben, terwijl hij in art. 1164 B. W. spreekt van ver-

koop van erfrecht en in art. 1573 B. W. van verkoop van erfenis.

Blijkens dit laatste verstaat hij onder erfenis „een recht”.

Welk recht dit nu is, kunnen wij, geleid door de historie, gemakkelijk aanwijzen. *Erfrecht* in art. 1164 B. W. is niets anders dan eene vertaling van de in art. 889 Code Napoléon voorkomende uitdrukking: „droits successifs”, en *erfenis* in art. 1573 B. W. van het in art. 1696 Code Napoléon gebruikte woord „hé-rédité”. Nu zijn volgens alle Fransche schrijvers de woorden *hérédité* en *droits successifs* synoniem.

POTHIER gebruikt ze in de vroeger door ons aangehaalde plaats *promiscue*; wij lezen t. a. pl. het volgende:

„Que vend-on, quand on vend l'hérédité d'un defunt? On vend tout ce qui en est provenu, et pro-viendra. Lorsque je vend mes droits successifs en la „succession de quel qu'un, je vends tout l'émolument, „que j'ai retiré de cette succession et tout celui, que „je pourrai en retirer; en un mot, tout l'actif, à la „charge par l'acheteur de me décharger de toutes les „dettes et charges de la succession, et de m'en in-„demniser.”

Er kan dus bij ons, vooral met het oog op de plaatsing van art. 1573 B. W., geen twijfel bestaan, of „erfenis” beteekent ook in dat artikel „erfrecht”.

Dat nu onze wetgever door het woord „recht van erfgenaamschap” in art. 584 B. W. een ander begrip heeft willen uitdrukken, schijnt mij onmogelijk toe. Ik toonde toch reeds aan, dat erfgenaamschap eene qualiteit uitdrukt, en nu kan wel een recht het gevolg zijn van het hebben eener qualiteit, maar dan is daarom die qualiteit nog niet het recht daaruit voortspruitende. Uit het erfgenaamschap zal toch wel geen ander recht kunnen voortspruiten dan het erfrecht.

Eén vraag blijft nu nog te beantwoorden, nl. is het erfrecht zoo onafscheidelijk aan de qualiteit van erfgenaamschap verbonden, dat het niet kan losgemaakt worden. Hierover hoop ik later te spreken.

Had nu de wetgever in art. 584 B. W. in plaats van de qualiteit, het recht zelf, nl. het erfrecht, genoemd, dan meenen wij dat de vraag, of volgens onze wet het erfrecht kan verkocht worden, duidelijk door haar in bevestigenden zin wordt opgelost.

Vooraf eene kleine opmerking. Volgens vele nieuwere schrijvers, waaronder bij ons Mr. ASSER, heeft men

eigenlijk van een speciaal erfrecht niet te spreken; wij kunnen ons natuurlijk met eene uitvoerige bestrijding van dat gevoelen hier niet bezighouden, maar willen er toch in het voorbijgaan dit tegen inbrengen, dat dan al de speciale gevolgen, aan het erfrecht verbonden, wat de opvolging in het bezit enz. betreft, zouden komen te vervallen, en dat zoolang deze bestaan, wij een speciaal recht, waaruit die gevolgen kunnen verklaard worden, noodig hebben.

Gaan wij nu over tot de behandeling der vraag, of het erfrecht volgens onze wet kan overgedragen worden, dus afgescheiden van het erfgenaamschap. Wij stellen daarbij op den voorgrond dat alle rechten, waarvan de wet niet zegt, dat zij onvervreemdbaar zijn, of waarvan dit uit den aard der zaak niet volgt, kunnen overgedragen worden.

Zien wij nu, of een van beiden met het erfrecht het geval is. Wat is het erfrecht? Een recht, waardoor men treedt in de vermogensrechten (geene andere) van den overledene. Het is dus een zuiver vermogensrecht, en dan bestaat er ook uit den aard der zaak niets tegen, dat het overgedragen worde, altijd, zooals wij zagen, behoudens de rechten van derden.

Wij meenen geene instelling in onze wet te kunnen vinden die meer met ons geval overeenkomt, dan het vaderschap der ouders.

Buiten andere rechten is ook aan die qualiteit een vermogensrecht, nl. het vruchtgenot, op de goederen hunner kinderen tot zekeren leeftijd verbonden. Nu is het vaderschap zelf onvervreemdbaar, maar toch kan het daaruit voortspruitende recht van vruchtgenot, als zuiver vermogensrecht, aan iemand anders worden overgedragen.

Dit is nergens in de wet bepaald, en toch nemen velen het aan.

Kan ik aantoonen, dat onze wet het overdragen van het erfrecht uitdrukkelijk toelaat, dan meen ik, dat er wel geen twijfel meer zal kunnen bestaan, of het erfrecht kan worden overgedragen.

De artikelen, die voor de beantwoording dezer vraag in de eerste plaats in aanmerking komen, zijn de reeds door ons aangehaalde en gedeeltelijk geëxpliceerde artikelen 1164 en 1573 B. W.

Het eerste spreekt uitdrukkelijk van den verkoop van het erfrecht; het tweede van de erfenis als een recht. Ik toonde reeds aan, dat dit recht geen ander kan zijn dan het erfrecht.

Mocht daaromtrent nog eenige twijfel kunnen bestaan, dan meen ik, dat deze wordt opgeheven door de volgende opmerking: Artikel 1573 B. W. bepaalt, dat hij, die een erfenis heeft verkocht zonder stuk voor stuk op te geven waarin zij bestaat, kan volstaan met het vrijwaren zijner hoedanigheid van erfgenaam, dus met zijn erfgenaamschap. In het algemeen moet de [?] kooper vrijwaren datgene, wat hij verkocht heeft.

Zooals wij zagen is het erfgenaamschap zelf onvervreemdbaar, en hij zal dus alleen hebben in te staan voor al de rechten, die uit zijn erfgenaamschap voortvloeien, en die rechten nu kunnen samengevat worden in één woord *zijn erfrecht*; dit moet hij vrijwaren en het is dus zijn erfrecht, wat hij verkoopt.

Was het waar, wat sommigen willen, dat de verkooper der erfenis alleen verkoopt al de in die erfenis begrepen goederen en rechten, dan zou hij deze alle moeten vrijwaren en niet kunnen volstaan met zijn erfgenaamschap of beter gezegd erfrecht te vrijwaren.

Gaan wij nu nog na de voornaamste argumenten, die men bezigt om te bestrijden het gevoelen, dat het erfrecht zoude kunnen verkocht worden.

Het eerste is: „de erfgenaam alleen heeft erfrecht,

men kan geen erfrecht hebben zonder erfgenaam te zijn, het erfgenaamschap is onvervreemdbaar, ergo het erfrecht is onvervreemdbaar."

Deze redeneering gaat echter mijns inziens mank aan twee fouten: de praemisse, dat alléén de erfgenaam erfrecht heeft, is slechts in zooverre juist, dat het hebben van erfrecht alleen zijn oorsprong vindt in het zijn van erfgenaam; de stelling dat men geen erfrecht kan hebben zonder erfgenaam te zijn, is onjuist blijkens de bepalingen van ons Burgerlijk Wetboek, dat men zijn erfrecht kan verkoopen, en het dus op een ander, die niet erfgenaam is, kan overdragen; de uit die valsche praemisse getrokken conclusie moet dus blijkbaar onjuist zijn.

