



Het rechtskarakter van het jusjurandum voluntarium naar Romeinsch recht

<https://hdl.handle.net/1874/233674>

Id 4: 192

jur. 7 Febr. 1894

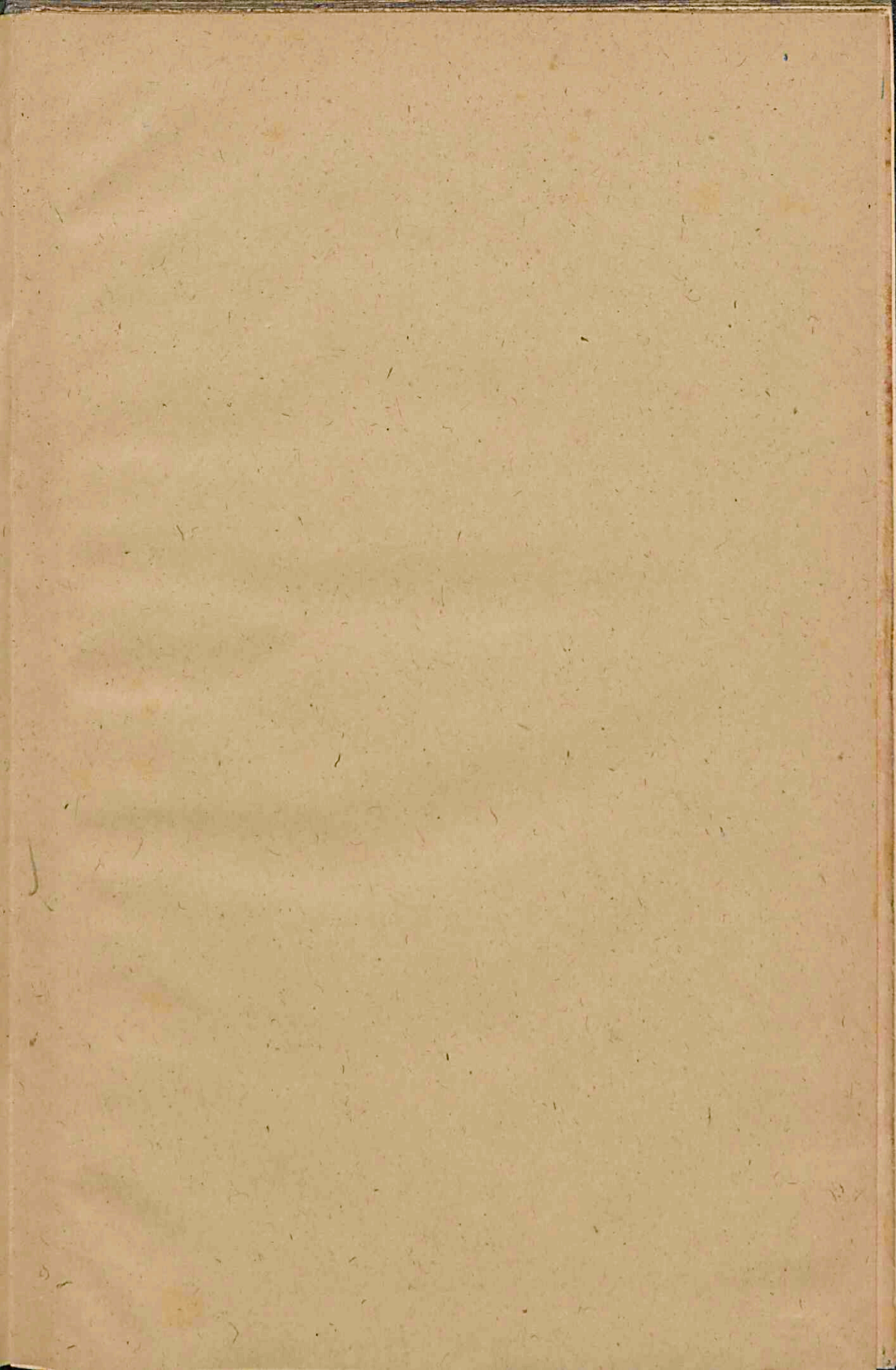
Het Rechtskarakter

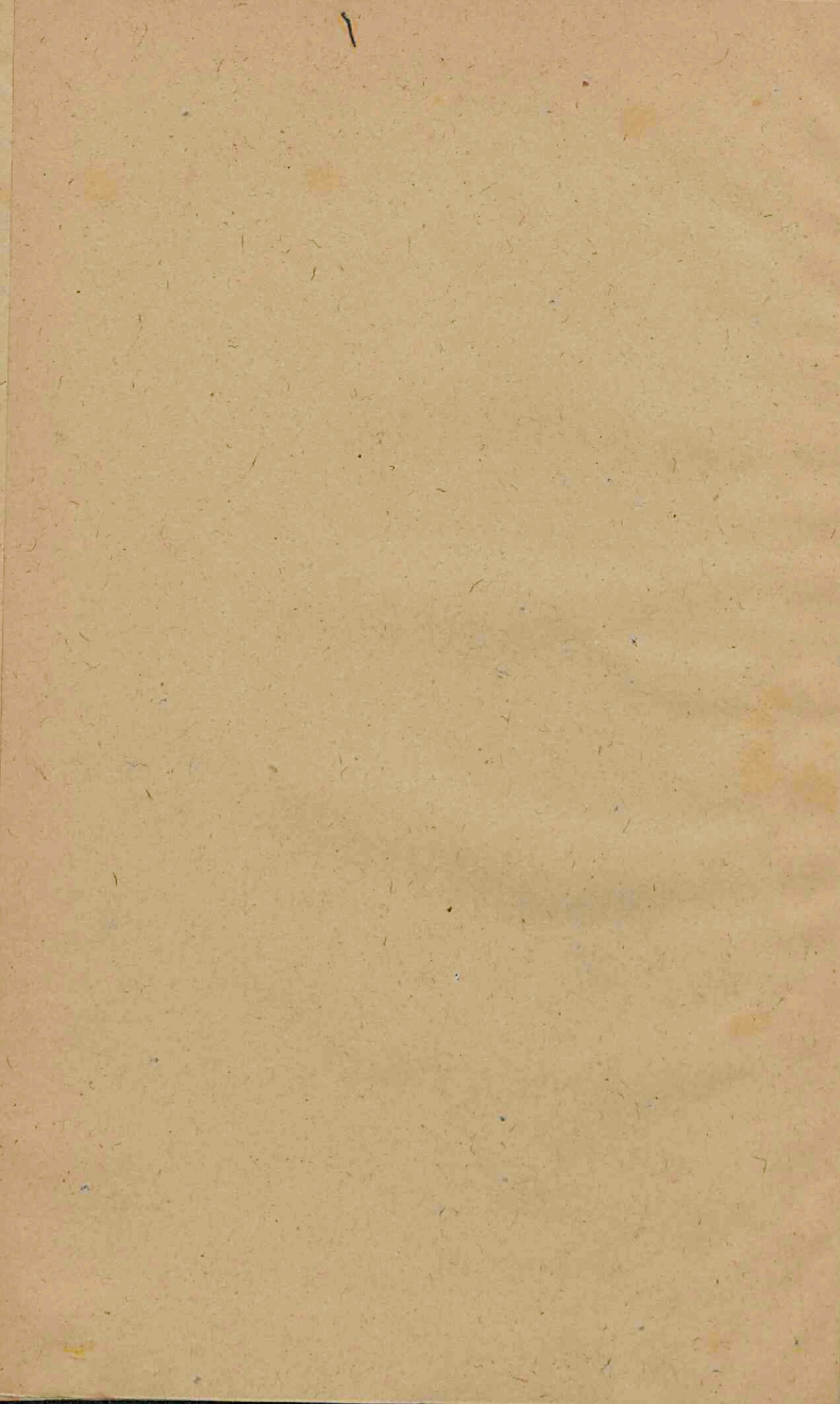
van het Jusjurandum Voluntarium

naar Romeinsch Recht.

J. HAMBURGER A.DZN.

A. qu.
192





HET RECHTSKARAKTER

VAN HET

Jusjurandum voluntarium naar Romeinsch Recht

9

HET RECHTSKARAKTER

VAN HET

Jusjurandum voluntarium naar Romeinsch Recht.

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

Doctor in de Rechtswetenschap

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

MR. M. S. POLS,

Hoogleeraar in de Faculteit der Rechtsgeleerdheid,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAAT DER UNIVERSITEIT

TEGEN DE BEDENKINGEN VAN

DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID,

TE VERDEDIGEN

op WOENSDAG 7 FEBRUARI 1894, des namiddags ten 3½ ure,

DOOR

JACOB HAMBURGER A.DZN.,

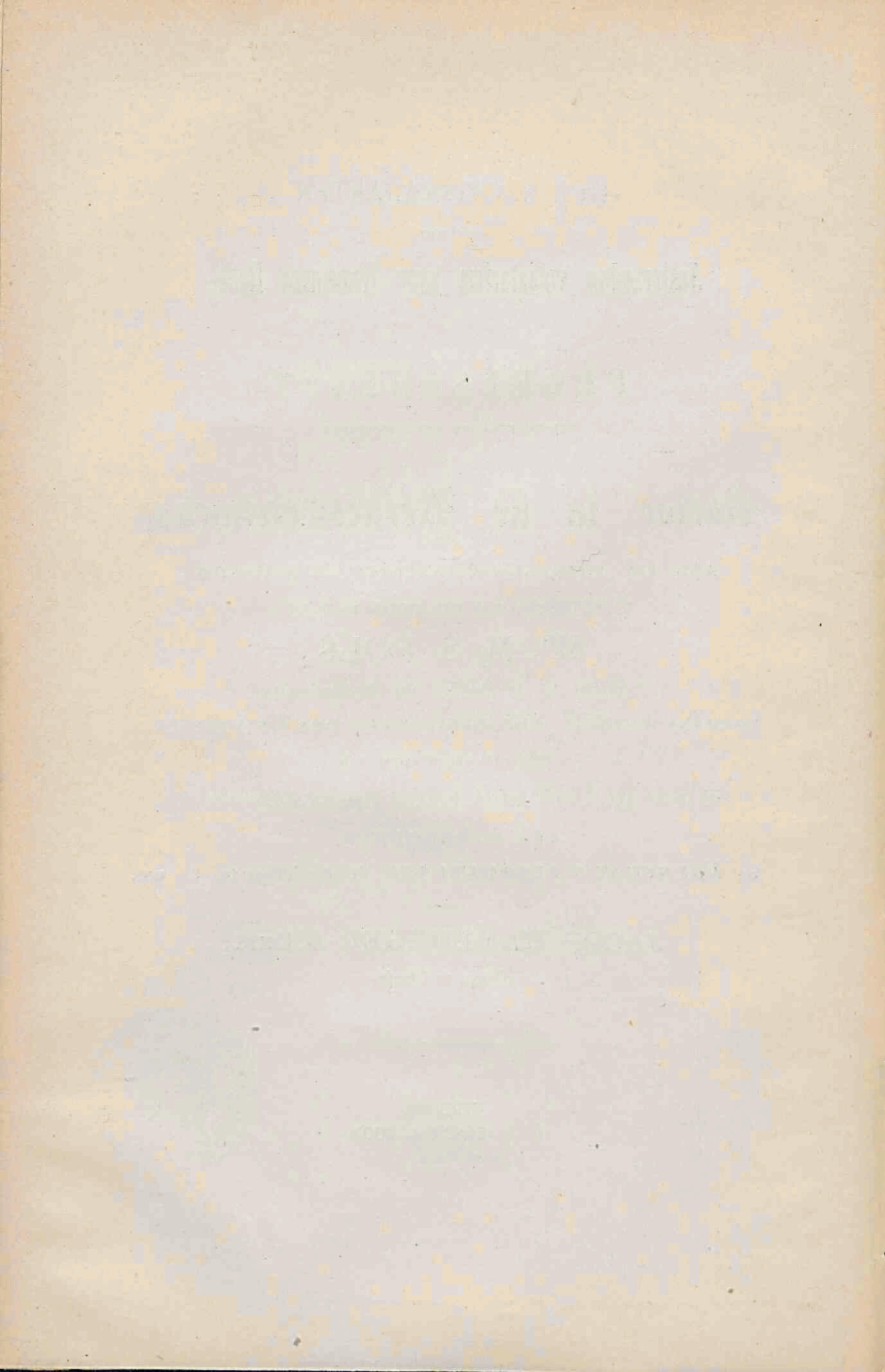
geboren te Utrecht.

UTRECHT,

L. E. BOSCH & ZOON.

1894.





Aan de nagedachtenis mijner Ouders.

VOORWOORD.

Bij het eindigen mijner Academische Studiën, kwijt ik mij van een aangenamen plicht, den Hoogleeraren der Juridische Faculteit mijn dank te betuigen voor het onderwijs, dat ik van hen heb mogen ontvangen. In 't bijzonder zeg ik mijn hooggeachten Promotor, Prof. J. C. NABER, dank, niet slechts voor de welwillendheid, waarmede Z.H.G. mij zijnen tijd ter beschikking stelde, maar ook voor de scherpzinnige en kernachtige opmerkingen, die er toe bijdroegen de voltooiing van dit boekje te bespoedigen. Uwe wenken en raadgevingen, Hooggeleerde NABER, zullen mij steeds in dankbare herinnering blijven en vergunnen mij den wensch uit te spreken:

dat gij mij ook in mijn verder leven Uwe belangstelling moogt waardig achten.

Aan U, mijne vrienden, in wier hartelijken omgang ik mij verheugen mocht, waar wij uiteengaan, zij mij één wensch veroorloofd: mogen onze wegen zich menigmaal kruisen!

UTRECHT, Januari 1894.

INHOUD.

Voorwoord.

Blz.

HOOFDSTUK I.

Het begrip van het *jusjurandum voluntarium* 1

Definitie van: Von Savigny en Pothier, interpolatie van „*judex*” in L 1 D. 12. 2. en L 17. D. 12. 2; definitie van Demelius en critiek, interpolatie van „*remedium*” in L 1 D. 12. 2; de beteekenis van „*lis*” in L 1 D. 12. 2; L 1 D. 12. 2 bewijst niets over het bestaan van een *jusjurandum voluntarium in jure*. Demelius’ bewijs uit ’t Edict en critiek, Demelius’ bewijs uit L 28 en L 6 D. 12. 2. en critiek, definitie van Fadda; definitie van het *jusjurandum voluntarium*.

HOOFDSTUK II.

Het rechtskarakter van het *jusjurandum voluntarium* naar Mr. Tichelaar en Prof. Gradenwitz 12

Inleiding, het rechtskarakter naar Mr. Tichelaar is „voorwaardelijke overeenkomst”, de zin van L 6 D 12. 2, *remittere* in deze *lex* beteekent „kwijt-

schelden", Tichelaar's argument a contrario uit L 6 D. 12. 2, en critiek, Fadda over *remitti debet* in L 6 D. 12. 2 en critiek. Wat karakteriseert Mr. Tichelaar? Hij neemt de constructie van Dr. Nissen over en critiek, *conditio jurisjurandi*. De strijd over het begrip van „overeenkomst” naar Romeinsch Recht. Mr. Tichelaar neemt een zelfstandig standpunt in. Resumtie omtrent Mr. Tichelaar's kwalificatie van het *jusjurandum voluntarium*.

Gradenwitz karakteriseert den eed als eene soort 29 reaal contract, zijn gedachtengang en critiek; hij kan slechts het *jusjurandum actoris* op het oog gehad hebben, Fadda over Gradenwitz; de actie uit 't innominaal-reaal contract; meening van Julianus en van Mauricianus. De actie uit L 7 § 2 D 2. 14 was met eene *praescriptio* voorzien; het woord „civilis” in L 5 § 2 D. 19. 5 is geïnterpoleerd. De actie uit 't innominaal-reaal contract geeft grond tot een *judicium bonae fidei*; uit het *jusjurandum* komt een *actio in factum* voort. Het *jusjurandum* is een *negotium stricti juris*. Resumtie omtrent Gradenwitz' karakteriseering.

HOOFDSTUK III.

Het rechtskarakter van het <i>jusjurandum voluntarium</i>	
naar de bronnen	41
Inleiding.	
Transactio versus <i>jusjurandum voluntarium</i> . . .	42
Res judicata „ „ „ . . .	48

Novatio seu delegatio versus jusjurandum voluntarium	54
Solutio versus jusjurandum voluntarium	62
Acceptilatio versus jusjurandum voluntarium	66

HOOFDSTUK IV.

Het rechtskarakter van het jusjurandum voluntarium .	70
Inleiding.	
Het wezen van den eed	70
De werking van den eed.	77

Verklaring der afkortingén.

- Baron. Inst. . . . J. Baron. Geschichte des Römischen Rechts I. 1884.
- Bekker. Actionen. . . E. J. Bekker. Die Actionen des Römischen Privat-Rechts. 1871.
- Bethm. Hollweg. Form. M. A. von Bethmann—Hollweg. Der Civilproces des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. II. 1865.
- Brissonius. De verb. sign. Brissonius. De verborum significatione quae ad jus civile pertinent.
- Bruns. Fontes. . . C. G. Bruns. Fontes Juris Romani Antiqui. 1887.
- Coninck Liefsting. Verb. F. B. Coninck Liefsting. Algemeene Beginselen van de leer der rechtsgeldigheid van verbintenissen uit overeenkomst. 1890.
- Von Czychlarz. Inst. . . Carl Ritter von Czychlarz. Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechtes. 1893.
- Demelius. Schiedseid . G. Demelius. Schiedseid und Beweis-eid im Römischen Civilprocesse, 1887.

- Fadda. Pactum . . . C. Fadda. Sul così detto Pactum de jurejurando e sopra una recente opinione in proposito. 1888.
- Feith. Decisoire eed . Rh. Feith. De decisoire eed. 1892.
- Goudsmit. Systeem . J. E. Goudsmit. Pandecten systeem. 1880.
- Gradenwitz. Sav. St. . O. Gradenwitz, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung. rom. Abth, VIII.
- Gradenwitz. Interp. . O. Gradenwitz. Interpolationen in den Pandekten. 1887.
- Huschke. Jurispr. . . Ph. E. Huschke. Jurisprudentiae Ante iustinianae quae supersunt. 1886.
- Huschke. Cond. jidi. . Ph. E. Huschke. Ueber die Conditio jurisjurandi in Zeitschr. für Civilr. und Prozess, XII pag. 334—416.
- Jhering. Sch. u. E. . Rud. von Jhering. Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. 1891.
- Kalb. Juristenlatein . W. Kalb. Das Juristenlatein. 1888.
- Keller. Actionen. . . F. L. von Keller. Der Römische Civilprozess und die Aktionen. 1883.
- Kniep. Praescriptio. . Ferdinand Kniep. Praescriptio und Pactum. 1891.
- Lenel. Edictum . . . O. Lenel. Das Edictum Perpetuum. 1883.
- Nissen. Vertretung . . A. Nissen. Die Gewissensvertretung nach gemeinen deutschen Processrecht. 1861.
- Pothier. Pandectae . . R. J. Pothier. Pandectae Justinianae. 1825.
- Puchta. Inst . . . G. F. Puchta. Institutionen. 1893.

- R. M. Rechtsgeleerd Magazijn.
 Risch. Vergleich. . . C. Risch. Die Lehre vom Vergleiche
 mit Ausschluss des Eides und Com-
 promisses. 1855. (gekrönte Preis-
 schrift).
 Rudorff. Rechtsgesch. . A. F. Rudorff. Römische Rechtsge-
 schichte. 1859.
 Savigny. System. . . F. C. von Savigny. System des heu-
 tigen Römischen Rechts.
 Schlossmann. Vertrag. S. Schlossmann. Der Vertrag. 1871.
 Sohm. Inst. . . . R. Sohm. Institutionen des Römischen
 Rechts. 1888.
 Weiske's Rechtslexicon. J. Weiske. Rechtslexikon für Juristen.
 1859.
 Windscheid. Pand. . . B. Windscheid. Lehrbuch des Pan-
 ectenrechts. 1882.
-

EERSTE HOOFDSTUK.

Het Begrip van het *jusjurandum voluntarium*.

In de Pandekten vindt men alleen in het opschrift van den tweeden titel in het twaalfde boek van een *jusjurandum voluntarium* gesproken, welke benaming von Savigny voor een technischen term houdt. „Darin sind augenscheinlich Römische Kunstaussdrücke enthalten, über deren Bedeutung in neuerer Zeit verschiedene Meinungen aufgestellt worden sind”. ¹⁾ Hij zelf verstaat onder het *jusjurandum voluntarium* „der aussergerichtliche Eid” en den naam verklarende, zegt hij: „weil dessen Annahme und Leistung ganz in der Willkür der Partei lag, welcher er zugeschoben wurde”. Pothier ²⁾ definieert, na geconstateerd te hebben „Triplex autem jurisjurandi species: Voluntarium, quod parti ab altera parte defertur in judicio vel extra”, en op zijn beurt den naam toelichtende, teekent hij aan: „Ita dictum quia voluntati seu arbitrio ejus cui defertur relinquitur, an illud praestare aut referre velit”. Daarop laat hij eene andere definitie volgen: „Aliter alii definiunt et volunt: Voluntarium vero illud *jusjurandum* appellari, quod extra judicium ex conventionem suscipitur”, welke laatste definitie zich nauw aansluit aan L. 17. pr. D. 12,2.

¹⁾ Savigny: System VII, p. 83 vlg.

²⁾ Pothier: Pandecten, p. 483, cf von Lasaulx: Ueber den Eid bei den Römern. p. 17.

Definitie van
von Savigny.

Definitie van
Pothier.

Jusjurandum, quod ex conventione extra judicium defertur, referri non potest.

Nu behoort men aan „judicium” niet de technische beteekenis van dit woord te hechten, en daaronder niet te verstaan, dat stadium in het proces, waarin niet de Praetor maar de Judex de leiding heeft, maar veeleer die van „proces” in ’t algemeen; derhalve bedoelt Pothier met jusjurandum voluntarium den eed, zoowel in als buiten rechte afgelegd; de eed in rechte is de zoodanige *in jure* voor den Praetor afgelegd; de alii erkennen alleen een jusjurandum voluntarium buiten rechte gezwoeren.

Interpolatie
van „Judex.”

Dat „Judicium” en „Judex” vaak geïnterpoleerd zijn en in de plaats van „Jus” en „Praetor” getreden moeten zijn, daarvan kan o. a. L. 1 D. 12,2, het bewijssleveren.

Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae.

Volgens deze lex wordt de controverse door het jusjurandum beslist; het jusjurandum vervangt de sententia. Voor den judex nu kan de eed, van welke soort ook, nooit de sententie onnoodig maken, nooit een „Surrogat eines Urtheils” zijn. ³⁾ Zoo ook Bethmann Hollweg: ⁴⁾ „Da jedes judicium mit dem Urtheil (res judicata) endigt, dieses aber durchaus von der Ueberzeugung des Geschwornen abhängt, so kann der Eid nicht die Stelle des Urtheils vertreten, etc.” en Nissen, ⁵⁾ het effect van den eed in judicio nagaande, zegt: „Nicht im Eide lag hier die entscheidende Kraft; er bildete vielmehr nur die „Basis des Urtheils, und gelang es dem Gegner, auf

³⁾ Savigny: System. VII, p. 83.

⁴⁾ Bethm. Hollweg: Form. § 107 sub III.

⁵⁾ Nissen: Vertretung, p. 6.

irgend eine Weise den Richter vor gesprochener Sentenz vom Gegentheil zu überzeugen, so sprach der Richter diese seine überzeugung aus und der geleistete Eid war nutzlos". Dat in even aangehaalde lex 17 de compilatoren de woorden van Paulus niet intact gelaten hebben, daarop wijst ook Demelius, ⁶⁾ die ten aanzien van deze lex, in vergelijking met L 28 § 10 D. h. t.

Item cum ex hac parte jusjurandum et actionem et exceptionem inducat, si forte reus extra judicium actore inferente juraverit se dare non oportere et actor reo deferente dari sibi oportere, vel contra, posterior causa jurisjurandi potior habebitur: rell. zegt: „In l. 17. pr. aber lassen sich die Worte „extra „judicium" noch sicherer auf Interpolationen zurück- „führen".

Definitie van
Demelius.

Tot voor korten tijd kon de meening van von Savigny wel als de communis opinio doorgaan. ⁷⁾ Onlangs evenwel betoogde Demelius, door Prof. von Canstein ⁸⁾ op den twee en twintigsten Deutschen Juristentag herdacht als: „unser leider zu früh der Wissenschaft entrissene Romanist, der gründliche Forscher im Gebiete des Römischen Civilprocesses, welcher so viel Licht über den Eid im Römischen Processe durch sein bahnbrechende Schrift „Schiedseid und Beweiseid" gebracht hat" langs den weg eener door Gradenwitz genoemde „schijnbaar dwingende bewijsvoering," dat het jusjurandum voluntarium niet alleen een *buitengerechtelijk*, maar ook een *gerechtelijk* middel was om geschillen te beslechten.

⁶⁾ Demelius: Schiedseid p. 49.

⁷⁾ Cf Puchta: Inst. § 173, noot e, Windscheid: Pand. § 418, noot 4. Rudorff: Rechtsgesch. II § 67. Keller: Civilprozess. § 64.

⁸⁾ Gutachten des Herrn Prof. Frhn v. Canstein in Graz. Verhandlungen des 22^{sten} Juristentages. I. 1892.

„Keineswegs” zegt Demelius ⁹⁾, „darf man die Aussergerichtlichkeit desselben in dem anderen Sinne verstehen, dass der Konventionaleid immer *vor* dem Erscheinen der Parteien in iure seine Stelle habe, dass er nicht auch gelegentlich der Verhandlung in iure vereinbart und geschworen werden konnte”.

Deze beschouwing vond in Duitschland bijval: o. a. bij Prof. von Canstein, hier te lande bij Mr. Tichelaar ¹⁰⁾, die meent, dat het edict des Praetors oorspronkelijk alleen zag op het geval, dat voor hem in iure door den verweerder de eed was afgelegd.

Critiek.

Voor zijne meening beroept zich Demelius op L 1, D. 12, 2, hiervoren geciteerd. Enkele bedenkingen tegen de echtheid dezer plaats moeten hier ter sprake komen. Zooals reeds is gezegd, houden wij „judicis” voor geïnterpoleerd, maar ook „remedium” zal blijken niet van Gajus afkomstig te zijn. „Sollten wir unter den verschiedenen Digestenstellen wählen, welche die unechten sein durften, so würden wir für „remedium” Gai D. 12, 2, 1, bezeichnen” is het oordeel van Kalb ¹¹⁾, dat in overeenstemming is met Bluhme, die, naar de mededeeling van Gradenwitz ¹²⁾, opmerkt, dat de eerste woorden der Titels vaak door de compilatoren zijn uitgedacht. „Aber, wie Bluhme bemerkt hat, sind gerade die ersten Worte der Titel häufig von den Compilatoren erfunden.” Deze interpolatie, hoezeer ze ook het vertrouwen in de echtheid van deze lex op vrij onzachte wijze schokt, had Demelius onverschillig kunnen zijn,

Interpolatie
van „Remedium.”

⁹⁾ Demelius: Schiedseid. p. 44 vlg.

¹⁰⁾ R. M. Twaalfde jaargang p. 33.

¹¹⁾ Kalb: Juristenlatein p. 71 en noot 1.

¹²⁾ Gradenwitz; Interp. p. 116.

daar de kracht van zijn betoog in het woord „lis” gelegen is. „Schon die den Digestentitel eröffnende Stelle des Gajus redet in dieser Beziehung deutlich genug. Unter dem jusjurandum „ex pacto ipsorum litigatorum”, welches als „maximum remedium expediendarum litium” gepriesen wird, wird man doch wohl nicht ein vor dem exordium litis stattfindendes, sondern die begonnene lis beilegendes denken müssen” ¹³⁾. De hier bedoelde L. 1, D. 12, 2 heeft blijkbaar ten doel den Digestentitel over den eed in te leiden en kan daarom niet anders, dan eene algemeene bepaling bevatten. Zij zegt dan ook, dat er bij de Romeinen twee soorten van eed gebruikelijk waren, die de „lis” beslechtten, nl.: het jusjurandum voluntarium en necessarium. Waar ’t nu vaststaat, dat het jusjurandum voluntarium vooral buiten rechte zijn toepassing moet hebben gehad, ¹⁴⁾ daar kan men niet vasthouden aan de beteekenis van „lis”, die L. 36, D. 50, 16 vermeldt.

Litis nomen omnem actionem significat, sive in rem sive in personam.

maar moet men „lis” met „controversia” gelijkstellen, zooals in L. 1 D, 12. 2. inderdaad geschiedt — *deciduntur controversiae* — en de beteekenissen van controversia per analogiam op „lis” overbrengen: m. a. w. dan beteekent „lis” niet slechts „actionem” maar ook „quaestionem” ¹⁵⁾. In denzelfden zin Risch: „allein es ist einerseits nichts Unerhörtes, dass unsere Quellen das Wort „lis” in einem weiteren, jede (und darum auch die aussergerichtliche eine künftig gerichtliche sehr wahrscheinlich machende)

¹³⁾ Demelius: Schiedseid. p. 46.

¹⁴⁾ Demelius: Schiedseid. p. 28.

¹⁵⁾ Brissonius: de verb. significatione, in voce: controversia. cf Rudorff: Rechtsgesch. II § 71, noot 3.

Bestreitung umfassenden Sinne gebrauchen" ¹⁶⁾. Prof. Heimbach daarentegen meent, dat men van „lis" eerst spreken kan na de litiscontestatie: voor de litiscontestatie van „controversia mota" ¹⁷⁾ L. 25 § 7 D. 5, 3.

‘Si ante litem contestatam’, inquit, ‘fecerit’: hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam.

bij welke meening Puchta ¹⁸⁾ zich schijnt aan te sluiten. „Das Verfahren in iure hat durchaus nur den Charakter einer Vorbereitung für die eigentlichen materiell wesentlichen Momente des Rechtsstreits: Untersuchung und Urtheil. Der Rechtsstreit, *lis*, wird so wenig durch jenes Verfahren ganz oder auch nur theilweise erledigt etc.” Das Resultat der Thätigkeit des Magistrats wird daher mit den Worten bezeichnet: *lis ordinata*, *judicium ordinatum*, in den Formularproceß heisst es von dem Magistrat: *dat judicium*, und jene Bedeutung des Abschlusses der Verhandlungen in iure drückt sich in den Worten aus: *lis inchoata est*. L. 44. D. 5, 1.

Non idcirco iudicis officium impeditur, quod quidam ex tutoribus post litem adversus omnes inchoatam rei publicae causa abesse coeperunt, cum praesentium et eorum qui non defenduntur administratio discerni et aestimari possit.

Moet men „lis" in dien zin opvatten, dan moet L. 1 D. 12, 2 geschreven zijn in den tijd, dat er geen onderscheid meer bestond tusschen „jus" en „judicium", „praetor" en „judex", alzoo na den ondergang van den *ordo judiciorum*; maar dan kan men de echtheid niet

¹⁶⁾ Risch: Vergleich § 2 noot 2.

¹⁷⁾ Weiske's Rechtslex. VIII. p. 570.

¹⁸⁾ Puchta: Instit. I § 172.

volhouden, daar Gajus leefde zoo ongeveer ten tijde van Antoninus Pius (138—161) en de ondergang van den ordo judiciorum van Diocletianus' tijd (285—304) dateert.

De Praetor had de bevoegdheid over het bezit eener zaak, welke in geschil is, te beschikken — *vindicias dicere*. — Hij bepaalde namelijk, wie bezitter tot de beslissing van het geschil zoude zijn en beval dezen, borg te stellen voor de restitutie van de zaak (lis) en het genot, dat met het bezit verbonden is. *Praedes litis et vindiciarum*. „Lis” beteekent hier: het voorwerp, waarover geschil is.¹⁹⁾

Bij zoovele bedenkingen tegen de meermalen aangehaalde lex zelve, en zoo groote verscheidenheid van beteekenissen van „lis” kunnen wij niet tot de conclusie komen, welke Demelius gemeend heeft te kunnen trekken, en zoo men ons wenschte te vragen, wat deze lex ons leert nopens het *jusjurandum voluntarium*, of een *jusjurandum voluntarium in jure* zich denken laat, dan kunnen wij niet anders dan met een *non liquet* antwoorden.

Als bewijs voor het bestaan van het *jusjurandum voluntarium in iure* gebruikt Demelius 't Edict, zooals het uit l. 3 pr. en l. 7 D. 12.2 door Lenel opgebouwd wordt. Naar hem luidt 't Edict aldus: ²⁰⁾

Si is cum quo agetur condicione delata juraverit
sive cum jurare paratus esset, *jusjurandum ei remis-*

¹⁹⁾ Puchta; Inst. I § 157, § 161.

²⁰⁾ Lenel: Edictum p. 117. Gradenwitz (Zeitschr. Sav. St.) construeert aldus: Si [qua de re?] is cum quo agetur, condicione delata juraverit, eius rei neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo. — Cf Fierich: über die Eideszuschreibung p. 192 in Grünhuts Zeitschrift 1889.

sum fuerit, eius rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.

Demelius betoogt op de volgende wijze. Opdracht en aflegging moeten toch in elk geval voor het *actionem non dabo* liggen, 't zij vóór het verschijnen van de partijen in iure, of daarna.

Critiek.

„Unmöglich“, laat Demelius er terstond op volgen ²¹⁾, „kann also aus jenen Worten gefolgert werden, dass das *jurare vor dem agere* gedacht werde.“ Deze conclusie laat zich — salva reverentia — uit de praemissen niet rechtvaardigen. Terecht legt Bethmann-Hollweg ²²⁾ den klemtoon op het *futurum exactum*, „welches die Zuschiebung als vergangene Thatsache bezeichnet“ en doet daardoor de betrekking tusschen *agetur* en *actionem non dabo*, beide futura, aan de eene zijde en *juraverit* aan de andere zijde op heldere wijze uitkomen. In het Edict kan ik niet anders lezen, dan dat de Praetor, in het geval, dat er een proces op handen is over een zaak, waarover reeds gezworen is, geen actie zal geven. Bij Pothier ²³⁾ wordt deze lex 7 D. 12.2 dan ook behandeld onder de rubriek: „De effectu jurisjurandi praestiti.“ Hij zegt: Quod autem ait Praetor Actionem non dabo, sic accipiendum est: quum apud Magistratum liquet de ea re fuisse interpositum.”

Dat de eed na het agere zou moeten afgelegd zijn, laat zich niet afleiden uit hetgeen Ulpianus mededeelt, integendeel, wij achten het in overstemming met de woorden van het edict, zoo wij aannemen, dat de eed vóór het agere zal gezworen zijn.

²¹⁾ Demelius: Schiedseid. p. 46.

²²⁾ Bethm. Hollweg: Form. § 107, noot 11.

²³⁾ Pothier: Pandectae XXIX p. 489.

L. 28 § 6 D. 2, 2. Als een direct en positief bewijs voor zijne stelling, haalt Demelius l. 28 § 6 D. 12.2 aan:

Colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, si juraverit se non succidisse, sive e lege duodecim tabularum de arboribus succisis sive e lege Aquilia damni iniuria sive interdicto quod vi aut clam postea convenietur, per exceptionem jurisjurandi defendi poterit.