Een tweede bezwaar, dat men tegen het verkoopen van erfrecht aanvoert, is dit: „bij ons is slechts één *modus acquirendi dominium per universitatem* bekend, althans wanneer men daar ook niet onder wil brengen het aangaan van een huwelijk in algeheele gemeenschap, namelijk het erfgenaam zijn."

De verkoop van erfrecht zoude daarstellen een *successio per universitatem*, de verkoop van erfrecht is dus bij ons niet mogelijk.

Ik meen hier echter in de eerste plaats te moeten vragen: wat is een *modus acquirendi per universitatem*? Verstaat men daaronder het verkrijgen eener *universitas juris*, dan is het onwaar, dat bij ons dit alleen zou bestaan bij eene nalatenschap; verstaat men echter daaronder het opvolgen in de geheelheid van iemands vermogensrechten, dan is de stelling waar, maar op ons geval niet toepasselijk, want hier volgt men niet den verkooper der erfenis op in de algeheelheid zijner vermogensrechten, maar alleen in dat gedeelte, wat hij krachtens zijn erfrecht heeft verkregen.

Dat wij in de laatste beteekenis der uitdrukking slechts één *modus acquirendi dominium per universitatem* hebben, is enkel en alleen een gevolg daarvan, dat men bij ons als zelfstandig vermogenssubject niet kan ophouden te bestaan, zoolang men zelf nog bestaat, iets wat in het Romeinsch recht geheel anders was, zoodat daar ook meerdere *modi acquirendi per universitatem* mogelijk waren.

Ik wil dit betoog aangaande den verkoop van erfrecht besluiten met een mijns inziens afdoend historisch bewijs, dat het erfrecht wel degelijk verkocht kan worden.

Onze bepalingen over den verkoop van erfrecht zijn, zooals wij zagen, uit den Code genomen.

Volgens den Code had, zooals blijkt uit de bepalingen over de retraitsuccessorialis ¹⁾, de kooper van het erfrecht de actie van scheiding en deeling, tegenover de andere erfgenamen.

Dit recht kan hem onmogelijk toekomen, zoo hij niet eigenaar van het erfrecht was.

Wij hebben de bepalingen van den Code, met uitzondering van die, welke handelen over den retraitsuccessorialis, overgenomen; het is dus ook bij ons de bedoeling geweest, aan den kooper van het erfrecht de actie tot scheiding en deeling der nalatenschap toe te kennen, en deze kan hij niet hebben, tenzij hij erfrecht heeft.

Zeer gewichtig is ook voor het oud-hollandsch recht eene plaats in HUGO DE GROOT'S Inleydinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheyt, 14^{de} dl., § 11 van het 3^{de} boek, waar wij lezen:

„Men mag ook verkoopen de erfenisse van een over-

¹⁾ Retrait successorialis is het recht, dat de andere erfgenamen hebben tegenover den kooper van het erfrecht, om dit van hem over te nemen voor den door hem daarvoor betaalden prijs.

„leden mensch, ende als niet anders en is bedongen
 „is den verkooper niet schuldig stuk voor stuk te
 „waren, maer moet op den kooper overdragen alle
 „'t recht dat in de erfenisse was, ten tijde van het
 „overlijden, met de baten die daer uyt zijn ontstaen,
 „tot den dage van de verkooping toe; ende hoewel
 „den kooper alsdan zijn voeten steekt in des verkoo-
 „pers schoenen, zoo mag nogthans den verkooper bij
 „des overledens schuldijsschers aengesproken werden,
 „behoudens zijn verhael op den kooper.”

Hieruit blijkt dus, dat volgens HUGO DE GROOT de
 kooper der erfenis geheel en al opvolgde in al de
 rechten van den verkooper, zoodat hij als het ware
 in diens schoenen trad, en dus zijn recht, het erfrecht,
 verkreeg.

Wat zijn nu de gevolgen van den verkoop van het
 erfrecht?

Dat de kooper rechten verkrijgt en verplichtingen
 op zich laadt, maar hier moet men onderscheiden.

Rechten, verkrijgt hij, als ieder ander, die zekere
 zakelijke rechten verkrijgt tegenover iedereen, maar
 de verplichtingen, die op hem komen te rusten, zijn
 verschillend, al naar het geldt, den verkooper of derden.

Tegenover den verkooper rust natuurlijk op hem de voldoening aan al de verplichtingen, die op dezen rusten, tengevolge van zijn erfgenaamschap.

Tegenover derden blijft, zooals wij zagen, de verkooper de aansprakelijke persoon.

Gaan wij nu die gevolgen meer in het bijzonder na. De verkoop nu bevat alles, wat uit de verkochte erfenis is voortgekomen, zoowel als wat er in het vervolg uit zal voortkomen; de verkooper moet, tenzij hij dit uitdrukkelijk heeft voorbehouden, aan den koper afgeven niet slechts de voorwerpen, die hij op 't oogenblik van den verkoop had, of waarop hij in zijn hoedanigheid van erfgenaam recht had, maar daarenboven de vruchten en inkomsten, die hij nog vóór de overdracht verkregen heeft, het bedrag der gelden, die hij weggehaald heeft, den prijs der meubelen, die hij vervreemd heeft, evenals de waarde der zaken, die hij voor zijn gebruik verbruikt of waarover hij om niet beschikt heeft.

De voorwerpen, die de erfenis uitmaken, moeten overgegeven worden in den staat, waarin zij zich bevinden op 't oogenblik der overdracht.

Daaruit vloeit voort van den eenen kant, dat de

verkrijger voordeel trekt van de verbeteringen, aangebracht door den verkooper vóór dit tijdstip en de rechten, door hem in het belang der erfenis verkregen; van den anderen kant, dat de verkrijger tegen den verkooper geen actie kan instellen wegens waardevermindering vóór hetzelfde tijdstip, door de fout van dezen laatsten veroorzaakt, wanneer hij er geen persoonlijk voordeel uit getrokken heeft. Met nog minder recht derhalve, kan hij schadeloosstelling eischen voor de verliezen voortgesproten, hetzij uit de daden van bestuur des verkoopers, hetzij uit de vervreemdingen of schenkingen door hem toegestaan.

De overdracht van een deel der erfenis geeft op de voorwerpen, die de erfenis uitmaken, slechts recht voor dat gedeelte, waartoe de verkooper als erfgenaam geroepen was.

De kooper kan dus niet, tenzij het tegendeel bedongen is, opeischen het deel van den medeerfgenaam des verkoopers, dat aan dezen laatsten vervallen is, door het recht van aanwas na den verkoop, of zelfs vóór dien tijd maar buiten weten van partijen ¹⁾

¹⁾ Of in den verkoop van het erfrecht, ook de aanwas begrepen

De schulden en lasten van de erfenis komen ten zijnen laste evenals de voordeelen.

De kooper is dus gehouden den verkooper schade-loos te stellen voor alles wat hij betaald heeft of zou moeten betalen in zijne hoedanigheid van erfgenaam, maar is niet gehouden hem te vergoeden, wat hij onverschuldigd of door dwaling betaald heeft.

De verkoop eener erfenis doet tusschen partijen de gevolgen van de confusie ophouden, die ten voor- of nadeele van den erfgenaam ontstaan is.

Derhalve is de erfgenaam verplicht aan den kooper te betalen, wat hij aan den overledene schuldig was, en de lasten te dulden, waarmede zijn eigene goederen bezwaard waren, ten voordeele van de goederen des overledenen.

is, zal volgens anderen een feitelijke quaestie zijn, zie LAURENT, Principes de droit civil. deel 24 n°. 575.

»C'était jadis une question célèbre et très controversée; elle l'est encore aujourd'hui parmi les auteurs; la pratique paraît l'ignorer. »POTHIER cite, pour l'acheteur, BARTHOLE ET DUAREN; pour le »vendeur, CUJAS ET TACHIN; il y en avait bien d'autres, qui s'étaient »escrimés pour ou contre. Comment POTHIER, avec son admirable »bon sens, n'a-t-il pas vu que c'est une question de fait plutôt »que de droit, puisqu'il s'agit d'interpréter l'étendue d'un contrat? »Et si elle se présentait devant les tribunaux, les juges, croyons »nous, ne seraient guère embarrassés pour la résoudre d'après »l'intention des parties contractantes."

Wederkeeriglijk kan hij van den kooper betaling eischen van zijne vorderingen tegenover den overledene en de rechten uitoefenen, ten zijnen behoeve op de goederen van dezen laatsten rustend.

De verkoop eener erfenis doet op den kooper de qualiteit van erfgenaam niet overgaan; de verkooper behoudt altijd deze qualiteit tegenover derden die steeds, niettegenstaande den verkoop, tegen hem hunne rechten kunnen doen gelden, want „semel heres semper heres”.

De verkooper is gehouden zijn recht van erfgenaamschap te waarborgen, of om een andere uitdrukking te gebruiken, in te staan voor het rustig bezit van de erfenis, beschouwd als een juridisch geheel, maar hij behoeft niet in te staan voor de uitwinning van bijzondere zaken, die beschouwd waren als te behooren tot de erfenis, tenzij die zaken speciaal waren aangeduid.

Van den anderen kant, kan in het algemeen, de verkooper de vernietiging niet vragen wegens benadeeling, door de overdracht gedaan ten voordeele van een vreemdeling of zelfs van een medeërfgenaam, na deeling der nalatenschap.

Wat echter de overdracht van erfrechten tusschen de medeërfgenenamen vóór de deeling betreft, zij is, evenals in het algemeen iedere handeling strekkende om de onverdeeldheid te doen ophouden, vatbaar voor vernietiging wegens benadeeling.

HOOFDSTUK II.

Kan de hereditatis petitio verkocht worden?

Kan, zooals wij meenen betoogd te hebben, het erfrecht verkocht worden, dan zal een natuurlijk gevolg daar van zijn, dat ook de aan dat erfrecht eigene actie, de hereditatis petitio, op den kooper overgaat.

Tegen dit zoo natuurlijk gevolg der zaak zelve, zal het toch geen afdoend bezwaar zijn, dat in artikel 881 B. W. alléén gesproken wordt van den erfgenaam, zoodat men zoude kunnen redeneeren: de erfgenaam heeft de actie, de kooper van het erfrecht is geen erfgenaam, — ergo hij heeft de actie niet.

Want dan zou datzelfde bezwaar ook gelden tegen den erfgenaam van den erfgenaam, want ook deze is niet de erfgenaam van den erflater, en hij zou dus ook de hereditatis petitio niet hebben. Het argument bewijst te veel en dus niets.

Het komt mij voor dat de waarheid deze is: de wetgever heeft hier, evenals zulks meestal geschiedt, alleen gedacht aan het meest voorkomend geval, maar daardoor volstrekt niet de andere gevallen, waar even veel grond bestaat om de hereditatis petitio te geven, willen uitsluiten.

Veel ingewikkelder wordt echter de kwestie, wanneer men aanneemt, dat niet het erfrecht zelf verkocht wordt. Met het oog daarop geschiedde dan ook de forsche aanval van Prof. GOUDSMIT tegen Mr. VAN DE KASTEELE, nl.:

„Hoe is het nu in onze wetgeving gesteld? Wel, „zegt men, *het recht van erfgenaamschap* kan niet worden overgedragen, doch volgens den geest onzer tegenwoordige wetgeving is de rechtsvordering tot „verkrijging eener erfenis niet zoo onafscheidelijk van „het recht van erfgenaamschap, dat zij niet afzonderlijk „zou kunnen overgaan.

„Men gevoelt dat er eenige theoretische bezwaren „in den weg staan, dat men gerechtelijk vraagt te „worden gehandhaafd in een recht, dat men niet bezit, „doch deze redeneering past volstrekt niet bij de „practische beginselen van ons hedendaagsch recht.”

Met andere woorden wil de heer VAN DE KASTEEL zeggen: *de beginselen van het recht* zijn, ja, in volslagen tweestrijd met mijne stelling, maar bekommer u daar niet over, de tegenwoordige praktijk heeft beginselen op haar eigene hand. Maar, wenschte ik onzen bestrijder gevraagd te hebben, uit welke bron hebt gij *practische beginselen* geput? Voorzeker wel alleen uit onze geschrevene wetboeken. Daar men zich van al wat naar theorie zweemt als van een boozen geest afwendt.

Welnu! staat daar ergens te lezen, dat eene zakelijke rechtsvordering kan worden ingesteld door hem, die geen zakelijk recht heeft?

Of bepaalt niet art. 129 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering: „de zakelijke rechtsvordering is de zoodanige, waarbij de eigendom van een zekere en bepaalde zaak of wel eenig ander zakelijk recht geëischt wordt.”

En nu is de gevolgtrekking gewaagd, dat, vermits

de hereditatis petitio is een zakelijke rechtsvordering, hij, die ze instelt, een zakelijk recht moet kunnen eischen, (om de onrechtskundige uitdrukking des wetgevers te gebruiken).

Atqui, de kooper eener nalatenschap vermag geen zakelijk recht te eischen, ergo competeert hem niet de zakelijke vordering. Een actie toch uit eigen hoofde in te stellen wegens het zakelijk recht van een ander, wien wij niet opvolgen, is eene ongerijmdheid, geene wederlegging waardig. En verder (post alia): eene praktijk, die niet haar grondslag heeft in een beginsel, dat tot zijn uiterste vertakkingen den toets eener nauwkeurige ontleding kan doorstaan, is een schijn, een schaduw, een onding weggelegd voor leguleji en formularum cantores, den wetenschappelijk gevormden rechtsgeleerde onwaardig.

Op gevaar af van ook onder de leguleji gerangschikt te worden, komt het mij voor, dat niet alleen in het moderne recht de mogelijkheid bestaat, maar ook reeds in het Romeinsch recht bestond, dat aan iemand eene actie werd overgedragen, uit een bepaald recht voortspruitende, zonder dat vooraf hem dat recht zelf was overgedragen.

Ik doe dit, al ontveins ik mij geenzins de moeielijkheid van de kwestie, met een zekere gerustheid, omdat al staat de overgroote meerderheid der rechtsgeleerden aan den anderen kant, ik toch ook mag wijzen op uitstekende juristen, die aan mijne zijde staan, waaronder ARNDTS in zijn Pandecten-systeem en IHERING in zijne monographie „Übertragung der Reivindicatio auf Nichteigenthümer;” terwijl de bronnen in het Romeinsch recht zoo uitdrukkelijk dat overdragen der actie, afgescheiden van het recht, erkennen, dat mijns inziens, over de mogelijkheid daarvan geen twijfel kan bestaan, tenzij men zoude kunnen aantoonen, dat die overdracht met het wezen der zaak in strijd was, en dit meen ik zal wel niet mogelijk zijn.

Niemand zal tegenspreken, dat het recht bestaat voor den mensch, en niet de mensch voor het recht, dat wil zeggen, dat niet het recht is een kunstig samenstel van voorschriften en bepalingen, dienende om 's menschen wil aan banden te leggen, maar veeleer een samenstel van regelen, om 's menschen wil, voor zoover hij niet in strijd is met dien van andere menschen, tot zijn recht te laten komen.