„Aus dem *agebatur* geht ganz sicher hervor“, schrijft Demelius,²⁴⁾ „dass das ‘*juraverit*’ von einem infolge des ‘*agere ex locato*’, d. h. gelegentlich der Verhandlung in ‘*iure geschworenen Eide zu verstehen ist*’, tegen deze laatste verklarende opmerking moeten wij opkomen. Wij meenen, dat ‘*si juraverit*’ niet met ‘*agebatur*’ maar met het volgende futurum ‘*per exceptionem defendi poterit*’ in verband gebracht moet worden, hoezeer wij ook erkennen, dat ‘*si juraverit*’ invloed moet gehad hebben op het proces ‘*ex locato*’.

Wij achten deze plaats voor verschillende uitlegging vatbaar. Indien met een colonus geprocedeerd wordt ‘*ex locato*’ maar deze reeds den eed heeft afgelegd ‘*se non succidisse*’, dan kan hij zich van een exceptie uit den eed bedienen; hetzelfde is 't geval, zoo hij e lege Aquilia damni iniuria of interdicto quod vi aut clam gedagvaard wordt. Doch ook de volgende interpretatie is mogelijk, die wij voor ons, als de juiste aanmerken. Zoo met een colonus ‘*ex locato*’ over ‘*succisae arbores*’ geprocedeerd wordt, en naar aanleiding van dit proces de colonus gezworen heeft ‘*se non succidisse*’, dan staat den colonus een exceptie uit den eed ten dienste, zelfs indien hij met eene andere actie wordt vervolgd, b.v. e lege Aquilia damni iniuria of interdicto quod vi aut clam.

²⁴⁾ Demelius: Schiedseid. p. 47.

Welke de afloop van dit proces '*ex locato*' is geweest, is niet met zekerheid te zeggen. Of de eed het proces beëindigd heeft of een sententie, gebaseerd op den eed, vertelt Paulus ons niet en wisten we niet, dat hij in zijn 18^e boek over het *jusjurandum voluntarium* handelt, dan had zelfs de vraag of hier een *jusjurandum voluntarium* dan wel *necessarium* bedoeld wordt, reden van bestaan.

Definitie van
Fadda.

Hoe belangrijk dit punt ook moge zijn, het staat in een te verwijderd verband tot ons onderwerp, dan dat wij er langer bij zouden mogen blijven stilstaan. 't Moet gezegd, dat wij hierin met Fadda ²⁵⁾ verschillen, die dit punt van dien aard acht, dat hij 't noodig vindt het in de definitie op te nemen. „Permettiamo”, zegt hij, „che, d'accordo in ciò col Demelius, e coi più intendiamo per *jusjurandum voluntarium* quello fondato sull' accordo delle parti e tendente a risolvere una determinata controversia, portata o no davanti ai tribunali.” Afgezien van de opmerking, dat naar de opvatting van von Savigny ²⁶⁾ deze definitie ook passen zou voor het *jusjurandum necessarium*, daar volgens hem deze eed in eene overeenkomst van partijen fundeerende, het geschil in rechte beslecht, kunnen wij niet inzien, dat het epitheton significans „voluntarium” in het juiste licht gesteld wordt door te wijzen op den grondslag van den eed of op de plaats, waar hij wordt afgelegd. Wij houden het *jusjurandum* volkomen bepaald, wanneer wij vaststellen, dat het *jusjurandum voluntarium* de zoodanige eed is, die, na opdracht, afgelegd, het verschil beslecht, zonder dat uit de niet-aflegging voor hem, die die aflegging weigert, nadeelige gevolgen voortspruiten, b.v. L 5 § 4 D. 12. 2.

Definitie van
het *jusjur.* vo-
unt.

²⁵⁾ Fadda: *Pactum*, p. 1.

²⁶⁾ Savigny: *System*. VII p. 65, Feith: *decisoire eed* p. 21.

Si neque juratum est neque remissum jusjurandum, pro eo debet haberi, atque si res in jusjurandum admissa non esset.

en l. 17 pr. D. 12. 2.

Jusjurandum quod ex conventionione extra judicium defertur, referri non potest.

hetzij men aanneemt eene absolute onmogelijkheid tot terugwijzing, ²⁷⁾ hetzij een terugwijzing, waarbij dwang uitgesloten is, zooals Bethmann-Hollweg meent ²⁸⁾, in elk geval vindt men het jusjurandum terug, zooals wij het hierboven uiteengezet hebben.

²⁷⁾ Fierich: p. 98, 185.

²⁸⁾ Beth. Hollweg: Form. § 107, noot 7.

TWEEDE HOOFDSTUK.

Het rechtskarakter van het jusjurandum voluntarium naar Mr. Tichelaar en Prof. Gradenwitz.

Inleiding.

Het uitgangspunt, dat Fadda voor zijne meermalen aangehaalde verhandeling uitgekozen heeft, nl. hetgeen Demelius schreef op pag. 27 noot 5, zal ook het onze zijn. Wij lezen daar: „Daraus, dass das jusjurandum *proficiscitur ex conventione*, darf nicht gefolgert werden, dass schon die conventio (Delation und Annahme) der entscheidende rechtserzeugende Faktor sei. Solcher ist immer erst das Ableisten des Eides und was ihm gleichgesetzt ist. Von einem Schiedseidvertrage (s. namentlich Windscheid. Pand. § 418) in dem Sinne, das Deferent durch Annahme seitens des Gegners verpflichtet wurde, es auf den Eid ankommen zu lassen, dass also gegen den Kläger, falls er, so lange die Ableistung des Eides noch in Frage steht, die Sache an den Richter bringt, aus dem Vertrage eine Einrede begründet is, davon kommt in den Quellen nicht nur nichts vor, sondern es ergiebt sich aus ihnen im Gegentheil, dass erst die Ableistung des Eides Klage und Einrede begründet.“²⁹⁾ Demelius, die zijne meening duidelijk en ondubbelzinnig te kennen geeft, laat ons in verlegenheid, waar wij naar het rechtskarakter van den eed vragen. Op het verschil wijzende tusschen het jusjurandum voluntarium en necessarium,

²⁹⁾ Hierop komen wij later terug.

drukt hij er herhaaldelijk op dat „das jusjurandum voluntarium auf Vertrag *beruht*“ ³⁰⁾, wat dit jusjurandum is, zegt hij niet. Vandaar dan ook, dat Gradenwitz Demelius' geschrift, in dit opzicht onwillekeurig aanvult, door op even aangehaalde plaats te laten volgen: „Hiernach wäre der Schiedseidvertrag nach Römischen Rechte eine Art von Realvertrag gewesen.“ ³¹⁾

Mr. Tichelaar ³²⁾ bij dit gevoelen omtrent den eed verwijlend, vraagt: Wanneer bestond hier eene bindende overeenkomst, eerst nadat de eed was afgelegd of ook reeds vóór dien tijd? Hij geeft Gradenwitz toe, dat hier eene overeenkomst aanwezig is; van welken aard nu die overeenkomst is, daarover is hij 't niet met hem eens. Niet met eene soort *realcontract* zoude men hier te doen hebben, maar met eene *voorwaardelijke overeenkomst*, zooals dit z. i. blijkt uit L. 6 D. 12. 2.

het rechtska-
kter van het
v. is voor-
waardelijke
overeenkomst.

Remittit jusjurandum, qui deferente se cum paratus esset adversarius jurare gratiam ei facit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi. Quodsi non suscepit jusjurandum, licet postea parato jurare actor nolit deferre, non videbitur remissum: nam quod susceptum est, remitti debet.

Uit den tweeden zin dezer lex zou noodzakelijk a contrario moeten volgen, dat, wanneer hij, aan wien een eed is opgedragen, zich terstond bereid verklaart, hem af te leggen, de tegenpartij zich niet meer kan terugtrekken, doet zij 't, d. w. z. trekt zij zich terug, dan treedt hetzelfde gevolg in alsof de eed afgelegd was ³³⁾; naar

³⁰⁾ Demelius: Schiedseid. p. 78.

³¹⁾ Gradenwitz: Sav. Stift. Fadda: Pactum. p. 2.

³²⁾ R. M. Jaargang. 1893, pag. 35.

³³⁾ Met Mr. Tichelaar's verhandeling, speciaal wat betreft het rechtskarakter van 't jusjurandum, vergelijkte men Fad-

Mr. Tichelaar zoude dit ook Windscheid meenen. Wij houden 't voor zeker, dat Paulus niet heeft bedoeld wat Mr. Tichelaar uit zijne woorden door 't vaak on-
 1. 6 D. 12, 2. betrouwbare argument a contrario distilleert. Paulus wilde naar onze opvatting alleen dit zeggen, dat 't niet steeds vereischt is voor de tegenpartij den opgedragen eed te zweren en dat dezelfde gevolgen, die de afgelegde eed in 't leven geroepen zoude hebben, intreden, wanneer de deferent den delatus, na aanneming zijnerzijds, de aflegging kwijtscheldt. Is daarentegen de eed niet aangenomen, dan *kan* hij niet voor kwijtgescholden aangezien worden, omdat de algemeene regel zegt: dat datgene alleen kwijtgescholden kan worden, wat men eens op zich genomen heeft. Het vorenstaande behoudt zijne volle kracht, zelfs indien de verweerder later bereid is te zweren maar de eischer tot geen opdracht meer genegen is; welk laatste volkomen in overeenstemming is met wat Ulpianus zegt in L 5 § 4. i. f. D. 12. 2.

Proinde si postea jurare paratus sit, nihil ei hoc jusjurandum proficiet, quia ex eo quod delatum est juratum non est.

da's verhandeling. Deze komt tot dezelfde constructie als Mr. Tichelaar op ongeveer gelijke argumenten, o. a. „D'altra parte”, zegt Fadda, „e nell' editto e nei commentarî l' espressione *delata condicione* accenna precisamente al carattere condizionale della convenzione proposita”. En later „Nella seconda si tratta del caso di giuramento non accettato, e si afferma la piena libertà di revoca per parte del deferente. La revoca, si dice, non può qui venire interpretata come remissione. Ma con ciò stesso si viene a dire, che se fosse questione di *jusjurandum susceptum* dovrebbe prevalere l'opposta interpretazione”.

„E si badi che noi non deduciamo un semplice argomento a contrario, sempre pericoloso”.

Wat de interpretatie van dien tweeden zin betreft, lezen wij reeds bij Cujacius³⁴⁾: „Sed si reus forte „delatum jusjurandum non susceperit, si non responderit „accipio conditionem, licet postea parato jurare noluerit „adversarius ut juraret, non videtur ei remisisse, quia id „tantum remittitur, quod susceptum est semel.”

Deze lex resumeerend, zegt Cujacius: „ea remissio „pro datione sive praestatione habetur.” Het mag onzes inziens boven alle verdenking verheven zijn, dat „*remittere*” in de aangehaalde lex beteekent: kwijtschelden, zooals Brissonius 't in voce opgeeft, *condonare, gratis concedere, relaxare*, welke beteekenis duidelijk te voorschijn treedt in L. 9 § 1 D. 12. 2.

„Remittere
beteekent
kwijtschel-
den.”

Jurejurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur an juraverit dari sibi oportere vel cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit.

L. 5 § 4 D. 12. 2.

Si neque juratum neque remissum jusjurandum.

L. 8 § 5 D. 2. 8.

Sed quibus hoc jusjurandum remittitur, velut parentibus patroni.

voorts L. 14, D. 12. 2, L. 34 § 4, D. 12. 2, c8, C. 4. 1. Niet anders zegt ook Windscheid³⁵⁾ met aanhaling van L. 6 D. 12. 2. „Der Ableistung des Eides steht der Erlass desselben durch den Zuschiebenden gleich” en Demelius zinspeelt eveneens hierop, wanneer hij aanmerkt „Solcher (d. i. der entscheidende rechtserzeugende

³⁴⁾ Cujacius in lib. XVIII Pauli ad Ed. (L. 6 D. 12. 2. p. 994).

³⁵⁾ Windscheid: Pand. § 418, noot 3. Goudsmit Pand. Syst. I, pag. 278.

„Factor) is immer erst das Ableisten des Eides *und was ihm gleichgesetzt ist.*” ³⁶⁾

Mr. Tichelaar's woorden nader beschouwende, merken wij reeds aanstonds op, dat Mr. T. zich vergist, indien hij van meening is, dat Demelius het jusjurandum voluntarium een soort reaalcontract genoemd zou hebben. In dien geest spraken wij reeds vroeger; slechts *dit* vinden wij, dat Gradenwitz in het jusjurandum voluntarium, naar de constructie van Demelius, een soort reaalcontract ziet.

Zoo drukt zich ook Fadda uit. „Il Gradenwitz nel dare conto del lavoro del Demelius, deduce da ciò che secondo questo scrittore la convenzione relativa al giuramento decisorio sarebbe per diritto romano una specie di contratto reale.”

Het arg. a.
contr. van Mr.
Tichelaar.

Wat nu is het argument a contrario van Mr. Tichelaar? Hij zegt: „uit den tweeden volgt noodzakelijk a contrario, dat, wanneer hij, aan wien de eed is opgedragen, zich terstond bereid verklaart dien af te leggen, de tegenpartij zich niet meer kan terugtrekken.” Blijkbaar put Mr. T. dit argument uit den tusschenzin: licet postea parato jurare actor nolit deferre; uit welken zin evenwel men niet in staat is a contrario te argumenteeren, daar hier geen verband van oorzaak en gevolg aanwezig is; daar er niet gezegd wordt, dat hij, de deferent, later niet willen kan den eed opdragen, omdat, Een zoodanig verband vinden we wel in L. 5 § 4 i. f. D. 12 2.

Critiek.

³⁷⁾ Proinde si postea jurare paratus sit, nihil ei hoc jusjurandum proficiet, *quia ex eo quod delatum est juratum non est.*

³⁶⁾ Wij cursiveeren.

³⁷⁾ R. M. jaargang 1893, pag. 35 vlg.

Steeds wordt van *jusjurandum d. i.* afgelegden eed, steeds van *jurare* gesproken; indien inderdaad de aanne-
ming der *delatio* het verbintenisscheppende feit was,
waartoe, vragen wij dan, stond in L. 6 niet: *licet postea*
paratus suscipere?

Fadda over de-
"remitti de-
bet" in L. 6,
D. 12, 2. Fadda deze lex besprekende, vindt daarin grond van eene
verplichting tot kwijtschelding te kunnen gewagen, zich
steunende op de duidelijke woorden van Paulus: *quod*
susceptum est remitti debet. „Vi è nelle parole finali
del testo la esplicita affermazione della necessità della
rimissione.” ³³⁾

Wat de woord-verklaring betreft, voeren wij hiertegen
aan, dat „*debet*” niet steeds beteekent: „*moet*” maar ook
„*kan*.” Brissonius zegt in voce: „*debet aliquando pro*
potest usurpatur” en wat de zin-verklaring betreft,
merken wij op, dat wij, waar de beteekenis van den
eed in hare volle uitgestrektheid in de verklaring van
den *delatus* gelegen is, de interpretatie, die wij aan deze lex
gegeven hebben, niet als weerlegd mogen beschouwen,
door het gemakkelijke argument „Non è serio il pre-
tendere, che Paolo voglia semplicemente dire, non
esservi remissione che vincoli, se non dopo l'accettazione.”

Critiek.

Wij zijn geneigd een geheel tegenovergestelde meening
aan te hangen en uit lex 6 af te leiden, dat, aangezien
kwijtschelding een gunst van den *deferent* is, zij niet
verondersteld kan worden, maar dat van haar bestaan
moet blijken, doordien de *deferent* den *delatus* bedanken
moet; immers hij stelt zich tevreden met den wil van den
delatus (om den eed af te leggen), die uit 't aannemen
van den eed in 't leven treedt: *gratiam ei facit contentus*
voluntate suscepti jurisjurandi. En wanneer Fadda zich
beroept op L. 37 D. 12. 2.

³³⁾ Fadda: Pactum pag. 11.

Si non fuerit remissum jusjurandum ab eo qui detulerit, sed de calumnia non juratur, consequens est, ut debeat denegari ei actio: Sibi enim imputet, qui processit ad delationem jurisjurandi nec prius de calumnia juravit, ut sit iste remittenti similis.

in 't bijzonder op deze laatste woorden: *ut sit iste remittenti similis*, dan wenschen wij in de eerste plaats er op te wijzen, dat deze woorden geen deel uitmaken der juridische constructie, waarom de actie niet gegeven zou worden. Op grond dat Ulpianus ons mededeelt in L. 34 § 4 D. 12. 2.

Qui jusjurandum defert, prior de calumnia debet jurare, si hoc exigatur

daarom wordt in bovenstaand geval de actie gedenegeerd. Voorts is 't bij ons niet twijfelachtig, of Ulpianus heeft hier een jusjurandum necessarium op 't oog, en wel in 't bijzonder daarom, omdat hier van een jusjurandum de calumnia sprake is — een eed, waarvoor bij het jusjurandum voluntarium geen plaats is. Al rekent Lenel ³⁹⁾ L. 6 D. 12. 2. ⁴⁰⁾ tot de reeks der „fehlerhafte Inscriptionen“, Demelius, die zich bijzonder toegelegd heeft op de juiste schifting der Pandektenplaatsen, acht deze lex op het jusjurandum voluntarium betrekkelijk. Het behoeft nauwelijks gezegd, dat wij fragmenten, die het jusjurandum necessarium toelichten, niet mogen aanwenden tot verklaring van het jusjurandum voluntarium, en meenen daardoor het beroep van Fadda „Tal che per noi il *remitti debet* suona come l'inciso finale del cit fr. 37 h. t.: „*ut sit iste remittenti similis*” afgesneden te hebben. ⁴¹⁾

³⁹⁾ Lenel: Edictum, pag. 447.

⁴⁰⁾ Demelius: Schiedseid p. 23—26.

⁴¹⁾ Fadda, die toegeeft dat de even geciteerde lex op 't j. nec. betrekking heeft: „E vero che qua si tratta di necessarium,”

De zin van
L 6 D. 12, 2.