In het algemeen belang, of ook in het belang van

hem, die door de wet verondersteld wordt, zelf niet behoorlijk voor zijne belangen te kunnen waken, wordt soms de uitoefening van dien wil beperkt, maar hoofddoel van de wet blijft het 's menschen wil, binnen den kring zijner bevoegdheid, rechtsgevolgen toe te kennen.

Nu is het toch zeker een eerste gevolg van deze eenvoudige waarheid, dat voor zooverre daartegen geen bepalingen bestaan, het den mensch moet vrijstaan, om over zijn rechten te beschikken ten behoeve van anderen.

Wordt dit nu onmogelijk daardoor, dat zekere van 's menschen wil onafhankelijke omstandigheden die beschikking rechtstreeksch onmogelijk maken, dan zal, wanneer zij door de wet niet verboden is, en er een middel bestaat, om langs indirecten weg haar te bewerkstelligen, het inslaan van dien indirecten weg geoorloofd zijn.

En hij, die er zich op beroept, dat die beschikking langs indirecten weg is verboden, zal dit natuurlijk hebben te bewijzen.

Nemen wij, om ons beweren duidelijk te maken, het volgende voorbeeld uit het Romeinsch recht.

Iemand is eigenaar eener roerende zaak; hij wenscht die zaak te verkoopen, ze dus aan een ander over te

dragen; een derde echter heeft die zaak in zijn bezit; nu geldt in het Romeinsch recht, evenals bij ons, voor roerende zaken: „Usucapionibus et traditionibus non nudis pactis dominium rerum transfertur.”

Ziedaar dus twee mensen tegenover elkaar, die beiden gerechtigd zijn om te doen wat zij willen, (Dit stellen wij op den voorgrond), door eene van hun wil onafhankelijk feit, is het hun echter onmogelijk hun wil rechtstreeks te verwezenlijken.

Nu heeft echter hij, die de zaak wil overdragen, krachtens zijn eigendomsrecht een ander recht, namelijk om de zaak van iederen houder op te vorderen, met andere woorden, de reïvindicatie.

Waarom nu, vraag ik, zou hij niet dat recht aan anderen kunnen overdoen, en zoo indirect bewerkstelligen, wat hem direct onmogelijk is?

Welk beginsel verzet zich daartegen? Zoowel de eigendom als de actie is een recht wat hem toekomt, en in 't algemeen kan men over zijn recht beschikken zoo als men wil.

Nu bestaat tegen het beschikken over het eene recht een onoverkomelijk bezwaar, waarom zou hij nu niet over het andere recht kunnen beschikken?

Men zal moeten toegeven, dat hij die beweert, dat de beschikking over het andere recht ook onmogelijk is, dit zal moeten bewijzen.

En wanneer men nu beweert, dat dit uit den aard der zaak onmogelijk is, daar de actie niet van het recht kan gescheiden worden, en ik daarentegen uit de bronnen van het Romeinsche recht zelf bewijs, dat dit wel kan, ben ik dan niet gerechtigd om vol te houden dat de redeneering der tegenpartij niet opgaat?

Ben ik dan niet gerechtigd om te zeggen, gij beweert dat het niet kan, en ik bewijs u dat het gebeurt?

Ben ik dan niet gerechtigd om u toe te voegen: „Abesse ad posse valet consequentia”?

Misschien zal men mij tegenwerpen dat het gestelde voorbeeld voor ons recht geen waarde heeft, daar er van roerende zaken geen reivindicatie bestaat.

Maar daarop antwoord ik, dat, alle strijdvrage over de beteekenis van artikel 2014 B. W. ter zijde gelaten, de reivindicatie van roerende goederen voor ons recht in ieder geval geldt bij gestolene en verlorene goederen. Zal ik slechts het recht hebben de reivindicatie over te dragen met het recht zelf, en kan ik dit laatste niet, omdat ik niet leveren kan, dan wordt mij de be-

schikking over mijn goed onthouden, zonder dat daar een redelijke grond voor bestaat.

Ik stel het volgende voorbeeld:

Ik ben koopman en heb een aantal goederen, welke mij ontstolen zijn, dientengevolge zit ik in groote verlegenheid, ze overdragen of ze in pand geven kan ik niet, ik vind dus geen geldschieder, die mij het noodige geld wil verschaffen, om mijne zaken voort te zetten, of op eene andere plaats nieuwe zaken te beginnen; dan moet ik, niettegenstaande ik wellicht het drievoud van het door mij verschuldigde in die zaken zou terugvinden, faillieeren.

Kan ik daarentegen een middel vinden, om den geldschieder in het afstaan mijner actie op de voormelde goederen, eene betrekkelijke zekerheid te bezorgen, dan zal ik er natuurlijk wel in slagen om een geldschieder te vinden.

Dit voorbeeld kwam mij meer dan een ander geschikt voor om te worden aangehaald — men kan er misschien andere veel meer treffende vinden — omdat deze zaak zich practisch bijna had voorgedaan in de zaak van Mejuffrouw STRUIK (de zoogenaamde Millioenenjuffrouw). Men denke eens aan de tegenwoordig zooveel

voorkomende gevallen, dat landbouwers, die zich naar een ander werelddeel willen begeven, vooraf hunne goederen en rechten wenschen te verzilveren, en het zal wel aan geen twijfel meer onderhevig zijn, of het is practisch van zeer veel nut, dat waar zich moeilijkheden opdoen om de goederen zelve over te dragen, minstens het middel moet bestaan om de actiën, die men ten aanzien dier goederen zou kunnen doen gelden, aan anderen over te dragen.

Intusschen schrijf ik niet over het jus constitutum, maar over het jus constitutum, en ik zal dus moeten nagaan wat de rechtsleer is over het overdragen der actie afgescheiden van het recht zelf, waaraan die actie ontsproten is.

De actie is in materieelen zin beschouwd geworden — met de formeele beteekenis van het woord als ingestelde vordering hebben wij hier voorloopig niets te maken — als:

1°. door BOCKING, Instit. § 131 n°. 1 en DEMELIUS, Untersuchungen aus dem Röm. Civilrecht I. pag. 128 en volgende als het recht zelf, in werking om zich te doen gelden.

2°. door PUCHTA, § 81 en ARNDTS, § 96 Op. cit. als de met een recht verbondene mogelijkheid, om

het langs den civielrechterlijken weg te doen gelden.

3°. door WINDSCHEID, Die Actio des Röm. Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf 1856 § 1, als een zelfstandig iets, onafhankelijk van een recht, niet als een uitvloeisel daarvan, niet het door het recht geborene. Deze laatste deed dit vooral met het oog op de praetorische actiën.

Ik meen intusschen, dat de beschouwing van PUCHTA en ARNDTS de ware is, dat de actie is een annexum van het recht, zoodat zonder recht de actie niet bestaanbaar is, niet in dien zin, dat het daarmede onafscheidelijk verbonden blijft.

De oorsprong der actie is het recht, maar bestaat eens het recht, dan staat de actie zelfstandig daarnaast, en kan deze overgedragen worden, zonder dat tegelijkertijd het recht zelf worde overgedragen.

Evenals de vruchten zijn een annexum der hoofdzak, maar deze daarvan kunnen worden gescheiden en dan een zelfstandig bestaan krijgen, al zijn geene vruchten denkbaar zonder eene voortbrengende zaak, en dan over die vruchten, afgescheiden van de hoofdzak, kan worden beslist, zoo kan ook wanneer door het recht eens de actie is te voorschijn getreden, deze

onafhankelijk daarvan worden overgedragen, omdat zij een recht op zichzelf is geworden.