Den zin van L 6. D. h. t. resumeerend, kan de verweerder zich door aanneming van de opdracht, de mogelijkheid tot kwijtschelding openen; neemt hij de opdracht niet aan (nl. toen de eischer hem die opdracht deed; wil de verweerder later wel zweren, maar de eischer hem den eed niet opdragen, dan is de kans tot aanneming verkeken) dan kan er natuurlijk van kwijtschelding geen sprake zijn, ingevolge den algemeenen regel etc. Eerst drukt de jurist zich positief uit, daarna negatief, om te culmineeren in het principe; geheel zooals Puchta omtrent de methode en het doel der Juristen optee kent. ⁴²⁾ „Das Ziel ist die vollkommene Herrschaft über den Stoff, die systematische Durchdringung, das practische Durchleben des Rechts, die Fähigkeit, die allgemeinsten Sätze in ihren Wirkungen bis in die kleinsten Verzweigungen zu verfolgen, und umgekehrt von dem concretesten Fall, durch alle Mittglieder zu den obersten Principien als der Quelle auf zu steigen und dies nicht als in einem todtten Mechanismus, sondern als in einem lebendig pulsirenden, neben logischer Gebundenheit einer freien Mannigfaltigkeit sich erfreuenden Körper.”

Wat karakteriseert Mr. Tichelaar?

Mr. Tichelaar eindigt met te verklaren: „Wij hebben dus te doen met eene voorwaardelijke overeenkomst; de voorwaarde is het afleggen van den eed.” Zonderling is 't, dat hij nergens duidelijk uitspreekt, wat hij karakteriseert. ⁴³⁾

begaat eene nootlottige onvoorzichtigheid door er op te laten volgen „ma la massima deve valere a più forte ragione pel voluntarium.”

⁴²⁾ Puchta: Inst. § 102.

⁴³⁾ R. M. jaargang 1893. p. 32. „Gaan wij uit deze gegevens den geheelen titel na, dan zien wij, dat overal, waar de

Bedoelt hij het „Schiedseidverdrag”, dat Windscheid definieert als „der Vertrag, durch welchen die Vertragsschliessenden Parteien die Entscheidung einer zwischen ihnen schwebenden Rechtsstreitigkeit auf den Eid der einen von ihnen stellen“ ⁴⁴⁾ of de overeenkomst, die door Nissen aldus geconstrueerd wordt: „Vor allem nämlich konnte eine Partei dem Gegner eidliche Schlichtung anbieten, ehe es überall noch zur gerichtlichen Verhandlung kam. Wurde diese Vergleichsofferte angenommen, so lag offenbar ein Vertrag vor, dessen beigefügte, in der Eidesleistung bestehende Bedingung, durch ihre Erfüllung den Streit beendete,“ ⁴⁵⁾ en verder nog „denn der eigentliche juristische Schwerpunkt lag ja in der Acceptation, welche mit der gestellten Proposition zusammentreffend den Vertrag perfect machte. Von einem Rückruf daher konnte durchaus keine Rede sein. Die einzige Frage war, ob der Eid in der vereinbarten Weise geschworen wurde oder nicht, ob also die Erfüllung der Bedingung oder ihre Nicht-erfüllung vorlag.“ ⁴⁶⁾ Wij achten 'tzeer waarschijnlijk, dat Mr. Tichelaar het systeem van Dr. Nissen huldigt.

Mr. T. neemt
de constructie
van Dr. Nissen.
Critiek.

Maar, vragen wij, wordt dan blijkens onzen Titel deze overeenkomst beschermd, ⁴⁷⁾ blijkt niet veeleer, dat de eedsaflegging, de gezworen eed, actie en exceptie kan doen geboren worden? b.v. 11 J. IV. 6.

„eeshandelingen eene overeenkomst worden genoemd of met deze op eene lijn worden gesteld, sprake is van een jusj. volunt., dat ook werkelijk op eene overeenkomst berustte.”

⁴⁴⁾ Windscheid: Pand. § 418.

⁴⁵⁾ Nissen: Vertretung § 1.

⁴⁶⁾ Nissen: Vertretung § 2.

⁴⁷⁾ Cf. Maynz: Cours de droit romain II § 250. „La simple convention est dénuée de toute efficacité civile etc.”

Item si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur, justissime accomodat ei talem actionem, per quam non illud quaeritur, an ei pecunia debeat, sed an juraverit.

8. i. f. J. IV. 6.

Item praetor proposuit et ex qua quaeritur an actor juraverit.

omtrent welke plaats, wij in Theophili paraphrasis aangeteekend vinden „si debitum te poscam, tu vero neges te id debere, ac postea jusjurandum mihi injunxeris, atque ego juravero mihi deberi, ex ipso hoc jurejurando actio mihi in factum dabitur.“ ⁴⁸⁾

4 I. IV. 13.

Aequè si debitor deferente creditore juraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet, sed quia iniquum est de perjurio quaeri, defenditur tamen per exceptionem jurisjurandi. ⁴⁹⁾

Nog dit wenschen wij te vermelden. Wanneer 't waar was, wat Mr. T. beweert, dat de eedsaflegging de voorwaarde eener overeenkomst was, dan zouden actie en exceptie moeten ontstaan uit de overeenkomst en niet uit de voorwaarde. Windscheid zegt: „Die bedingte Willenserklärung ist eine einige, sie ist nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines so und so geeigenschafteten, eines bedingten Willens“ ⁵⁰⁾ en later „Mit der Erfüllung der Bedingung tritt die Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt worden ist, in volle Wirksamkeit, und erzeugt nun die beabsichtigte rechtliche Wirkung.“ ⁵¹⁾ Geheel

⁴⁸⁾ Theophili Paraphrasis: Schrader. 1860.

⁴⁹⁾ Cf L. 28 § 10 i. f., l. 8 pr., § 1, l. 27 D. 12. 2.

⁵⁰⁾ Windscheid: Pand. § 86.

⁵¹⁾ Windscheid: Pand. § 90.

iets anders, is de eed, als voorwaarde bij eene rechts-
 Conditio ju- handeling, de zoogenoemde *conditio jurisjurandi* ⁵²⁾ b.v.
 risjurandi. L 8 § 3 D. 28. 7.

Et in mortis causa donationibus dicendum est edicto
 locum esse, si forte quis caverit, nisi jurasset se
 aliquid facturum, restitutum quod accepit.

Terecht zegt von Savigny. „Endlich kann die Leistung
 eines Eides einem Rechtsgeschäft als Bedingung hinzu
 gefügt werden, in welchem Fall durch willkürliche
 Uebereinkunft der Eid, gleich jeder andern Thatsache
 zum Grund der Entstehung oder auch der Aufhebung einer
 Verbindlichkeit gemacht werden kann.“ ⁵³⁾ Het is dui-
 delijk, dat wij hier te doen hebben, niet met een *assertoiren*
 maar met een *promissoiren* eed, zooals von Savigny 't
 zelf doet voorkomen. Het *jusjurandum voluntarium* is
 een *assertoire* eed, vgl. o.a. Proff. Jacobson ⁵⁴⁾ en
 Goudsmit ⁵⁵⁾, immers de eed, dien wij bedoelen, is
 geene bloote verzekering of belofte voor de toekomst,
 maar is de plechtige verklaring van het bestaan of niet
 bestaan eener bepaalde rechtsbetrekking.

Zooals wij zagen, noemt Mr. Tichelaar het geheel
 van handelingen, waaruit het *jusjurandum voluntarium*
 bestaat, eene voorwaardelijke overeenkomst, waarvan de
 voorwaarde is: het afleggen van den eed. Maar, 't is
 toch evenzeer mogelijk, dat de deferent, na aanneming
 der opdracht van de zijde des delatus, hem het afleggen
 kwijtscheldt, d. w. z. dat de overeenkomst zoodanig
 effect zal sorteeren, alsof zij zonder voorwaarde ge-
 sloten ware. De overeenkomst zoude dan actie en

⁵²⁾ Cf Huschke: *Conditio jurisjurandi*.

⁵³⁾ v. Savigny: *System VII*, p. 49, p. 52 sub 6.

⁵⁴⁾ Weiske's *Rechtslexikon*, in voce: *Eid*. (III p. 647.)

⁵⁵⁾ Goudsmit: *Pand. syst. I*. p. 278.

exceptie verstrekken, welke conclusie evenwel geen weerklink vindt in de Pandecten. Het tegendeel veeleer lezen wij in L. 9 § 1 D. 12. 2.

Jurejurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur an juraverit dari sibi oportere vel cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit.

Indien eens inderdaad de overeenkomst het hoofdmoment van den eed was, dan zou men op den eed ook de algemeene regelen van overeenkomsten moeten toepasselijk achten, in 't bijzonder ook L. 4 § 5 en L. 5 D. 3. 2.

Item 'si qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo suo nomine damnatus pactusue erit', simili modo infames sunt, quoniam intelligitur confiteri crimen qui paciscitur

terwijl L. 6 § 4 D. 3. 2. duidelijk zegt:

Sed et si jurejurando delato juraverit quis se non deliquisse, non erit notatus: nam quodammodo innocentiam suam jurejurando adprobavit.

Over het begrip van „overeenkomst” naar Rom. Recht.

Nu dat Mr. Tichelaar in zijne Romeinsch-rechtelijke beschouwing over „overeenkomst” spreekt, ligt 't op onzen weg te onderzoeken of Prof. Drucker's ⁵⁶⁾ oordeel over de Romeinsche juristen n.l. „dat deze de begrippen, waarmede zij bij de toepassing van het recht werkten, niet altijd, naar modernen trant hebben gedefinieerd en gecatalogiseerd” ten aanzien van de „overeenkomst” steek houdt, daar Mr. Tichelaar's definitie van overeenkomsten als die tweezijdige handelingen, met wier sanctie de wetgever beoogt personen in de gelegenheid te stellen eene bindende rechtsverhouding tusschen elkander in 't leven te roepen, sprekend op art. 1349 B.

⁵⁶⁾ Drucker: Begrip en Dogma in de rechtswetenschap p. 7.

W. gelijk, een gelijkenis, die in verband met Prof. Naber's vraag ⁵⁷⁾: Is het al te gewaagd aan te nemen, dat de wetgever daarop (n.l. op de vraag: welke „handelingen” mogen als „overeenkomsten” worden aangemerkt) om geene andere reden het antwoord schuldig bleef, dan, omdat hij meende, dat geen kenner van het Romeinsche recht ingelicht behoefde te worden aangaande de beteekenis, die in dat recht aan den term „conventio” of „pactum” gehecht pleegde te worden, en Prof. Naber's antwoord: Immers de term „overeenkomst” door art. 1349 zonder nadere omschrijving aan het Romeinsche recht ontleend, heeft thans nog dezelfde beteekenis als toen, met Prof. Drucker's oordeel ten aanzien van de „overeenkomst” niet is overeen te brengen. Welke tweezijdige handelingen „overeenkomsten” genoemd worden, antwoordt Mr. Tichelaar: de zoodanige, waarmede de wetgever enz. De wetgever heeft 't derhalve in zijn macht, dat deze tweezijdige handelingen als overeenkomsten aangemerkt worden, andere weder niet, eene leer schijnbaar geheel volgens Prof. Naber, die den *consensus in idem placitum* voor de verbintenisscheppende overeenkomst verwerpt. ⁵⁸⁾ Hij maakt een onderscheid tusschen de overeenkomst, die Ulpianus bedoelt met *pactum sive conventio: duorum pluriumve in idem placitum consensus*, overeenkomst in letterlijken zin: en de overeenkomst als bron van verbintenissen. ⁵⁹⁾ Prof. Eisele ⁶⁰⁾ kant

⁵⁷⁾ Naber: De verhouding van het Romeinsche recht tot het hedendaagsche. 1889. p. 9.

⁵⁸⁾ „De definitie van Ulpianus blijft voor de verbintenisscheppende overeenkomst verwerpelijk. Naber. R. M. 1889 p. 23. cf. Naber: Themis. 1891. (Het interdictum „quod vi aut clam”) pag. 75.

⁵⁹⁾ Naber: Begrip of étiket. 1889.

⁶⁰⁾ Eisele: Ueber Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen

zich met de meeste beslistheid tegen 't maken van deze onderscheiding aan „Dass die römischen Juristen einen von dem Vertrag im natürlichen Sinne verschiedenen Vertrag im juristischen Sinne gekannt hätten, davon findet sich keine Spur”. Meent Prof. Naber in zijne verdere ontwikkeling van het Romeinsch-rechtelijke begrip van „overeenkomst”, dat een contract noch het samentreffen van twee willen, noch dat van twee wilsverklaringen vooronderstelt, dat één wil of ook één wilsverklaring voor de vorming van een contract volstaan kan, zelfs dat beide willen of beide verklaringen ontbreken kunnen en toch nog de verbintenisscheppende overeenkomst overblijven, ja zelfs, dat men kan contracteeren, zonder het te willen, dat men kan contracteeren tegen wil en dank (R. M. p. 25), Prof. Drucker noemt die leer ongewenscht en acht 't niet bewezen, dat zij de opvatting weergeeft der Romeinsche Juristen, zelfs Mr. van Bemmelen ⁶¹⁾ betitelt het redeneeren over willen en wilsverklaringen in het civielrecht met filosofisch-juridischen humbug ⁶²⁾ en noemt Prof. Naber's richting, die het voetspoor van Schlossmann ⁶³⁾ volgt, zeer verkeerd, eene richting, die hij ongaarne bij ons te lande zou zien veldwinnen. Hij definieert overeen-

Mangels an Willensübereinstimmung der Contrahenten. 1887 p. 27.

⁶¹⁾ v. Bemmelen: Het rechtsbegrip van overeenkomst p, 352 etc. R. M. 1889.

⁶²⁾ cf. Naber: Par manière de dire. R. M. 1889. pag. 573.

⁶³⁾ Windscheid zegt over zijn werk „der Vertrag” Diese neue Theorie ist mit erstaunlichen Sicherheit des Tons vorgetragen; dass der Verfasser Jemanden überzeugen wird, glaube ich nicht.

Mr. van Bemmelen signaleert Schlossman: M. i. is Schlossmann niets dan een wildeman, die niet methodisch denkt. (R. M. 1889. p. 366).

komst, als de tweezijdige rechtshandeling, d. i. de gemeenschappelijke onstoffelijke juridische daad van twee personen, die in onderling overleg of althans met elkander in verband getreden zijnde, te zamen b. v. eene verbintenis vestigen. Voor die gemeenschappelijke daad moet dus een wederzijdsch overeenstemmend goedvinden (consensus in idem placitum) plaats grijpen. Zoo ook Prof. Eisele. „Zu dem natürlichen Wesen des Vertrags aber gehört ihnen, das unterliegt keinem Zweifel, Willensübereinstimmung“, ⁶⁴⁾ welke berust zelfs „in dem von dem Recht unabhängigen Wesen des Vertrags.“ Naar onze overtuiging strijdt 't met de meest elementaire beginselen van het recht door uit de omstandigheid, dat twee personen uit één rechtsfeit verbonden worden, te concluderen tot de karakteriseering van dit feit als contract, eene conclusie, die alleen baseert op de homonieme latijnsche uitdrukkingen b. v. L. 3 § 11. D. 15. 1.

Idem scribit judicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat, etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, *ita judicio contrahi* ^{64a)} etc.

Papinianus en Marcellus meenen, dat de filius van den servus in dier voege ten aanzien van het peculium verschilt, dat de dominus circa causam judicati de peculio niet verbonden wordt, maar dat de zoon met

⁶⁴⁾ cf. L. 1 § 6 D. 16 t3. contractus enim legem ex conventionem accipiunt. L. 1 § 2.3 D. 2.14. vgl. Windscheid: Pand. I. § 69. II § 305. v. Savigny: System. V § 140 en 141. Dernburg: Pandekten. I. 1888 § 92, Puchta: Inst. § 271.

^{64a)} Cf. L. 3.11 D. 15.1. (judicio contrahimur) en L. 21 § 3 eod. (judicium accipere cogimur).

den vader wel verbonden worden. Het *judicium* is geen contract maar is een feit, waardoor de vader *met* den zoon verplicht worden; vgl. Pothier XV tit. I § XXVI. Over de velerlei beteekenissen van *contrahere*: zie Schlossmann § 4 pag. 23 sqq.; inzonderheid pag. 26 sqq. Zoo pag. 27 „mit dem Wort *contrahere* verbindet sich sehr häufig der Sinn der Uebernahme von Pflichten” en *contractus* pag. 31. sqq. „*Contractus* is weiter sehr oft gleichbedeutend mit *obligatio*.” Brissonius i. v. *contrahere*: *negotium aliquod ex quo obligatio oritur, perficere*; at reliqua tamen negotia fere omnia contrahi dicuntur, sic L. 3 § 11 D. de Pecul.: *contrahere judicio*.

Het is er verre van af, dat wij ons in dien strijd zouden willen mengen, zelfs wenschen wij aan het vermoeden geen voet te geven, dat wij den schijn op ons zouden laden de polemieck, door den geleerden, aan zijn nuttigen werkring en aan de wetenschap te vroeg ontvallen magistraat gevoerd, voort te zetten. Ons doel is alleen te constateeren, dat Mr. Tichelaar in zijn begrip van „overeenkomst” naar Romeinsch recht een afzonderlijk standpunt inneemt. Gaat hij blijkbaar *niet* met Prof. Naber mede, door den wetgever te beperken tot tweezijdige handelingen, waarbij dwang uitgesloten is, ⁶⁵⁾ tot een volgeling van Mr. van Bemmelen kan men hem *niet* rekenen, omdat hij het onderling overleg, den *consensus in idem placitum* negeert, een factor der overeenkomst, die over haar bestaan beslissend is, in zijne definitie niet vermeldt. Of nu Mr. Tichelaar's standpunt overeen te brengen is

r. Tichelaar
eemt een af-
zonderlijk
andpunt in.