Men houde echter hierbij in het oog, dat het doel der actie is van den rechter te verkrijgen, de erkenning van rechten van den eischer tegen den gedaagde, natuurlijk van dat recht, dat aan de actie ten grondslag ligt.

Bij de overdracht der actie moet dus altijd het doel zijn overdracht van het recht zelf.

Is deze mogelijk, dan komt geen overdracht der actie te pas. Doch is de overdracht, die partijen beoogen, geoorloofd, maar alléén onmogelijk door omstandigheden onafhankelijk van den wil van partijen, dan kan als surrogaat de overdracht der actie, hetzelfde gevolg hebben, dat de overdracht van de zaak of het recht zelf zou gehad hebben.

In die gevallen is zij altijd geoorloofd, en was, wat het Romeinsch recht betreft, soms als verplichtend voorgeschreven. Slagen wij er in dit voor de actiën in het algemeen aan te toonen dan volgt daaruit, dat ook de hereditatis petitio kan worden overgedragen, tenzij bijzondere gronden zich tegen de overdracht dier actie zouden verzetten.

Wij zullen daarom, na het bewijs te hebben gele-

verd, dat de actiën in het algemeen kunnen worden overgedragen, onderzoeken of er speciale gronden bestaan, die zich tegen de overdracht der hereditatis petitio verzetten.

In het Romeinsch recht vinden wij talrijke malen gewag gemaakt van de overdracht van actiën; „cedere actionem, cedere conditionem” zijn uitdrukkingen, die wij er dikwijls in ontmoeten.

Waar is het, dat in de Romeinsche rechtsbronnen over de cessie der zakelijke actiën in vergelijking met de cessie van persoonlijke actiën zeer weinig voorkomt, maar de oorzaak daarvan ligt immers ook voor de hand. De overdracht van persoonlijke vorderingen was niet anders mogelijk dan door een cessie van actie; terwijl hier een veel eenvoudiger en korter middel aanwezig was, nl. de overgave der zaak zelve, maar was deze onmogelijk, dan kon ook, hoewel het zakelijk recht alleen door overgave overging, (*usucapionibus et traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur*) de zakelijke actie worden gecedeerd, men kreeg dan bij den eigendom de reïvindicatie door niet eigenaars.

Om dit te bewijzen zal ik mij beroepen op eenige plaatsen in het Romeinsch recht.

In de Lex 25 § 8 locati (19.2) Dig. staat:

„Si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit, eoque
„nomine domino satisfecerit, necesse est domino vin-
„dicationem eorum et conductionem cedere.”

Niemand zal nu beweren, dat die werkman eigenaar der kleederen is geworden, en toch moet hem de reivindicatie, de zakelijke actie, worden afgestaan.

In de Lex 63, de reivindicazione (6: 1) Dig. leest men:

„Si culpa non fraude quis possessionem amiserit,
„quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a
„iudice, si desideret ut adversarius actione sua cedat.”

Die actie kan hier wederom niets anders zijn dan de reivindicatie, en wederom wordt zij aan den niet-eigenaar overgedragen.

Nog op enkele andere plaatsen, vindt men in het Romeinsch recht gewag gemaakt van het afstaan der reivindicatie b.v. Lex 14, de furtis (47.2) Pr. waar gezegd wordt:

„Eum, qui emit, si non tradita est ei res furti, actio-
„nem non habere sed adhuc venditoris esse hanc actio-
„nem, Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit
„emptori furti actionem et conductionem et vindica-
„tionem.

Volgens mij is vooral, wat de overdracht van zakelijke acties aangaat, afdoende, al heeft dit juist geen betrekking op de hereditatis petitio, de volgende plaats in de Digesten Lex. 40 § 2 Lib. V titel 3 de hereditatis petitione:

„Actiones, si quas possessor nactus est, evicta here
„ditate, restituere debet, veluti interdictum unde vi,
„si quid precario concessit.”

Gaan wij nu over tot het onderzoek der vraag of bij ons ook cessie van acties plaats hebben kan, zonder dat het recht zelf overgaat.

Zagen wij, dat in het zoo uitgewerkte Romeinsch recht, slechts op enkele plaatsen gesproken wordt, van het overdragen der zakelijke acties, dan kan het ons niet verwonderen, dat in ons recht daar van zeer weinig of niets voorkomt.

De reden waarom dat geschiedde, gaven wij vroeger aan. Toch meenen wij ook uit ons recht het begrip te kunnen putten, dat overdracht van zakelijke acties, aan iemand, die het zakelijk recht niet heeft, in ons recht wordt erkend ¹⁾.

¹⁾ Wij gaan zelf verder, en beweren, dat de geheele wettelijke levering van onroerende goederen, zoo als zij bij ons is geregeld,

Hoe wil men anders juridisch het recht construeeren, dat de verhuurder heeft op de *in vecta* en *illata* op of in het verhuurde goed, om die goederen, nadat zij tegen zijn wil van het verhuurde goed zijn vervreemd, van iedereen op te vorderen?

Hoe de zakelijke actie van den legataris, om op te vorderen, de hem gelegateerde zaak?

Een zakelijk recht heeft geen van beiden op die zaken, en toch wel een zakelijke actie, want hij vordert de zaken onmiddelijk op, en dat wel van iederen houder, hetgeen toch wel, zoolang men het onderscheid tusschen zakelijke en persoonlijke vorderingen en niet slechts dat tusschen persoonlijke en onpersoonlijke vorderingen in ons recht heeft, als de criteria van een zakelijke vordering zal gelden.

Verlangt men nu het bewijs, dat onze wet uitdrukkelijk de overdracht van rechtsvorderingen, actiën,

door inschrijving in de openbare registers, niets anders dan een cessie van actie is. Door die inschrijving toch wordt het goed niet direct gebracht in de macht van hem, aan wien het overgedragen is. Levering in eigenlijken zin bestaat er dus niet. Wat hij door die overschrijving verkrijgt, is niets anders dan het recht, om het goed van iederen houder op te vorderen en zich zoo het genot daarvan te verschaffen.

ook zonder overdracht van het recht zelf, erkent, dan verwijs ik naar art. 1504 B. W., luidende als volgt:

„Rechters, leden van het openbaar Ministerie, griffiers, „advocaten, procureurs, deurwaarders, en notarissen „mogen door overdracht geen eigenaars worden van rech- „ten en rechtsvorderingen, waarover gedingen aanhangig „zijn voor de rechtbank, onder welker rechtsgebied zij „hunne bedieningen uitoefenen, op straffe van nietig- „heid en vergoeding van kosten, schaden en interessen.”

Men zal wellicht dadelijk de opmerking hier tegen maken: „Rechten en rechtsvorderingen” is niets anders dan een slechte vertaling van de Fransche woorden in art. 1597. Code civil „des procès, droits et actions, waardoor in het Fransche recht verstaan werd, wat men noemde droits litgieux.

Maar hierop antwoord ik, wat werd dan bij de overdracht van droits litgieux anders verkocht dan de actie? Immers niets — of men het recht had, of niet, deed niets ter zake, men verkocht, om het zoo uit te drukken, het proces.

Ware toch het recht verkocht en werd dan later uitgemaakt, dat het niet bestond, dan zou immers het geheele contract moeten worden nietig verklaard,

onverschillig wie gekocht had, want dan was er immers geen object der verbintenis.

Even duidelijk wordt in art. 109 Wetboek van Koophandel gesproken van het overdragen der vordering op het fonds, en niet van de overdracht van het fonds zelf.

Wij willen deze algemeene beschouwingen over de overdracht der actien, afgescheiden van het recht zelf, eindigen met de opmerking, dat reeds vroegtijdig in ons land de overdracht der actiën, afgescheiden van het recht, bekend was.

Zoo lezen wij in het Geldersch landrecht dl. III titel 1 § 2, num. 6 en 10:

„Sub. 6: Overgevinge en de verbintnisse van actiën
 „ofte gerechtigheidt, personeele schulden, verschenen
 „renten, pachten ofte huren, hoe groot dat die oock
 „sein, die maer gedaen voor notaris ende getuigen of
 „andersints sonder bedrogh van iemand zijn van weer-
 „den, oock niettegenstaende dat de schuldenaers buiten
 „geseten sein, behelslyck dat den cessionnaris ofte
 „overnemer die daerop voor begeert te gaen, schuldig
 „sal sein, daer oft eerst de weete oft kondinge te doen
 „aen deselve schuldenaers.”

en sub. 10:

„So wanneer jemand eenige goederen, coopmanschap-
 „pen, handschriften, schulden actien ende crediten op
 „andere plaetsen is hebbende, die hy solde wille ver-
 „coopen. overgeven, ofte verbinden aen een ander tot
 „seiner versekerheidt oft om hem daer af meester ende
 „eigenaer te maken, die magh 't selve voor schepenen
 „doen ende als sulcke overgevinge oft verbintnisse
 „is van weerde alsoft het goed van die uijre af met
 „der daed waere geleverd, ofte in handen gesteld, al-
 „waert ook dat der facteur ofte, die het goed in handen
 „heeft, 't selve al noch niet en wistte.”

En bij HUGO DE GROOT. Inleydinghe tot de Hol-
 landsche rechtsgeleerdheid Boek III dl. 14 n^o. 21 en 27:

Sub. 21: „Dingtalige zaken mogen bij ons verkocht
 „worden.”

Sub. 27: „Dog men mag oock wel een twijfelachtig
 „recht of te zaeke verkoopen, zoo goed ende quaed
 „als het is, zonder daer voor in te staen”; terwijl
 eindelijk nog hierbij gevoegd wordt, dat het zoo be-
 kende pactum de non petendo, wat door de meesten
 als de verbintenis zelf opheffende wordt beschouwd,
 (bij ons reeds door HUGO DE GROOT), volgens mij niets
 anders is, dan een afstand der actie.

Wordt toch de verbintenis zelve opgeheven dan zou men tegen de actie eene verdediging ten gronde moeten hebben, namelijk het ontkennen van het als nog bestaan der verbindtenis zelve, terwijl men er slechts tegen heeft eene *exceptio pacti conventi* ¹⁾, dus eene verdediging, waarbij men het recht van den eischer onaangetast laat, maar alleen de door hem ingestelde actie afslaat.

Nadat wij dus gezien hebben, dat in het algemeen de actiën kunnen verkocht worden, gaan wij over tot de beantwoording der vraag, of speciaal de *hereditatis petitio* kan verkocht worden.

Is wat reeds gezegd is over den verkoop van actiën in het algemeen waar, dan volgt daaruit, dat ook de *hereditatis petitio* kan verkocht worden, tenzij er voor deze bijzondere redenen zouden bestaan, waarom dat niet zou kunnen.

Met de bestrijding van Prof. GOUDSMIT, als meer rakende het algemeen beginsel, dat actiën niet zouden

¹⁾ Een *exceptio* is volgens Prof. GOUDSMIT, *Pandecten-systeem*, deze: Een beroep op een aan den *excipiens* zelfstandig toekomend beter recht, waardoor het recht van den eischer niet wordt teniet gedaan, maar werkeloos gemaakt.

kunnen worden overgedragen, afgezonderd van het recht zelf, behoeven wij ons nu niet meer bezig te houden, evenmin als met het argument, geput uit het woord „erfgenaam” van art. 881 B. W.

Wij zullen nu eerst het Romeinsch recht, ons Oud-Hollandsch recht en POTHIER nagaan, om te zien welke beslissing deze op onze vraag geven, en dan in verband met de bronnen ons recht zelf.

X a. ROMEINSCH RECHT.

Wanneer wij dit nagaan, dan vinden wij daarin eene bepaling, die ons er toe brengen zou aan te nemen, dat niettegenstaande ook volgens dat recht actiën kunnen worden overgedragen dit toch met de hereditatis petitio niet het geval zou zijn, want de hereditatis petitio wordt uitdrukkelijk aan hem toegekend, die de erfenis van den fiscus koopt nl. in de Lex. 54 Dig. liber. V titel 3, waar wij toch lezen:

„Ei, qui partes hereditarias vel totum à fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam universa bona persequatur; quem admodum ei cui ex Trebelliano Senatus-consulto hereditas restituta est, petitio hereditatis datur.”

Hieruit zoude volgen, dat alléén de kooper der hereditas van den fiscus de hereditatis petitio had, en dus argumento ex contrario, dat de kooper van de hereditas van iemand anders ze niet had; heeft zelfs hij, die de hereditas gekocht heeft, de hereditatis petitio niet, dan ligt voor de hand dat de hereditatis petitio, afzonderlijk niet kan verkocht worden.

Toch geloof ik dit, maar niet zoo direct te mogen toegeven, want:

1^o. wordt hier alleen gesproken van de gevolgen van den koop der hereditas, en daardoor volstrekt nog niet uitgemaakt, dat men de actie zelve niet zoude kunnen verkoopen; daarenboven wordt de kracht, die men uit deze bepaling zou kunnen putten, wederom te niet gedaan door de Lex 3 Pr. van den 6^{den} titel eodem, waar gezegd wordt:

„Sed etsi bonorum possessor sim ejus, cui fidei commissaria hereditas relicta est, vel alius successor, per hanc actionem (hereditatis petitio) experiri poterim.”

Beteekent hier „alius successor” zoowel de successor singularis, als de successor universalis, wat wij meenen te moeten aannemen, dan volgt hieruit, dat de kooper der hereditas wel degelijk de hereditatis petitio heeft,

en hieruit dat het argument tegen den verkoop der hereditatis petitio, geput uit de vorige bepaling, vervalt.

b. OUD-HOLLANDSCH RECHT.

Gaan wij nu over tot ons oud-Hollandsch recht dan vinden wij bij HUGO DE GROOT, in § 11 van het 3^{de} boek, deel 14, deze bepaling, welke reeds vroeger door ons is geciteerd:

§ 11. „Men mag ook verkoopen de erfenisse van een „overleden mensch, ende als niet anders en is bedongen, is den verkooper niet schuldig, stuk voor stuk „te waren, maer moet op den kooper overdragen alle „'t recht dat in de erfenisse was, tentijde van het „overlijden, met de baeten, die daeruit zijn ontstaen „tot den dage van den verkoopinghe toe, ende hoewel „den kooper alsdan zijn voeten steekt in des verkoopers „schoenen, zoo mag nogthans den verkooper bij des „overledens schuldeischers aengesproken werden, behoudens zijn verhael op den kooper.

X De verkooper der erfenis moet dus al het recht overdragen, dat in de erfenis was. Daarin is natuurlijk ook de hereditatis petitio, en deze wordt dus ook overgedragen. X Kan het bij den verkoop der erfenis, dan

kan het natuurlijk ook, na hetgeen wij bij HUGO DE GROOT over den verkoop der actie hebben gezien, afzonderlijk worden verkocht, waaruit ik dus meen te moeten besluiten, dat volgens het oud-Hollandsch recht de verkoop der hereditatis petitio mogelijk is.

c. POTHIER.