⁶⁵⁾ Tichelaar. R. M. 1889 p. 55. Waar de wet tot processeele handelingen dwingt etc. daar hebben wij geene overeenkomst in bovengenoemden zin.

met dat der Romeinsche juristen, deze vraag moeten wij hier laten rusten. Maar, zelfs indien wij de bevestigende beantwoording eens vooronderstellen, is dan de plaats van het karakter van den eed als „overeenkomst” in het Romeinsche rechtssysteem onbetwistbaar vastgesteld? Prof. Czyhlarz ⁶⁶⁾ zegt „aber nicht jeder Vertrag (ist) ein Contract, sondern nur der, welchem vom jus civile (im Gegensatz zum Praetorischen Recht) als Entstehungsgrund einer Obligation anerkannt ist. Die Entstehungsgründe schaffen nicht bloß die Obligationen, sondern, charakterisieren sie auch.” Is de eed nu naar Mr. Tichelaar een contract of een pactum? Zoo hij een contract is, is hij dan een reaal, verbaal, litteraal of consensueel contract of wel een quasi contract?

Resumtie
nopens
Mr. Tichelaar's
kwalificatie.

Ons gevoelen omtrent Mr. Tichelaar's kwalificatie van den eed resumeerend, kunnen wij ons niet vereenigen met zijne constructie van den eed, en, al ware dit niet zoo, dan nog meenen wij, dat zijne kwalificatie geene rekening houdt met de specialiseering, in het Romeinsche Recht bekend, omtrent het genus, dat Ulpianus weer- geeft met *duorum pluriumve in idem placitum consensus*.

Prof.
Gradenwitz.

Tot de nadere beschouwing van Gradenwitz' meening overgaande, treft 't ons reeds bij den eersten oogopslag, hoe Gradenwitz en Tichelaar, beide Romeinsch Recht behandelend, bij hunne karakteriseering van het *jusjurandum voluntarium*, elk eene afzonderlijke terminologie volgen. Wij aarzelen niet, voor die van Gradenwitz partij te kiezen, omdat Mr. Tichelaar, niet geheel kunnende ontsnappen aan de bedenking, die Bekker ⁶⁷⁾

⁶⁶⁾ Czyhlarz: Inst. pag. 153.

⁶⁷⁾ Bekker: Aktionen. I p. 2.

tegen von Savigny en Puchta maakt „Savigny und Puchta konstruieren sich ein Römisches Recht der Gegenwart, das in vielen Punkten so wenig Römisch ist, wie es Anspruch auf Geltung in der Gegenwart machen dürfte“. „Sie zeichnen das Römische Recht wie es durch die moderne und das heutige Recht wie es durch die Römische Brille erscheint“ etc. en aan het gevaar, waarvoor Mr. Coninck Liefsting waarschuwt ⁶⁸⁾, ons in het onzekere laat over de plaats, die zijns inziens het *jusjurandum voluntarium* in het Romeinsche rechtssysteem inneemt.

Zooals wij reeds vroeger zeiden, noemt Gradenwitz het *jusjurandum voluntarium* een soort *reaalcontract*. Het kan ons niet verwonderen, dat hij niet nader op dit punt is ingegaan; dit zoude zijn doel om Demelius' werk aan te kondigen en zoo noodig te beoordeelen, voorbijstreven. Wij houden ons overtuigd, dat Gradenwitz dit *jusjurandum* tot de *innominaat reaalcontracten* brengt, al geven wij 't Mr. Coninck Liefsting toe, dat zij geen eigenlijke contracten zijn ⁶⁹⁾. De gedachtengang van Gradenwitz moet de volgende geweest zijn. Partijen komen overeen hun geschil door een eed te doen beëindigen. Een contract evenwel bestaat eerst dan, wanneer een der partijen gepraesteerd heeft d. i. den eed heeft afgelegd. Een bindende overeenkomst is voorhanden, nadat de eed is afgelegd ⁷⁰⁾. De opdracht moet bevorens hebben plaats gehad, in elk geval moet de afgelegde eed de weer-

⁶⁸⁾ „Maar juist deze wet kan tot voorbeeld strekken, hoe gevaarlijk het zijn kan, gevoelens en uitspraken van oude schrijvers naar onze hedendaagsche begrippen af te meten.“ Coninck Liefsting: Verbintenissen. p. 80.

⁶⁹⁾ C. Liefsting. Verb. p. 43. Noot 43.

⁷⁰⁾ Tichelaar. R. M. 1893 p. 35.

Prof. Gradenwitz karakteriseert 't *jusj.* vol. als een soort reaalcontract.

Zijn gedachtengang.

Critiek.

slag zijn van den opgedragen. Nu kan bij elk innominaat-reaalcontract hij, die zijnerzijds gepraesteerd heeft, de contra-praestatie met de actio in factum praescriptis verbis vorderen of uit 't quasi contract de praestatie met de condictio causa data causa non secuta condiceeren ⁷¹⁾. Sohm zegt „Der Vorleistende hat also die Wahl, ob er aus dem Innominat realcontract die Gegenleistung mit actio in factum praescriptis verbis, oder aus dem Quasicontract die Rückleistung der Bereicherung mit condictio causa data causa non secuta fordern will“. Van eene herroeping van den afgelegden eed, daarvan is ons uit de bronnen niets gebleken, terwijl als reaalcontract alleen in aanmerking schijnt te kunnen komen *jusjurandum actoris*, omdat alleen daaruit eene actie geboren wordt ⁷²⁾.

Hij kan slechts het *jus actoris* op 't oog gehad hebben.

L. 9 § 1 D. 12. 2.

Jurejurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero actionem acquirit.

L. 9 § 7 D. 12. 2.

Si petitor juravit possessore deferente rem suam esse, actori dabitur actio.

Het lijkt ons niet ondenkbaar, dat den eischer een actie ten dienste staat uit den eed des gedaagden. b.v. A. vraagt van B. 100 uit mutuum terug; B. beweert slechts 50 schuldig te zijn. Om aan dit geschil een einde te maken, komen A. en B. overeen het op een eed te stellen. A. defereert B. den eed: dat hij (B.) *niet meer* dan 50 uit mutuum schuldig is, B. legt dien af; nu heeft

⁷¹⁾ C. Liefsting. Verb. p. 44 vlg.

⁷²⁾ § 11. I. 4.6. Idem si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur, justissime accommodat ei talem actionem per quam non illud quaeritur an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

A. geen actie uit 't mutuum maar slechts een actie uit het jusjurandum van den gedaagde ⁷³⁾.

^{Fadda over Gradenwitz.} Fadda ⁷⁴⁾ kan inzonderheid tengevolge van de verscheidenheid der betrekkingen, die uit jusjurandum voluntarium voortspruiten, dit niet tot de reaalcontracten brengen. Hij zegt „Potendo lo jusjurandum voluntarium essere deferito da qualsiasi parte, e d'altra parte potendo l'affermazione giurata del tema essere positiva o negativa, vi è tale complicazione di rapporti, do rendere spesso impossibile quella configurazione che è propria de' contratti reali. Ripetiamo quindi che la osservazione del Gradenwitz ni è conforme all' avviso del Demelius, ni regge considerata in sè stessa.

^{De actie uit 't innom. reaalcontract.} Een enkel woord ter vergelijking van de actie uit het innominaat-reaal contract met die uit het jusjurandum, zal in verband met het voorafgaande hier niet misplaatst zijn.

Tot de kennis der actie uit het innominaat-reaalcontract levert ons L. 7 § 2 D. 2.14. eene handleiding.

Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συναλλάγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti; evictus est Stichus. Julianus scribit in factum a praetore dandam; ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse

⁷³⁾ De eischer stelt zich niet tevreden met de bekentenis maar heeft reden te verwachten, dat B voor zoodanigen eed terugdeinzen zal. De vraag, in hoever de kracht eener buitengerechtelijke bekentenis naar Rom. recht aan die van het jus. volunt. gelijk is, laten wij rusten.

⁷⁴⁾ Pactum. p. 6.

enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.

Julianus.

Julianus derhalve is van oordeel, dat in bovenbedoelde casuspositie eene actio in factum door den praetor gegeven moet worden.

Wat nu verstaat men onder eene actio in factum? Eene actio in factum ⁷⁵⁾ is eene actio, welker formula in factum geconcipieerd is; d. i. eene zoodanige formula, waarin de feiten uiteengezet worden, aan welke uiteenzetting die woorden toegevoegd worden, waarbij den rechter de bevoegdheid om te veroordeelen of vrij te spreken toegekend wordt. Die feiten-uiteenzetting treedt blijkbaar in de plaats der Demonstratio en Intentio ⁷⁶⁾, hoezeer Gajusslechts over Intentio spreekt. ⁷⁷⁾ Gajus IV. § 46.

Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est, (sed) initio formulae nominato eo, quod factum est, adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur; etc.

Dergelijke actiones in factum steunden als analogische uitbreiding van het Jus civile door den Praetor, op het imperium van dezen en stonden wat den oorsprong betreft, derhalve tegenover de actiones ex jure civili ⁷⁸⁾ cf. L 11. D. 19. 5.

Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et

⁷⁵⁾ Sohm zegt: Hier nennt die Intentio keine Rechtsbefugnisse, sondern lediglich ein thatsächliches Verhältniss, von dessen Dasein oder Nicht dasein die Entscheidung des Processes abhängt. Keller: Actionen § 33.

⁷⁶⁾ Baron. Inst. § 206 sub III (p. 413).

⁷⁷⁾ Cf. Gajus IV. § 60. In de editie van Krüger en Studemund is Gajus IV § 46 geredigeerd: in quibus nulla talis intentio concepta est, etc.

⁷⁸⁾ Cf. Coninck Liefsting. Verb. p. 194.

eas actiones, quae legibus propositae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: etc.

Mauricianus.

Mauricianus meent, dat in de casuspositie van L. 7 § 2 D. 2. 14. aan eene actio honoraria geene behoefte bestaat. Volgens hem kent en erkent het jus civile de daar aanwezige verhouding, die een *συνάλλαγμα* vormt, (wat Ulpianus met *contract* weergeeft) en eene civiele obligatie doet ontstaan.⁷⁹⁾ Nu komen in deze lex de woorden voor: *id est praescriptis verbis*. Gradenwitz bewijst, dat overal waar men deze woorden aantreft, men interpolatie zal moeten aannemen. „Man muss“, zegt hij, „aber weiter gehen und das: *id est praescriptis verbis* nicht bloß da tilgen, wo es in dieser rohen Form von den Compilatoren in das Juristenwerk hereingepresst ist, sondern auch da, wo die Compilatoren es eine wirkliche Verbindung mit dem Inhalt des Classischen Werkes haben eingehen lassen“. ⁸⁰⁾ Dit gevoelen wordt, boven hetgeen Gradenwitz aanvoert, nog gesteund door L. 23. D. 10. 3, waar wij lezen: *aut certe actionem incerti civilem reddendam*, zonder de bijvoeging van: *i: e: p: v:* Dit alles neemt evenwel niet weg, dat de actie, waarover L. 7 § 2 D. 2. 14. handelt, van eene *praescriptio* moet voorzien geweest zijn.⁸¹⁾ Immers die *συνάλλαγματα* hadden geen erkende namen, die men in de demonstratio had kunnen gebruiken. Het waren *contractus, quorum appellationes nulla jure civili propositae sunt* (L. 3. D. 19. 5.). Daarom

De actie nit
het inn. r.
contr. was van
eene „praes-
criptio“ voor-
zien.

⁷⁹⁾ Baron: Inst. § 123 sub II (p. 225).

⁸⁰⁾ Gradenwitz: Interp. p. 126.

⁸¹⁾ Kniep zegt: und sachlich richtig ist die Bemerkung jedenfalls, dass diese civilis incerti actio mit Praescriptio ausgestattet wurde.

verving hier eene beschrijving van het rechtsfeit (*praescripta verba*); de *demonstratio*.³²⁾ „So musste hier”, zegt Keller, „anstatt einer *Demonstratio* der wesentlichen Inhalt des concreten Rechtsgeschäftes mit einer gewissen Umständlichkeit angegeben und diese Angabe als *Praescriptio* der *Intentio* vorangestellt werden.” De *intentio* *dezer actio* was *ex jure civili*. Immers de *actio civilis* was in *jus concepta*, hetgeen voor onze actie bevestigd wordt³³⁾ door L 6. D. 19. 5.

Insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi, respondit nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum est.

De strijd tusschen de juristen zelve was derhalve deze, dat *Mauricianus* in casu eene *actio civilis* voldoende achtte, nl. eene *actio praescriptis verbis*, die hij dus als eene *actio ex jure civili* overstelt tegenover de *actio praetoria in factum*. *Ulpianus*, zich op het gezag van *Celsus* en *Aristo* beroepend, meent ook, dat hier eene *obligatio civilis* bestaat, die derhalve den buitengewonen bijstand van het *jus praetorium* overbodig maakt.³⁴⁾ Nu zijn er tal van schrijvers,³⁵⁾ die deze actie: *actio in factum civilis* noemen, hunne meening vooral grondende op L 5, § 2 D. 19. 5.

Het woord „civilis” in L. 5 § 2 D. 19, 5, is geïnterpoleerd.

Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumiteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem

³²⁾ cf. Baron: § 205 sub III 1^b (p. 408). Puchta: § 165.

c. 6. C. 2.4. aut, si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.

³³⁾ cf. Baron: § 205 sub III 1^b (p. 408). C. Liefsting: Verb. p. 187. Rudorff: Gesch. II § 50.

³⁴⁾ C. Liefsting: Verb. p. 194

³⁵⁾ Baron § 123: Czyhlarz: Inst. p. 171.

Julianus scribit, si ignorans, in factum civilem. ³⁶⁾

Deze grond blijkt evenwel zeer onvast te zijn; de meening van Julianus vindt men helder en klaar in L 7 § 2 D. 2. 14. uiteengezet, hij spreekt zich voor eene actio honoraria ondubbelzinnig uit; hoe kan men nu in casu bij Julianus aan eene obligatio civilis denken?

Dat „civilis” in deze lex geïnterpoleerd is, neemt reeds Cujacius ³⁷⁾ aan; Kniep, in deze materie verder doordringend, komt tot de conclusie: „Ich behaupte deshalb, dass die actio in factum civilis nicht bloss in dieser einzelnen Stelle, sondern überall, wo wir sie antreffen, auf Interpolation zurück zu führen sein wird.”

Geeft de actie
uit het inn. r.
contr, grond
tot een judi-
cium bonae
fidei?

De vraag, naar aanleiding waarvan wij ons tot vorenstaande uiteenzetting genoopt achtten, is deze: behoort de actie uit het innominaat-reaalcontract tot de bonae fidei judicia ³⁸⁾? Zoo wij deze vraag bevestigend zouden kunnen beantwoorden en konden aantonen, dat het jusjurandum een negotium stricti juris was, dan mag het jusjurandum onder de innominaal-reaal contracten-rubriek niet geclassificeerd worden.

De actie, die Ulpianus geeft, is eene actio incerti, d. i. eene actio op iets onbepaalds ³⁹⁾ — 't welk moet uitkomen in dat deel der formula, qua actor desiderium suum concludit, d. i. in de intentio. Gajus. IV § 54.

Illud satis apparet, in incertis formulis plus peti non posse, cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarius dare facere oporteat intendatur etc.

De intentio luidt: *quidquid paret N.N. A.A. dare facere*

³⁶⁾ L. 1. D. 19, 5. hoezeer handelend over eene civilis actio in factum zal hier buiten beschouwing blijven.

³⁷⁾ cf. Kniep: Pactum. p. 75.

³⁸⁾ cf. Gradenwitz: Interp. § 15.

³⁹⁾ Puchta: § 164.

oportere. Evenals voor het certum het woord dare is bestemd, zoo ziet facere op het incertum. De redactie is zeer onbepaald, en drukt mede uit, dat ook een dare in den eisch, die met deze formula geldend gemaakt wordt, vervat kan zijn.⁹⁰⁾ Zijn alle bonae fidei actiones, incertae; niet alle incertae actiones zijn bonae fidei. Puchta meent, dat van de actiones praescriptis verbis er slechts twee bonae fidei zijn, nl. de aestimatoria en de permutatione. Mr. Coninck Liefsting⁹²⁾, die deze kwestie aan een nauwkeurig onderzoek onderwerpt, weerlegt deze meening en betoogt op voetspoor van von Savigny⁹³⁾, Bethmann-Hollweg⁹⁴⁾ en Keller⁹⁵⁾, dat de actio praescriptis verbis *altijd* bonae fidei is. L 2 § 2 D. 43. 26. kan in deze tot afdoend bewijs strekken.

Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam *praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur*.

Puchta beroept zich op § 28. I. IV, 6.

Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti juris. bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, *praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et*

⁹⁰⁾ Puchta: § 165. Noot s.

⁹¹⁾ Puchta: Inst. § 165.

⁹²⁾ C. Liefst.: Verb. p. 187.

⁹³⁾ v. Savigny: System XII Noot f. (Beilage XIII) V.

⁹⁴⁾ Bethm.-Hollweg: II § 96 (p. 325).

⁹⁵⁾ Keller: Actionen § 42 sub c.

⁹⁶⁾ cf. C. Liefst. Noot 94.

ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio.

Deze plaats uit de Instituten kan in deze niet beslissen. Men bedenke, dat de Instituten een leerboek was voor eerstbeginnenden, zoodat uit den aard der zaak van eene uitgesponnen detaileering moest worden afgezien. De twee gevallen, die deze plaats memoreert, zijn slechts te beschouwen als toepassingen, zij 't al de meest gebruikelijke toepassingen der actio praescriptis verbis.⁹⁷⁾

Dat de intentio der actio praescriptis verbis de woorden *ex bona fide* bevat, kan nog uit 't volgende blijken.

De intentio der actio pr. v., hebben wij reeds gezien, is: *quidquid dare facere oportet*. Nu zegt Gajus, IV § 5 ons wat *condictiones* zijn:

Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus dari fierive oportere intendimus condictiones.