Zooals bij vele andere zaken, b. v. het bezit, die onze wetgever in de code niet voldoende geregeld vond, ontleende hij zijne bepalingen (ook voor de hereditatis petitio) grootendeels aan POTHIER, zoodat voor de explicatie onzer wet POTHIER ook op dit punt moet geraadpleegd worden, al geven wij toe, dat onze wetgever op verschillende hoofdpunten van POTHIER is afgeweken, zoodat men bij het redeneeren uit POTHIER, zeer voorzichtig moet zijn.

De definitie van de hereditatis petitio luidt volgens art. 881 B. W. aldus:

De erfgenaam heeft een rechtsvordering tot verkrijging der erfenis tegen al de genen, die hetzij onder dien titel, of zonder dien, in het bezit zijn der geheele nalatenschap of van een gedeelte daarvan, mitsgaders te-

De definitie van de hereditatis petitio luidt volgens POTHIER aldus:

Cette action est celle par laquelle un héritier réclame une succession, (de bepaling tegen wien zij kan worden ingesteld is ontleend aan het Romeinsch recht) contra eum qui pro herede vel pro possessore possidet —

gen degenen, die met arglist hebben opgehouden te bezitten. Hij kan die rechtsvordering instellen voor het geheel, indien hij alleen erfgenaam is en voor zijn aandeel voor zoover er meerdere erfgenamen zijn.

aut dolo malo desiit possidere; terwijl eindelijk het laatste gedeelte weer is uit POTHIER; ou pour le total, s'il est unique héritier, ou pour la part, pour laquelle il est héritier s'il ne l'est que pour partie (POTHIER, Des actions § 1).

Zeer opmerkelijk is verder een verschil in den vorm tusschen POTHIER en onzen wetgever, hoewel zij beiden, met afwijking van het Romeinsch recht, practisch tot hetzelfde resultaat komen. In het Romeinsch recht werd de hereditatis petitio nu eens genoemd, actio in rem, en dan weer mixta personalis, en als mixta aan verjaring onderworpen.

POTHIER brengt op de boven door ons aangehaalde plaats, de hereditatis petitio tot de actions réelles, en volgens hem, is zij dus, als iedere action réelle, aan eene verjaring van 30 jaren onderworpen.

Onze wetgever brengt ze in art. 129 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot de gemengde en onderwerpt ze toch in art. 882 B. W. aan eene verjaring van 30 jaren.

Wat nu eindelijk betreft de teruggave der vruchten, deze moesten volgens het Romeinsch recht door

hem, tegen wien de hereditatis petitio was uitgesproken, worden teruggegeven, volgens den rechtsregel „fructus augent hereditatem,” onverschillig of hij bezitter ter goeder of ter kwader trouw was geweest.

POTHIER nam deze bepalingen met eenige kleine wijzigingen, door de Fransche jurisprudentie daarin gebracht, over.

Onze wetgever week hier geheel van beiden af, en bepaalde dat, wat de teruggave der vruchten betreft, deze bij de hereditatis petitio dezelfde zouden zijn als bij de reivindicatie. Men ziet uit dit alles, dat al kon men aantoonen, dat POTHIER de hereditatis petitio alléén toekende aan den erfgenaam, en niet aan den kooper van het erfrecht, en ze dus zelve ook niet voor vervreemding vatbaar verklaarde, men daaruit voor onze wet geen afdoend argument tegen onze leer zou kunnen putten.

Wij meenen echter, dat bij eene eenigszins opletende lezing van POTHIER, hij zal blijken eerder een voorstander dan een tegenstander van onze leer te zijn.

In zijn *Traité de la propriété*, Partie II Chapitre III stelt hij op den voorgrond, dat evenals de eigenaar

alléén de *rei vindicatie*, zoo ook de erfgenaam alléén de *pétition d'hérédité* kan instellen.

Zagen wij reeds vroeger, dat het eerste onjuist is en zien wij verder, dat POTHIER aan den kooper der *droits successifs* de *pétition d'hérédité* geeft, al is het dan ook niet op eigen naam, maar als het ware op het voetspoor van het Romeinsch recht als procurator in rem suam, en nog verder, dat zelfs zonder verkoop der *droits successifs* alleen des *prétentions à une succession* kunnen verkocht worden, welk laatste geval juist blijkt te bestaan in den verkoop der actiën, zonder dat het er iets toe doet, of het recht zelf bestaat of niet, en dat hij in dit geval, aan dien kooper de *hereditatis petitio* toekent, dan meen ik, vooral wanneer men dit in verband brengt met wat POTHIER leert over de overdracht der actie, zeer stellig als waar te mogen aannemen, dat POTHIER den verkoop der *hereditatis petitio* als mogelijk en als voorkomend aanneemt.

Wij willen dit opstel eindigen, met het aanhalen van een autoriteit, en ik beroep mij dan op de uitspraak van Prof. DIEPHUIS. Wat den overgang der *hereditatis petitio* bij den verkoop der erfenis betreft,

en wat ook toepasselijk is op den verkoop der hereditatis petitio, namelijk deel VIII pag. 35:

„Verschillend wordt gedacht over de vraag, of gelijk „de erfgenaam zelf, ook de kooper der erfenis onze „vordering kan instellen.

„Natuurlijk moet hier, ook om 1370⁶ B. W., gedacht „worden aan een verkoop eener reeds opengevallen „erfenis, maar daarom kan dan ook die bepaling in „dezen geen bezwaar opleveren. Dat nu in art. 881 „de vordering alleen aan den erfgenaam is toegekend, „en daar niet ook van een kooper der erfenis gesproken wordt, is zeer natuurlijk; maar het kan wel „aanleiding geven tot de vraag, het kan haar niet „beslissen.

„En nu moge het waar zijn dat bij den verkoop „eener erfenis *niet* het erfgenaamschap wordt verkocht, „en de kooper geen erfgenaam wordt, hij verkrijgt dan „toch de rechten, die voor dezen aan zijn erfgenaamschap verbonden waren.