Vermits nu de actio pr. v. geene *condictio* is, moet hare intentio ook anders geluid hebben dan die der *condictiones*. Het ligt voor de hand, dat de woorden *ex fide bona* aan de woorden der intentio moeten zijn toegevoegd. Zoo men aanneemt, dat de actio aestimatoria niet de *eenige* in het Album geproponeerde actio praescriptis verbis was, maar dat er eene *algemeene* actio praescriptis verbis geproponeerd was⁹⁸⁾, dan zoude de intentio zoo geformuleerd moeten geweest zijn⁹⁹⁾:

Quicquid ob eam rem ex bona fide dare facere oportet.

Lenel, de actio aestimatoria besprekend, zegt: „Hält man diesen Bericht (L. 32. D. 19. 3) mit den zahlrei-

⁹⁷⁾ C. Liefst: Noot 184.

⁹⁸⁾ Lenel: Ed. § 110.

⁹⁹⁾ C. Liefst: Verb. p. 191.

chen Stellen zusammen, in denen die *actio praescriptis verbis* als (*incerti*) *civilis actio* bezeichnet wird ¹⁰⁰⁾, und fügt man hinzu, dass dieselbe nach § 28 I. de act. und fr. 2 § 2. de prec. bonae fidei ist, so wird man nicht zweifeln können, dass *intentio* und *condemnatio* unserer Formel denen der übrigen *bonae fidei judicia* durchaus entsprachen."

Is de actio uit 't j. v. eene *actio in factum*? Is nu de actio uit het *jusjurandum* een *actio in factum*? ¹⁰¹⁾ Zie o. a. L. 12 § 1 D 12. 2.

Proinde si, cum prossideret deferente petitore rem suam juravit, consequenter dicemus amissa quoque possessione, si is qui detulit *jusjurandum* nactus sit possessionem, *actionem in factum* ei dandam.

Zoo ook c 8 C 4. 1.

Actori delato vel relato *jurejurando*, si juraverit vel ei remissum fuerit sacramentum, ad similitudinem *judicati in factum actio* competit.

en de herhaalde uitdrukkingen in verband met het *jusjurandum*: *dare oportere* ¹⁰²⁾, bewijzen overvloedig ¹⁰³⁾ dat wij hier met een *negotium stricti juris* te doen hebben. Zegt reeds Puchta: „Gewiss ist, dass die *in factum actiones*

¹⁰⁰⁾ vgl. Z. B. fr. 7, 2 D. 2.14, fr. 23. D 10, 3. fr. 1 § 1, 2, fr. 5 § 1, fr. 8, 15, 16. pr. D. 19, 5 etc.

¹⁰¹⁾ cf. Theophili Paraphrasis op § 8 I. IV, 6. Fierich: p. 79, 141, vlg.

¹⁰²⁾ cf. b. v. L. 9 § 1, l. 9 § 3, l. 13 § 6, l. 14, l. 26 § 1, l. 28 § 10, l. 42 pr. D. 12.2.

¹⁰³⁾ vgl. „Die *intentio in personam*, wenn sie auf ein certum gerichtet ist, erhält die Fassung: si paret reum dare oportere, etc.” (Puchta: § 165), en later: „bei einer *bonae fidei actio* ist nur eine incerta formula (*quidquid dare facere oportet*) möglich, nur eine solche kann den Zusatz *ex fide bona* erhalten.”

nicht zu den letzteren (*bonae fidei actiones*) gehören, denn der Zusatz *ex fide bona* war bei ihnen gar nicht denkbar ¹⁰⁴⁾, Gradenwitz verzekert: „Die formula *in jus concepta* was ja sicher *bonae fidei*; die formula *in factum concepta* ebenso sicher *nicht*; ja eine formula *in factum concepta* konnte auch *nicht* einmal *mögllicherweise* ein *bonae fidei iudicium* begründen.“

De gelijkstelling met *res judicata* in c 8 C 4. 1. wijst er op ¹⁰⁵⁾, dat evenals deze, zoo ook het *jusjurandum stricti juris* is, een besluit, dat door schrijvers als Lenel ¹⁰⁶⁾ en Coninck Liefsting ¹⁰⁷⁾, zonder aarzelen wordt aanvaard.

Resumtie
over Graden-
witz' karakte-
riseering.

In verband met het voorafgaande meenen wij, ons gevoelen over Gradenwitz karateriseering samenvattend, dat deze onmogelijk het karakter kan geweest zijn, dat, naar de Romeinsche juristen, aan het *jusjurandum voluntarium* toekomt.

Wij kunnen evenwel van Gradenwitz geen afscheid nemen, zonder onze bevreemding te hebben uitgedrukt over 't onvaste, waarvan zijne kwalificatie van den eed blijk geeft. Acht hij de realiteit van den „Vertrag“ aan geen redelijken twijfel onderhevig, over de „Vertragsnatur“ zelve schijnt hij te erkennen, dat 't hem nog niet tot klaarheid gekomen is. Hij zegt immers „es ist eine Art von Vertrag allerdings bindend erst durch die Ableistung“ en later „Hiernach wäre der Schiedseidvertrag nach

¹⁰⁴⁾ v. Savigny: System. V § 217. Noot 8 Beilage XIII 6, Note a. b.

¹⁰⁵⁾ cf. Keller: Aktionen § 64.

¹⁰⁶⁾ C. Liefst.: Verb. Noot 116.

¹⁰⁷⁾ Lenel: Edictum. p. 118 „da aus dem Eid eine b. f. obligatio nicht hervorging.“

Röm. Rechte eene Art von Realvertrag gewesen" ¹⁰³⁾. Duidelijke motiveering, waarop deze zijne conclusie, dat nl. de eed „eine Art von Vertrag" is, steunt, geeft hij niet, terwijl die conclusie op haar zelve van dien aard is, dat wij aan haar weinig wetenschappelijke beteekenis en waarde kunnen toekennen. Gradenwitz schijnt althans in den eed geen „Vertrag" te zien, zooals hij zich dien denkt. In de eerste plaats hadden wij gaarne zijn begrip omtrent „Vertrag" toegelicht en in de andere plaats hadden wij gaarne, vermits de eed niet aan hetgeen hij onder „Vertrag" begrijpt, voldoet, vernomen, in welk opzicht de eed daarin tekort schiet.

¹⁰³⁾ Gradenwitz. Sav. Stiftung. 1887.

HOOFDSTUK III.

Het Rechtskarakter van het Jusjurandum voluntarium naar de bronnen.

Inleiding.

Alsnu meenen wij te moeten overgaan tot het opbouwen onzer eigene constructie. Zoo ooit dan hebben wij hier de waarheid van het spreekwoord ondervonden „La critique est aisée, mais l'art est difficile.” Gedachtig aan wat von Savigny (in de voorrede van zijn *Systeem* (XXVI) zegt: je mehr es uns gelingt bei einem Rechtsinstitut dessen Verwandtschaften nach verschiedenen Seiten hin zu entdecken und zu verfolgen, desto vollständiger wird unsere Einsicht werden”, zullen wij de verschillende karakteriseeringen nagaan, die onze bronnen aan den eed geven. Reeds aanstonds merken wij op, dat men, zoo men in de uitspraken der juristen, in de Pandekten opgenomen, scherp geformuleerde karakteriseeringen hoopt aan te treffen, zich teleurgesteld zal vinden ¹⁰⁹). Javolenus zegt dan ook: Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti posset. (L 204 D. 50, 17). Bij de Romeinsche juristen moet men niet bij de verschillende uitspraken blijven staan maar door hare combinatie tot hun begrip trachten door te dringen. Non ex regula jus sumatur, zegt Paulus,

¹⁰⁹) cf. W. Modderman's Inaugureele Rede. 1867. p. 19. Diss. P. A. Tichelaar: 1885. p. 6. vlg. W. Modderman: De receptie van het Romeinsche Recht. 1874. p. 93. volg. J. A. Levy: Savigny en de Historische Rechtsbeoefening. p. 40 vlg.

sed ex jure quod est regula fiat (L 1. D 50. 17). Wat den eed betreft, wordt vaak naar aanleiding van een concreet geval zijn karakter geschetst, al naar gelang van den invloed dien de jurist op den voorgrond wil doen treden; hij vergelijkt dan dien invloed met de werking van andere instituten, die zijns inziens in casu hetzelfde effect sorteeren. Het ligt niet in onze bedoeling de parallellen, die wij op voetspoor der bronnen zullen nagaan, tot in bijzonderheden te behandelen, maar achten 't voldoende eenige, naar 't ons voorkomt, belangrijke punten daarin aan te stippen. Als van zelf komen daardoor de volgende leges ter sprake:

L. 2 D. 12.2.

Jusjurandum speciem transactionis continet ¹¹⁰⁾ majoremque habet auctoritatem quam res judicata.

L. 26 D. 12.2.

Jurisjurandi condicio ex numero esse potest videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventionem, quamvis habeat et instar judicii.

L. 27 D. 12.2.

Jusjurandum etiam loco solutionis cedit.

L. 40 D. 12.2.

Jusjurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur; est enim hoc acceptilationi simile.

Transactio
versus jusju-
randum
voluntarium.

Paulus zegt: jusjurandum speciem transactionis continet, op welke plaats Donellus (XXIV. 17.5) aantekent: Non dicitur speciem esse transactionis, sed speciem transactionis continere, id est: similitudinem et instar transactionis in se habere, quia scilicet consensu a lite discedatur in jurejurando similiter, ut in transactione et hactenus jusjurandum transactioni simile est ac transactionis vim

¹¹⁰⁾ cf. L. 31 i. f. D. 12.2. L. 21 D. 4.3.

habet. Prof. Goudsmit, zich hiermede vereenigende zegt: dat de eed eene schijnbare overeenkomst met dading heeft. ¹¹¹⁾ Von Savigny ¹¹²⁾ vestigt reeds bij het begin zijner uiteenzetting van de z. g. *Surrogate des Urtheils* de aandacht op het verschil tusschen transactie en eed. „Wohl davon (d. i. das gerichtliche Geständniss en der Eid) zu unterscheiden aber, und gar nicht hierher zu ziehen, sind die häufigen und wichtigen Fälle, in welchen zwar ein äusserlich ähnlicher Erfolg wahr zu nehmen ist, nämlich die Beseitigung eines Rechtsstreits, jedoch nicht durch Entscheidung desselben etc” en later noemt hij in de eerste plaats onder de middelen, die den rechtsstrijd beëindigen, maar die wel van den eed afgezonderd moeten worden: de transactie. „An dieser Stelle mag eine kurze Uebersicht der hier auszuscheidenden Fälle der Beseitigung eines Rechtsstreits genügen. Ad primum: *Vergleich*. „Die unterscheidenden Seiten in dem Verhältnisse von Eid zum Vergleich”, zegt Risch, ¹¹³⁾ „beruhen wesentlich in dem wirklichen Urtheilskarakter, welcher Eid gegenüber dem Vergleiche auszeichnet”. Er zijn evenwel nog andere punten van verschil, die even belangrijk als het door von Savigny geciteerde, genoemd mogen worden. In c 38. C 2, 4. lezen wij:

Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit.

Hetzelfde vinden wij in c 3, i. f. C 6. 31.

...et transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedat,

Over en weder moeten dus partijen of iets geven, of

¹¹¹⁾ cf. Goudsmit: Systeem I. p. 277, Noot 5.

¹¹²⁾ v. Savigny: System. VII. p. 1, vlg.

¹¹³⁾ Risch: Vergleich. p. 42.

terughouden of beloven. In 't algemeen kan men dit uitdrukken door te zeggen: dat bij transactie elk der partijen zich eene opoffering moet getroosten. De hoe-grootheid dier opofferingen, hare verhouding tot elkander hangt natuurlijk van den wil der transigenten af; niets belet dan ook, dat de een zich tot meer dan de ander verplicht. „Der Vergleich”, zegt Windscheid, „ist ein Vertrag, durch welchen zwei Parteien die zwischen ihnen in Betreff eines Anspruches bestehende Ungewissheit auf dem Wege gegenseitigen Zugeständnisses beseitigen. Das gegenseitige Zugeständniss kann darin bestehen, dass der Anspruch theilweise befriedigt theilweise aufgegeben, bez. theilweise als bestehend theilweise als nicht bestehend anerkannt wird; aber auch darin, das er ganz befriedigt oder aufgegeben bez. als bestehend oder nicht bestehend anerkannt und von der anderen Partei eine Gegenleistung anderer Art gemacht oder versprochen wird.” In die wederzijdsche opoffering ligt, onzes inziens, een verschil tusschen de transactie aan den eenen en den eed aan den anderen kant. — Is er slechts een opoffering van den een, niet ook van den ander, dan hebben wij niet te doen met eene transactie maar met eene vermomde schenking ¹¹⁴⁾, zooals Ulpianus mededeelt in L. 1 D. 2. 15.

Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit.

Is hier geen transactie, omdat het criterium der transactie: de wederzijdsche opoffering bij den eed ontbreekt, de woorden: qui vero paciscitur, donationis causa etc., kunnen evenmin op den eed toegepast worden; in de eerste plaats, omdat er geene res certa en indubi-

¹¹⁴⁾ Windscheid Pandekten p. 563 § 413. cf. diss. J. A. Haakman: De leer der transactie of dading. 1860 pag. 4^e vlg.

tata aanwezig is en in de tweede plaats, omdat de deferent volstrekt niet uit liberalitas den eed opdraagt.

Op dit verschil wijst ook Cujacius ¹¹⁵⁾: Jusjurandum speciem transactionis continere ait. Et recte. Ut enim transactio decidit controversiam, sic et jusjurandum. Utrumque est de lite vel re dubia neque finita. Neutrum est donatio: sed tamen jusjurandum, nullo dato, vel retento vel promisso procedit. Itaque transactioni simile omnino non est. Ook wat de rechtsgevolgen betreft, herhaalt Cujacius ¹¹⁶⁾: Nec tamen per omnia jusjurandum obtinet speciem transactionis vel pacti conventi. Nam qui transigit vel paciscitur de actione famosa notatur infamia, non etiam, qui delato jurejurando jurat se non deliquisse; nam quodammodo jurejurando innocentiam suam approbavit: L. 6 § 4 D. 3.2.

Sed et si jurejurando delato juraverit quis se non deliquisse, non erit notatus, nam quodammodo innocentiam suam jurejurando approbavit.

Bij de transactie zijn partijen niet aan bepaalde, voorgeschreven plechtige woorden gebonden. De transactie komt derhalve informeel tot stand. Geheel anders bij het jusjurandum. Is de vorm, welken de deferent uitgekozen heeft, voor den delatus bindend ¹¹⁷⁾, zooals L. 3 § 4, l. 4, l. 5 pr. D. 12.2. zegt:

Jurari autem oportet, ut delatum est jusjurandum; ceterum si ego detuli ut per deum jurares, tu per caput tuum jurasti vel filiorum tuorum, non erit ratum habendum jusjurandum,

dan heeft 't jusjurandum nog dit eigenaardige, dat de deferent zelve niet geheel onbeperkt is in de formuleering

¹¹⁵⁾ Cujacius: II. ad Titul. de Transactionibus. p. 245.

¹¹⁶⁾ Cujacius: Lib. 18 Pauli ad Ed. I. p. 993.

¹¹⁷⁾ cf. Beth. Hollweg: II. p. 578.

van zijne opdracht. Op verscheidene plaatsen ¹¹⁸⁾, wordt wordt de eed aangeduid met *religio*; ook Cicero ¹¹⁹⁾ noemt hem zoo: *Est enim jusjurandum affirmatio religiosa*. In verband hiermede had de deferent de bevoegheid in de eedsopdracht op te nemen: per Deum, per genium Principis, ja zelfs mocht de formule bevatten: per caput tuum vel filiorum tuorum, per salutem tuam etc. En ofschoon Antoninus Pius rescribeerde blijkens L 5 § 1 D. 12.2.

jurejurando, quod propria superstitione juratum est, standum

en Ulpianus ons bericht in L. 5 pr. D. 12.2.

Omne enim omnino licitum jusjurandum, per quod voluit quis sibi jurari, idoneum est etc.

laat hij er aanstonds op volgen: dat 't niet geoorloofd was een eed te zweren naar eene „improbata publica religio”, daar een zoodanige eed geenerlei effect sorteeren zal ¹²⁰⁾. L. 5 § 3 D. 12.2.

Sed si quis illicitum jusjurandum detulerit. scilicet improbatæ publice religionis, videamus an pro eo habeatur atque si juratum non esset, quod magis existimo dicendum.

Het mag als erkend worden aangenomen, dat de Romeinsche bronnen van geene dadingsactie, actio transactionis, spreken. Was de transactio door middel eener stipulatie gesloten, dan sproot daaruit voort: eene actio ex stipulatu. Heeft een der transigenten gepraesteerd, dan kan hij tegen den mede-transigent (met de actio) prae-

¹¹⁸⁾ cf. L. 1.25 D. 12.2, L. 21 D. 4.3.

¹¹⁹⁾ Cicero: de Off. III. 29.

¹²⁰⁾ cf. Beth. Hollweg: II. § 107, Noot 35.

scriptis verbis ageeren ¹²¹⁾, waarbij wel opgemerkt moet worden, dat het prijsgeven van een recht tot 'tinstellen dezer actie niet bevoegd maakt. „Im allgemeinen”, zegt Prof. Kniep ¹²²⁾, „haben also die Römer den Vergleich auf Seiten desjenigen, der ein Klagerecht aufgibt, jedenfalls nicht vom Gesichtspunkte des Realvertrages aufgefasst. Sie gestatten nicht folgende Schlussfolgerung: ich lasse jetzt ab vom Rechtsstreite, erfülle mithin den Vergleich.” Een transactie kon in 'talgemeen slechts een exceptie voortbrengen ¹²³⁾ ingevolge L. 7 § 4, D. 2.14.

Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

Wilde degeen, die zich bij transactie tot praestatie verplicht had, niet praesteeren, dan bleef den ander niets anders over dan zijn oorspronkelijk recht geldend te maken, en wanneer de eerstbedoelde eene exceptie uit de transactie tegenwierp, dan kon deze exceptie met eene replicatio ontzenuwd worden, zoo hij zijnerzijds niet gepraesteerd had.

C. 28 § 1. C. 2.4.

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 urgere.

Bij het jusjurandum was dit anders. Had iemand den eed afgelegd ¹²⁴⁾, en bestond naar aanleiding daarvan bij den

¹²¹⁾ Dernburg: Pandekten. II § 109. Noot 5. cf. Gradenwitz. Interp. p. 145.

¹²²⁾ Kniep: Praescriptio p. 139.

¹²³⁾ cf. Risch; Vergleich. Capitel IV. Noot 10.

¹²⁴⁾ vlg. Tichelaar. R. M. 1893. p. 33. Noot.

Praetor geen twijfel, dan werd den eischer de actie ontzegd ¹²⁵⁾).

L. 9 pr. D. 12.2. Nam posteaquam juratum est, denegatur actio,

terwijl de praetor aan den eed eene actie verbond. L. 9 § 1 D 12.2.

Jurejurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an juraverit dari sibi oportere vel, cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit.

Conclusie.

Mogen de transactie en de eed bij hunne onderlinge beschouwing al punten van overeenkomst hebben, in hunne essentiele bestanddeelen verschillen zij te zeer, dan dat deze beide instituten op ééne lijn gesteld mogen worden. ^{125b)}).

Res judicata
versus jusj.
voluntarium.

In L. 1 pr. D. 44.5 lezen wij:

Jusjurandum vicem rei judicatae optinet non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei jusjurandum ^{125a)}).

Wie evenwel meenen zou, dat nu het jusjurandum in alle opzichten met de res judicata gelijk zou staan, verkeert in eene tastbare dwaling; Gajus zegt uitdrukkelijk in l. 2 D. 12.2.

majorumque habet auctoritatem quam res judicata.

Hoezeer Paulus ons ook verzekert nopens den eed: quamvis habeat et instar judicii in L.

¹²⁵⁾ cf. Edict: L. 3 pr., l 7 D. 12.2.

^{125a)} cf. Dr. Ernst Zimmermann: Der Glaubenseid 1863 p. 6.

^{125b)} cf. Diss. R. Goddard. 1875. Stelling XII.

26 § 2 D. 12.2. ¹²⁶⁾ Prof. Jacobson zegt „Der Eid tritt hier in die Stelle des richterlichen Urtheiles und die aus demselben hervorgehende actio und exceptio jurisjurandi ist daher gleich der actio und exceptio rei judicatae” ¹²⁷⁾ en, voegt hij er aan toe: „Im Erfolge is der Eid aber selbst wirk-samer als ein Urtheil, da, wenn einmal die erfolgte Eidesleistung feststeht, eine weitere gerichtliche Instanz nicht vorkommen kann” ¹²⁸⁾. In dit opzicht kan de majoriteit in auctoritas van den eed boven de res judicata alleen gelden sedert den Keizertijd. Immers eerst sedert dien tijd was hooger beroep op den Princeps, Senaat en a., toegelaten. Voor dien tijd „(ist) das Urtheil, sofern das Verfahren nicht an einem Formgebrechen leidet, un-anfechtbar, unterliegt nicht, wie ein magistratisches Decret, magistratischer Intercession (der par majorve potestas oder der tribuni plebis) und stellt das streitige Verhältniss zwischen den Parteien *definitiv* fest. ¹²⁹⁾ Cujacius blijft niet in gebreke voorbeelden aan te halen, waaruit de *minoritas* van den eed tegenover de res judicata blijken kan. „Neque tamen per omnia semper jusjurandum majorem, quam res judicata aucto-ritatem habet. Si juravero me esse patronum Maevii, jusjurandum me patronum non facit, res judicata, si

¹²⁶⁾ cf. Pothier: Pandecten: 26. ad. Dig. 15 titulus I Noot 3. Goudsmit: Systeem. I. p. 287, Noot 1.

¹²⁷⁾ Weiske's Rechtslexikon in voce: Eid. p. 648. Keller: Actionen § 64: Schwört der Beklagte, so erwirbt er für die Zukunft die Exc^o. jurisj. parallel gehend der Exc^o. rei judicatae; wenn der Kläger geschworen hat, so bekommt er eine A^o. in factum, analog der A^o. judicati etc.

¹²⁸⁾ cf. Puchta: Inst. § 181 p. 566.

¹²⁹⁾ Czychlarz: Inst. p. 355.

judicatum sit, me patronum Maevii esse, Maevium liberum meum esse, me per omnia patronum facit; non semper jusjurandum pro veritate habetur, semper res judicata pro veritate habetur.”¹³⁰⁾

We vinden steun voor dit gevoelen in L. 25. D. 1.5.

Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res judicata pro veritate accipitur.

en in L. 14. D. 37.14.

Si juravero me patronum esse, dicendum est non esse me quantum ad successionem patronum, quia jusjurandum patronum non facit: aliter atque si patronum esse pronuntiatum sit: tunc enim sententia stabitur.

Is de eed door den actor afgelegd, ingevolge de opdracht van den reus, dan is er eene nieuwe obligatie ontstaan, waaraan actie en exceptie vastgeknoopt zijn. Uit de oude obligatie kan men niet meer ageeren. L. 5 § 2. D. 12.2.

Dato jurejurando non aliud quaeritur, quam an juratum sit.

L. 9 § 1. D. 12.2.

..... in qua hoc solum quaeritur, an juraverit dari sibi oportere, vel, cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit.

L. 9. pr. D. 12.2.

Nam postquam juratum est, denegatur actio.

Ten aanzien van de res judicata gelden geheel andere regelen. Windscheid zegt: ¹³¹⁾ „Das Verhältniss is also kein anderes als das in Folge des Processbeginnes eintretende; auch durch das Urtheil wird nicht der

¹³⁰⁾ Cujacius: Lib. 18. Pauli: ad. Ed. p. 993.

¹³¹⁾ Windscheid: Pand: I. § 129.

bestehende Anspruch aufgehoben und ein anderer an dessen Stelle gesetzt; es erhält nur der von Anfang an vorhandene Anspruch durch das Urtheil seine definitive Gestaltung."

Ook Prof. Goudsmit is deze meening toegedaan. Door de res judicata (eene veroordeeling inhoudende) wordt een nieuwe aanspraak geboren. L. 4 § 7, D. 42.1. zegt dit expressis verbis.

Solvisse accipere debemus non tantum eum, qui solvit, verum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit.

Van deze nieuwe aanspraak zegt Prof. Goudsmit: „die echter, wel verre van de oude te vernietigen, deze in het belang van den oorspronkelijken eischer bevestigt, versterkt en verzekert.”¹³²⁾

Of nà de vrijspraak voor den werkelijken schuldenaar nog eene natuurlijke verbintenis overblijft, die de *condictio indebiti* uitsluit, als hij bij wege van dwaling mocht hebben betaald, is een vraag, die Windscheid, hoezeer haar als bestreden signaleerend, zonder aarzelen ontkennend beantwoordt. „Dass die Beseitigung des klägerischen Anspruchs eine natürliche Verbindlichkeit mit den Wirkungen, deren eine solche Verbindlichkeit fähig ist, übrig lasse, ist eine nicht zu rechtfertigende Behauptung”.¹³³⁾ Prof. Goudsmit huldigt even beslist de tegenover gestelde meening. Na bij den ontwikkelingsgang van de res judicata te hebben stilgestaan, vervolgt hij: „Beslissend echter voor onze stelling houd ik de L. 60 D. de cond. indeb. („Licet enim absolutus sit, natura tamen — debitor permanet”) welke, hoe kunst-

¹³²⁾ Goudsmit: *Systeem*. I. p. 282 en noot 3 aldaar.

¹³³⁾ Windscheid: I. p. 387.

matig men met haar hebbe omgesprongen, geene andere uitlegging gedooft, dan dat de vrijgesproken schuldenaar, natuurlijk verbonden blijft." ¹³⁴⁾ Het *senatusconsultum Macedonianum* besprekende, zegt Mr. Coninck Liefsting: „Ook zelfs de rechterlijke uitspraak hief de natuurlijke verbintenis niet op." ¹³⁵⁾ Bij zooveel verschil, wat betreft de *res judicata*, heerscht er opvallende eenstemmigheid in de beantwoording van boven gestelde vraag, wat betreft den eed. De majoriteit in *auctoritas* van den eed, waarvan Paulus spreekt, schijnt juist hierin te bestaan, dat er bij den eed geene natuurlijke verbintenis overblijft en er plaats is voor eene *condictio indebiti*. „Ja, zegt Keller, ¹³⁶⁾ die befreiende Wirkung des Eides is stärker als die des Urtheils, indem jene von der abgeschwornen Obligation auch den naturalen Bestandtheil aufhebt". Wel is waar lezen we in 4. I. 4. 13.

Aequè si debitor deferente creditore juraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet etc.

en vinden wij op deze plaats in Theophili paraphrasis aangeteekend: *Debebat mihi quis centum aureos: petii ab eo debitum: ille se debere negavit: jusjurandum ei detuli: juravit nihil se debere; nihilominus salva mihi est condictio. Sicut enim pactum, ita et jusjurandum ipso*

¹³⁴⁾ Goudsmit: *Systeem*. I. p. 283. Noot 1.

¹³⁵⁾ C. Liefsting: *Verb.* p. 125.

¹³⁶⁾ Keller: *Actionen* § 64. cf. Risch: p. 38. Das gegen eine wirklich bestehende Obligation ergangene Urtheil kann nur den civilrechtlichen, nicht den naturalen Bestandtheil der Obligation angreifen: während hingegen der wirkliche Schuldner, der seine Nichtschuld beschworen (hat), auch nicht einmal mehr naturaliter obligirt bleibt." Beth. Hollweg: II. p. 582. Feith geeft blijkbaar eene andere reden op. *Decisoire eed.* p. 25.

jure actionem non perimit. ¹³⁷⁾ etc., maar dat daarom de naturalis obligatio bij den eed zoude overblijven is een conclusie, die in tegenspraak zou komen met L. 95 § 4 D 46. 3.

Naturalis obligatio vel jurejurando ipso jure tollitur.

„Hieran knüpft sich die Wirkung“, zegt von Savigny, ¹³⁸⁾ „dass durch den gegen eine Obligation abgeleisteten Eid auch selbst der naturale Bestandtheil dieser Obligation (nicht blos die Klagbarkeit) zerstört wird, so dass eine spätere Zahlung als Indebitum zurückgefordert werden kann“. Volkomen in overeenstemming met L. 43. D. 12. 6.

Si quis jurasset se dare non oportere, ab omni contentione discedetur atque ita solutam pecuniam repeti posse dicendum est.

en met L. 42 pr. D. 12. 2. ¹³⁹⁾

nam si controversia inter creditorem et pupillum fuerit, an omnino pecuniam mutuam accepisset, et convenit, ut ab omni contentione discederetur, si pupillus jurasset, isque juraverit se dare non oportere, naturalis obligatio hac pactione tolletur et soluta pecunia repeti poterit.

De res judicata beslist den rechtsstrijd ook in invitum; zij baseert niet op den wil van partijen, houdt er zelfs geene rekening mede. Haar uitgangspunt is niet: de overeenkomst van partijen; zij zelve snijdt den rechtsstrijd af. ¹⁴⁰⁾

Het jusjurandum voluntarium daarentegen is een wapen,

¹³⁷⁾ Theophili: Paraphrasis. Editio nova 1860. p. 412.

¹³⁸⁾ v. Savigny: System. VII. p. 66. cf. Goudsmit: Systeem. I. p. 283, noot 1. Feith: de decisioire Eed. p. 26.

¹³⁹⁾ cf. L. 39, l. 40. D. 12.2.

¹⁴⁰⁾ cf. Demelius: Schiedseid p. 81. Risch: Vergleich p. 35.

dat partijen in de hand hebben ; noch tot opdracht , noch tot aflegging kan eene der partijen gedwongen worden. Door beider samenwerking legt het jusjurandum den rechtsstrijd bij en maakt 's rechters tusschenkomst , in elk geval 's rechters beslissing onnoodig. Maakt door den eed een der partijen door de aflegging aan het geschil een einde , bij de res judicata is 't een derde , die onafhankelijk , ja , boven partijen staande , vaststelt wat rechtens is ; 't zij door veroordeeling , 't zij door vrij-spraak , zooals L 1. D. 42. 1. leert :

Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit : quod vel condemnatione vel absolutione contingit.

Novatio seu delegatio versus jusjur. voluntarium.

Evensals de novatie , zoo kan ook de eed eene obligatie opheffen en eene nieuwe in hare plaats vestigen L 1 pr. D. 46. 2.

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio , hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constitutur , ut prior perematur

3. I. 3. 29.

..... nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem

176 C. III.

..... nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem.

Maar de eed heeft een ruimeren kring van gevallen , waar hij toepassing vinden kan dan de novatie , daar deze beperkt is tot 't Verbintenissenrecht , terwijl de eed ook bij zakelijke rechten voorkomen kan. ¹⁴¹⁾ Afgezien

¹⁴¹⁾ L. 9 § 7 ; 1 11. pr. § 1 , § 2 § 3 , l. 13 § 1 , l. 25. D. 12.2. L. 7 § 7. D. 6.2.

daarvan heeft men bij de vestiging der obligatie door novatie in het Romeinsche recht een bepaalden vorm in acht te nemen, vermits de novatie den stipulatie-vorm vereischte; zoo b. v. Windscheid „Nach römischem Recht war Stipulation erforderlich”; ¹⁴²⁾ vgl. L. 1 § 1 D. 46. 2. „*novari verbis*”; L. 2. D. 46. 2. *novari potest et transire in verborum obligationem ex quacumque obligatione*. Dernburg ¹⁴³⁾ zegt hetzelfde: „In Rom geschah die Novation durch *Stipulationen*, die dem Novationszwecke wie jedem andern offen standen” maar teekent aan dat ook het litteraal contract in den voor Justinia-nëischen tijd voor Novatie dienen kon met een beroep op Gajus. III § 128 en § 130, welke aantekening met het gevoelen van Prof. C z y h l a r z ¹⁴⁴⁾ in overeenstemming is. „In der Gestalt, in welcher das *litteris contrahere* bei Gajus auftritt als *transcriptio*, dient es nur zu Novationszwecken d. h. dazu, ein bereits anderweitig begründetes Schuldverhältniss in eine Buchschuld *umzuwandeln* und dadurch von seinem ursprünglichen Entstehungsgrund, Kauf, Miethe u. s. w. loszulösen.” ¹⁴⁵⁾

Met betrekking tot den eed, moet de delatus zweren, zooals de eed hem door den deferent is opgedragen, het eigenaardige en karakteriseerende der stipulatie: de vraag en het daarmede overeenstemmende antwoord; daar van vinden wij bij den eed geen spoor. Onze bronnen han-

¹⁴²⁾ Windscheid: Pandekten. § 354, noot 1.

¹⁴³⁾ Dernburg: II. p. 161. noot 3.

¹⁴⁴⁾ Czylarzy: Inst. p. 166 en 217. cf. Baron: § 140 sub. 4.

¹⁴⁵⁾ Goudsmit definieert. (systeem II. § 57). Novatie is de opheffing eener verbintenis door de vestiging van een nieuwe in den vorm eener stipulatie. cf. Sohm: Inst. p. 270. C. Liefsting: Verb. p. 384.

delen slechts in 't algemeen over het vereischte der opdracht met de bijzondere bepaling in L. 3, 4 en 5 D. 12, 2; maar over het kleed, waarin opdracht en aflegging gestoken moeten worden, daarover laat geen enkel jurist zich uit.

Bij de schrijvers bestaat verschil van gevoelen over de vraag, welken inhoud de novatie hebben kan. Ontzegt Windscheid alle betrekking tusschen de nieuwe en oude obligatie: „Der Ausdruck Novation beruht auf der Vorstellung einer blossen Umwandlung des Forderungsrechtes; aber diese Vorstellung ist nicht genau; das neue Forderungsrecht ist nicht blos der Erscheinungsform, sondern auch der Substanz nach ein anderes.”¹⁴⁶⁾ Immers zoo betoogt hij: „Die neue Obligation ist rein durch den Begründungswillen geschaffen; ihre Existenz beruht rein auf diesen Willen, nicht auf diesen Willen und der alten Obligation.”¹⁴⁷⁾ Das an die Stelle des bestehenden Forderungsrechtes gesetzte neue kann sich von dem alten unterscheiden durch den Inhalt der Leistung etc.”¹⁴⁸⁾ Dernburg acht dit beweren „onzutreffend” en betoogt dat bij de Romeinen het zwaartepunt der Novatie in de omwisseling gelegen is. „In der That ist es ein wesentliches Moment der Novation, dass es sich um eine *Fortsetzung des einmal begründeten Kreditverhältnisses handelt*”¹⁴⁹⁾ en Czychlarz zegt, alsof de zaak voor geen bedenking vatbaar meer is. „Es wird zufolge der Novation *dasselbe* geschuldet wie früher, aber nicht mehr

¹⁴⁶⁾ Windscheid: Pandekten. II. p. 345.

¹⁴⁷⁾ Windscheid: Pandekten. § 353. Noot 3^b.

¹⁴⁸⁾ Windscheid: Pandekten. II. p. 346. cf. Goudsmit: Systeem. II. p. 186 en noot 2.