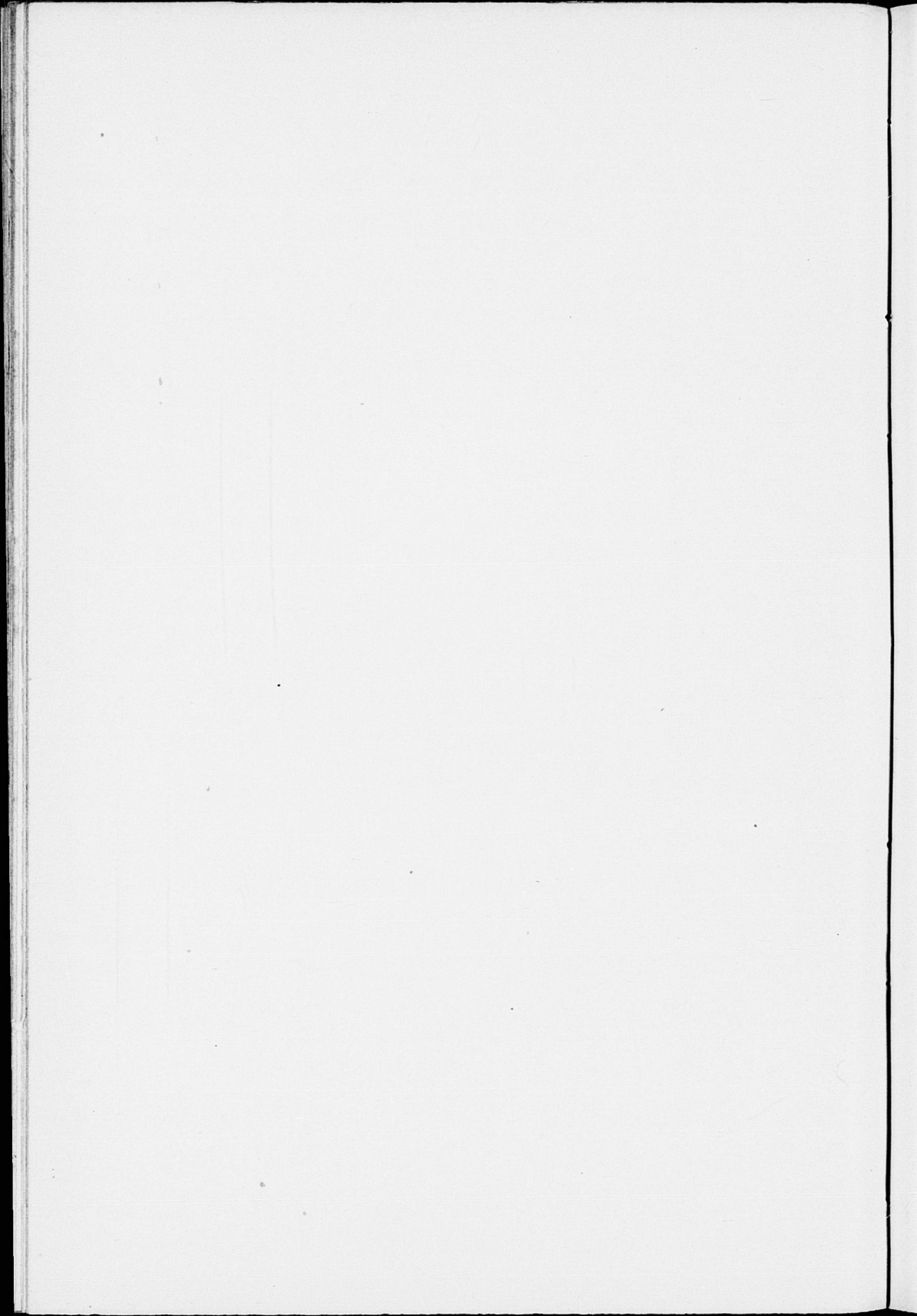
„En het moge verder waar zijn, dat de erfenis en „niet onze vordering het voorwerp was van den verkoop, dit kan immers niet beletten, dat die vordering, „als behoorende tot de rechten, die aan den kooper

„zijn overgedragen, ook aan hem is overgegaan en nu „door hem kan ingesteld worden.

„Wanneer de erfgenaam gestorven is, zonder dat „van zijn recht van vordering gebruik is gemaakt, zal „men zeker bezwaarlijk aan diens ergenaar het recht „kunnen ontzeggen, om het als zijn opvolger in zijn „plaats te doen; ofschoon deze toch ook niet is de „erfgenaam, aan wien artikel 881 de vordering toekent, „en van hem als opvolger in het recht daartoe, hier „ook niet wordt gesproken; men zal hem daartoe ge- „rechtigd achten, omdat hij getreden is in de plaats „van dengene, wien de wetgever in art. 881 bedoelde.

„Maar de kooper der erfenis is eveneens gekomen „in de plaats van denzelfde, hij is ook opvolger van „dezen, al is hij het niet door erfrecht maar door „koop; het is, geloof ik, volkomen natuurlijk, dat hem „nu ook de vordering toekomt, die zijn verkooper, de „erfgenaam had, wiens rechtverkrijgende hij is ge- „worden.

STELLINGEN.



STELLINGEN.

I.

Het interdictum uti possidetis kan niet ingesteld worden zonder stoornis in het bezit.

II.

De kooper eener erfenis heeft de hereditatis petitio.

III.

Gelden, door den eenen echtgenoot, die met de andere is gehuwd in gemeenschap van winst en ver-

lies, besteed tot vertimmering van diens eigen goederen, behoeven niet aan den boedel van de andere te worden vergoed.

IV.

Volgens art. 1054 B. W. kan aan uitvoerders van uiterste willen het bezit voor langer dan één jaar worden toegekend.

V.

Bij voltrekking van een huwelijk in een bijzonder huis is toelating van het publiek geen vereischte.

VI.

De verbintenis tot het verschaffen van onderhoud aan bloed- en aanverwanten is noch solidair, noch ondeelbaar.

VII.

Onderzoek naar het vaderschap behoorde ook in geval van misleiding te zijn toegelaten.

VIII.

De vrouw kan door geen rechtsmiddel gedwongen worden met den man samen te wonen.

IX.

Ten onrechte beweren sommigen dat, wanneer iemand, na eerst insolvent geweest te zijn, ten tweede male faillieert, de oude schuldeischers niet in het nieuwe faillissement kunnen opkomen.

X.

Een assignatie kan niet aan eigen order getrokken worden.

XI.

Wanneer krachtens een verlot van den president van de rechtbank conservatoir beslag is gelegd op iemands goederen, en de inbeslagnemer den tijd voor de vanwaardeverklaring heeft laten voorbijgaan, kan hij niet, krachtens datzelfde verlot, opnieuw arrest leggen.

XII.

Wanneer iemand krachtens art. 314 B. R. V. gedagvaard is voor een ander rechter, dan dien waar de gedaagde woont, behoort uit de dagvaarding de reden daarvan te blijken.

XIII.

Wat in elk speciaal geval als begin van uitvoering in den zin van art. 2 S. R. te beschouwen is, is geheel van feitelijken aard, en ter beoordeeling van den rechter, die over het feit oordeelt.

XIV.

De onderscheiding in absoluut en relatief ondeugdelijke middelen bij poging verdient afkeuring.

XV.

De strafbepaling tegen den bedienaar der godsdienst, die eenige tot het kerkelijk huwelijk betrekkelijk godsdienstige plechtigheid verricht, voordat partijen hem hebben doen blijken van de reeds plaats gehad heb-

bende burgerlijke voltrekking des huwelijks, behoort in ons strafwetboek niet meer tehuis.

XVI.

Wenschelijk ware het, in strafzaken het kruisverhoor in te voeren.

XVII.

Wenschelijk ware het, in strafzaken de vrije bewijstheorie in te voeren.

XVIII.

In art. 11 S. V. (nieuw W. S. V. art. 8) behoorde de kantonrechter niet genoemd te worden.

XIX.

De Prins van Oranje is op 23jarigen leeftijd meerderjarig.

XX.

De burgemeester, ofschoon geen lid van den raad zijnde, is niet gerechtelijk vervolgbaar voor de meeningen, in de gemeenteraadsvergadering door hem geuit.

XXI.

Het door de wet van 9 April 1877, Stbl. 73 gewijzigde art. 37 R. O. is, voorzoover het bepaalt dat de kantonrechter voor het leven wordt aangesteld, in strijd met art. 163 G. W.

XXII.

Bij eventueele herziening der Zondagswet (wet 1 Maart 1815, Stbl. 21) behoort de Zondag als algemeene rustdag behouden te blijven.

XXIII.

Bescherming van den landbouw, desnoods door inkomende rechten, is onder zekere omstandigheden te billijken.

XXIV.

Zeer terecht wordt geleerd:

Pensionneeren van ambtenaren en van hunne achtergelaten betrekkingen is als algemeene regel af te keuren, dubbel af te keuren, wanneer de ambtenaren verplicht worden, daartoe zelve de middelen bijeen te brengen.