¹⁴⁹⁾ Dernburg: Pandekten. II. § 59, noot 2.

vermöge des *alten* Schuldgrundes, sondern vermöge der *neuen* Stipulation etc. die alte Obligation wird durch die gegenständlich identische *neue* ersetzt." ¹⁵⁰⁾

Is bij de novatie de vestiging eener nieuwe obligatie middel en doel, de eed nu doet niet steeds eene nieuwe obligatie ontstaan. In den regel zal de eed, door den gedaagde afgelegd een vorderingsrecht, door den eischer beweerd, opheffen zonder dat daardoor een nieuw in de plaats treedt. De noveerende stipulatie moet inhouden, waartoe verplicht wordt; omschrijft de nieuwe obligatie nauwkeurig, de eed daartegen, zoo hij al een nieuwe obligatie vestigt — die steeds op hetzelfde doel gericht is als de oude — kan een inhoud hebben, die met den inhoud van den eed ten eenenmale geen voeling houdt, zooals L. 39. D. 12.2 er een voorbeeld van geeft.

Si quis cum debitore suo pepigerit, ne ab eo pecunia peteretur, si jurasset se Capitolium non ascendisse vel aliud quodlibet fecisse vel non fecisse, isque juraverit, et exceptio jurisjurandi dari debebit et solutum repeti poterit: est enim justa conventio, si quaelibet causa in condicionem jurisjurandi deducta fuerit.

Windscheid kan zich geene Novatie denken, zonder den *animus novandi*. Deze wordt niet gepraesumeerd, maar moet bewezen worden. Wel is geen bepaalde vorm daarvoor voorgeschreven, veel min is 't noodig, dat die *animus* uitdrukkelijk verklaard zij, maar dat deze aanwezig moet zijn, wil het feit een novatie daarstellen, staat bij hem vast. ¹⁵¹⁾ In gelijken zin ook

¹⁵⁰⁾ Czyhlarz: Inst. p. 215.

¹⁵¹⁾ Windscheid: II. p. 353 uitvoerig noot 15. cf. Dernburg: Pandekten. § 60, noot 5, 6 en 7. Gradenwitz: Interp. p. 218 vlg.

Czyhlarz.¹⁵²⁾ Wij vragen, is er animus novandi bij het jusjurandum? Oppervlakkig zou men zeggen, ja. Immers het jusjurandum actoris heft een vorderingsrecht op en doet een nieuw ontstaan. Dit jusjurandum kan slechts dan dit gevolg hebben, zoo de verweerder hem dien eed heeft opgedragen. Kan men nog twijfelen aan een animus novandi bij den eed? Wij meenen nochtans het volgende te moeten opmerken. De animus novandi van de zijde van den deferent blijkt uit zijne delatio. Is dit nu, zoo in 't algemeen gezegd, waar? Wij meenen, dat de deferent juist door zijne delatio blijkt geeft *niet* te willen noveeren. Hij hoopt dat de delatus zijn opdracht onbeantwoord laten zal; daartoe doet hij een beroep op des delatus' religio, op het fatsoen van den delatus.¹⁵³⁾ Moet hij zich neerleggen bij de beslissing, die de aflegging van den eed aan de zaak geeft, dan zal hij dit doen, omdat zijn opdracht dit gevolg kon hebben, niet omdat hij van den aanvang af wel dacht, dat de delatus zou zweren, niet omdat zijne animus op de vestiging der nieuwe obligatie gericht was.

Nu wij alzoo gemeend hebben aan het jusjurandum voluntarium het karakter van novatie te moeten ontzeggen, ligt de vraag voor de hand, is dan de mogelijkheid aan hem het karakter van delegatie te kunnen toekennen, niet reeds a priori uitgesloten? Wel verre van dat delegatio een onderdeel van novatie zou zijn, heet 't bij Windscheid „Gewiss mit Recht betont namentlich v. Salpius mit Energie, dass Delegation an und für

¹⁵²⁾ Czyhlarz: Inst. 217. cf. Goudsmit: Systeem. II. p. 191.
Noot 2.

¹⁵³⁾ cf. L. 25 § 1. D. 13.5.

sich mit der Novation nichts gemein habe" ¹⁵⁴). Ook Goudsmit geeft in dit opzicht de eer aan v. Salpius die met de gangbare leer, dat de delegatie een onderdeel der novatie zou zijn, gebroken heeft, en aangetoond heeft dat zelfs, waar met het doel van schulddelging gedelegeerd wordt, niet altoos Novatie plaats grijpt ¹⁵⁵).

Wat nu verstonden de Romeinen onder Delegatio? L. 11 p. D. 46.2 antwoordt hierop:

Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit.

Delegatio en delegare komen derhalve voor: voor elk doen optreden (eens schuldeischers door overwijzing ¹⁵⁷). Prof. Czyhlarz noemt deze delegatio „delegatio debiti" en stelt daartegenover het optreden van een nieuwen crediteur door overwijzing „delegatio nominis" ¹⁵⁸).

Een der meest onmisbare vereischten (die wahren Erfordernisse zegt prof. Heimbach) der Delegatie is, dat daarbij meer dan twee personen betrokken moeten zijn. De delegatio brengt wijziging in het personeel bij het oorspronkelijk vorderingsrecht betrokken. Van eene zoodanige wijziging is bij den eed geen sprake; de eed beslist niet de vraag: wie verbonden wordt of niet, maar waartoe verbonden wordt of niet. Sohm zegt: „Die

¹⁵⁴) Windscheid: Pandekten: II. p. 347. Noot 9.

¹⁵⁵) Goudsmit: Systeem. II. p. 187. Noot 1.

¹⁵⁶) cf. Baron: § 137. cf. Heimbach: in Weiske's Rechtslex. in voce „delegatio" o. a. Noot 7: Brissonius, welcher in jeder Delegation eine Novation erblickt ist anderer Meinung. Sohm: Inst § 67. Noot 4.

¹⁵⁷) Windscheid: Pand. § 353. Noot 9. Goudsmit: Systeem. II. p. 187. Noot 1.

¹⁵⁸) Czyhlarz: Inst. p. 208 en 216.

Delegation ist die Anweisung zu einer Leistung mit *Personenwechsel* ¹⁵⁹⁾ L. 11 § 1 D. 46.2 vervolgt:

Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem,

welke uitspraak wij, ten aanzien van den voor Justinianëischen tijd, moeten aanvullen met Gajus III § 130.

A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi inde expensum tulero, id est, si Titius te (pro) se delegaverit mihi.

Wat betreft de litis contestatie, zegt Prof. Heimbach: „Dass auch durch *Litis contestation* eine Delegation perficirt werden könne, sagt uns nur Ulpian, und weiter is davon weder in den Justinianischen Rechtsbüchern noch in den Fragmenten des Vorjustinianischen Rechts die Rede” ¹⁶⁰⁾. De stipulatievorm was dus bij de delegatio de meest voorkomende vorm, dien men bij den eed evenwel, zooals reeds gezegd is, niet aantreft.

Staan wij nog een oogenblik stil bij de plaatsen, naar aanleiding waarvan de eed, novatie of delegatie genoemd wordt. We lezen in L. 26 § 1 D. 12.2.

Si pater filium dare non oportere juraverit Cassius respondit et patri et filio dandam exceptionem jurisjurandi; si pater juraverit in peculio nihil esse, filius conveniri poterit; sed et pater ita convenietur, ut post adquisiti peculii ratio habeatur.

Blijkbaar is hier sprake van een peculium profecticium, een peculium ex re patris, een vermogensbestanddeel des vaders, ten aanzien waarvan deze zijn zoon toestaat om 't zelf te besturen en de vruchten er van te genieten, maar het is en blijft: het vermogen des vaders. Wind-

¹⁵⁹⁾ Sohm: Inst. p. 270.

¹⁶⁰⁾ Heimbach: In Weiske's Rechtslexic. III. p. 302.

scheid noemt 't: „Alles was der Vater den seiner Gewalt unterworfenen Kinderen zum factisch selbständigen Haben überlassen hat, so dass es ohne rechtlich aus dem Vermögen des Vaters auszuscheiden, 'äusserlich als Vermögen des Kindes erscheint" ¹⁶¹⁾. Czyhlarz zegt van dit peculium zeer eigenaardig: „Es ist blos eine Concession des Gewalthabers, den er beliebig jeden Moment zurücknehmen kann" ¹⁶²⁾.

Nu is de aansprakelijkheid van den vader betrekkelijk de verbintenissen door zijn kind aangegaan, wien hij een peculium gegeven had, in 't algemeen slechts beperkt tot het bedrag van dit peculium, d. i. hij is met zijn geheel vermogen persoonlijk aansprakelijk tot op de waarde van het peculium ¹⁶³⁾. Waar nu de vader en zoon gelijkelyk uit een en hetzelfde feit aansprakelyk zijn, iets, waarop ook Pothier doelt, wanneer hij zegt: Item prodest eis qui ejusdem obligationis debitores sunt. Hinc si pater filium dare non oportere juraverit etc. ¹⁶⁴⁾, daar kan men noch van novatie noch van delegatie spreken. Staat evengeciteerde lex 26 § 1 D. 12.2 op zich zelve, en moeten we haar dus niet in verband brengen met L. 26 § 2 D. 12. 2.

Jurisjurandi condicio ex numero esse potest videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventionione quamvis habeat et instar judicii ¹⁶⁵⁾.

¹⁶¹⁾ Windscheid: Pand. § 484.

¹⁶²⁾ Czyhlarz: Inst. p. 242.

¹⁶³⁾ Czyhlarz.: Inst. § 99 B. sub. 1. Sohm: § 75 en § 88. Modderman: Handboek voor het Romeinsch Recht, 1889, II. § 132.

¹⁶⁴⁾ Pothier: Pandectae 41. D. 12.2.

¹⁶⁵⁾ Over de beteekenis van videre „es ist ersichtlich" vgl. Zimmermann, Glaubensid p. 11.

dan nog achten wij de redenen, die Paulus er toe gebracht hebben het jusjurandum novatie of delegatie te noemen, niet onaantastbaar, in elk geval niet beslissend. Omdat de eed voortkomt uit „conventione” en hij gelijk staat met „judicium”, zal hij daarom novatie of delegatie zijn? 't Is ons niet duidelijk kunnen worden, dat deze de karakteriseerende momenten van novatie of delegatie zijn. Vandaar dat wij deze karakteriseering als ongemotiveerd, althans ongejustificeerd, en in verband met het vroeger gezegde als onjuist van de hand moeten wijzen.

Solutio ver-
sus jusjuran-
dum voluntari-
um.

De aanleiding tot deze beschouwing levert ons L 27 D. 12. 9

Jusjurandum etiam loco solutionis cedit ¹⁶⁶⁾.

Solutio in rechtskundigen zin heeft tweeërlei beteekenis. ¹⁶⁷⁾ In de eerste plaats vormt dit woord de tegenstelling van obligatio en beteekent de opheffing van een vorderingsrecht. In de engere beteekenis wordt solutio genoemd de voldoening van hetgeen verschuldigd is, en wanneer Paulus in L. 28. § I. D. 12. 2 zegt „in locum solutionis succedit” dan bezigt hij solutio onzes inziens in de laatstgenoemde beteekenis, van welke meening ook Goudsmit blijkt te zijn. ¹⁶⁸⁾

In de eerste plaats meenen wij, dat het jusjurandum bij de solutio achterstaat, omdat de solutio daarin bestaat, dat gepraesteerd wordt, waarop de obligatie recht geeft,

¹⁶⁶⁾ cf. Fierich: in Grünhut's Zeitschr. 1889 „Ueber die Eideszuschreibung” p. 101.

¹⁶⁷⁾ cf. Windscheid: § 341. Noot 5. Goudsmit: Systeem. II. p. 176. Noot 4.

¹⁶⁸⁾ Goudsmit: Systeem. § 57, p. 185. Noot 1.

terwijl de eed klaarblijkelijk den wil van den crediteur aan den dag legt, om van de geldendmaking van het pretense recht af te zien, zich tevreden stellende met den afgelegden eed.

Heeft iemand van een ander 10 te vorderen, en betaalt hij hem 5, dan blijft hij tot 5 verbonden. In L. 9 § 1 D. 46. 3 leest men dit :

Qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur et reliqua quinque sola in obligatione remanent.

Al kan de crediteur in 't algemeen niet tot de aanneming van gedeeltelijke betaling genoodzaakt worden, zoo kan de debiteur met des crediteurs goedvinden door gedeeltelijke betaling ook gedeeltelijk bevrijd worden. ¹⁶⁹⁾

Bij den eed is dit niet zoo. Heeft iemand van een ander 10 te vorderen en legt deze den eed af ten aanzien van 5, dan mist de eed alle effect, daar hij wat anders gezworen heeft dan gevorderd wordt. Immers dit is de consequentie van L. 7 D. 12. 2: ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo.

Heeft iemand van een ander 10 te vorderen, dan kan onverschillig wie die schuld betalen. ¹⁷⁰⁾ Bij den eed kan niet een ieder, die wil, den debiteur door aflegging bevrijden; dáár zal de debiteur zelf slechts door zijn eed van schuld ontheven kunnen worden; zoo althans is de regel.

Julianus en Cassius respondeeren, dat ook de

¹⁶⁹⁾ cf. Windscheid: Pand. § 342, sub. 2. Dernburg: Pand. II. p. 146. Noot 6.

¹⁷⁰⁾ Windscheid: § 342, sub. 4. cf. L. 39. D. 3.5.

eed van den borg den debiteur baat. L. 28 § 1 D. 12. 2.

Quod reus juravit, etiam fidejussori proficit, a fidejussore exactum jusjurandum prodesse etiam reo, Cassius et Julianus aiunt;

L. 42 § 1 D. 12. 2.

Si fidejussor juraverit se dare non oportere, exceptione jurisjurandi reus promittendi tutus est.

Door fidejussio ontstaat er geene nieuwe verbintenissen tusschen den crediteur en den borg maar de verbintenissen des debiteurs strekt zich nu mede over den borg uit, zoodat hij naast den debiteur korreaal-debiteur wordt. ¹⁷¹⁾ „Zwischen ihnen (Korrealobligationen) und den sog. solidarischen Obligationen soll ein ganz gewaltiger Unterschied bestehen,” zegt Von Jhering, een verschil dat deze beroemde rechtsgeleerde voor denkbeeldig houdt, dat wellicht den theoreticus belang inboezemen kan, maar voor den practicus geheel waardeloos is ¹⁷²⁾. Door bovengeciteerde leges, die op den eed betrekking hebben, zouden wij — ’t zij met bescheidenheid gezegd — er op willen wijzen, dat ’t wel ter dege verschil uitmaakt of men den borg een korreaal of solidaire debiteur noemt.

Door den eed des debiteurs wordt de borg bevrijd, terwijl ook door den eed van den borg de debiteur bevrijd wordt. L. 42 § 3 D. 12,2 zegt:

Item si reus juravit, fidejussor tutus sit, quia et res judicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret.

Zoude de fidejussio een solidaire obligatie vormen, dan zoude de obligatie slechts door materiele bevrediging

¹⁷¹⁾ cf. Windscheid: II. p. 793. Dernburg; § 76. Noot 6. Sohm: Inst. § 61. 67 sub. 3.

¹⁷²⁾ Scherz und Ernst. p. 9.

kunnen opgeheven worden ¹⁷³⁾ en niet door de formeele handeling, zooals de eed is.

In L. 9 § 2 D. 26.8. lezen wij:

Pupillus ex omnibus causis solvendo sine tutoris auctoritate nihil agit, quia nullum dominium transferre potest.

Wanneer nu de solutio met eedsaflegging gelijk zou staan, dan zoude ook de pupil sine auctoritate tutoris geen eed mogen afleggen, die hem bevrijden zal; het tegendeel blijkt uit L. 42 pr. D. 12.2 en uit het beginsel, door Paulus in L. 26 pr. D. 12.2. uitgesproken.

Qui jurasse dicitur nihil refert cujus sexus aetatisve sit. quamvis pupillus non videatur pejerare quia sciens fallere non videatur

en de crediteur zal zich moeten troosten met de woorden van Ulpianus in L. 23. D. 12.2.

sibique adversarius imputabit, qui pupillo detulit jusjurandum ¹⁷⁴⁾.

Ergo, resumeert Cujacius ¹⁷⁵⁾, ei qui detulit jusjurandum mulieri vel pupillo, si juratum sit, si mulier vel pupillus juravit jusjurandum nocet.

Omtrent eedsopdracht gelden voor den pupillus andere regelen. L. 17 § 1 D. 12.2. ¹⁷⁶⁾.

Pupillus tutore auctore jusjurandum deferre debet; quodsi sine tutore auctore detulerit, exceptio quidem obstabit sed replicabitur, quia rerum administrandarum jus ei non competit.

¹⁷³⁾ cf. Sohm: Inst. p. 254; cf. Dernburg: Pand. II. § 78. Noot 14 en Noot 16.

¹⁷⁴⁾ Woordelijk: Qui servo detulit jusjurandum etc.

¹⁷⁵⁾ Cujacius: ad. L. 26 in lib. 18. Pauli. ad. Ed.

¹⁷⁶⁾ cf. L. 9. § 4. D. 12.2.

Al zou men nu de hier bedoelde replicatio in het na-deel van den pupil kunnen aanwenden en daardoor den crediteur een wapen in de hand geven, zijne opdracht alle kracht te ontnemen, L. 42. pr. D. 12.2 spreekt te duidelijk, dan dat wij aan de beteekenis van den eed, door den pupil afgelegd, zouden mogen twijfelen.

Si pupillus jurasset, isque juraverit se dare non oportere, naturalis obligatio hac pactione tolletur et soluta pecunia repeti poterit.

Ten slotte zij nog dit opgemerkt. De solutio doet al-leen eene exceptio ontstaan ¹⁷⁷⁾. Zij is dus uitsluitend modus tollendae obligationis, de eed daarentegen kan ook een actie doen ontstaan. 11. J 4.6.

Idem si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur, justissime accomodat ei talem actionem, per quam non illud quaeritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

Acceptilatio
versus jusjur.
voluntarium.

Wat te verstaan is onder acceptilatio, vinden wij hel-der bij Windscheid uitgedrukt: „Die Acceptilatio is verlagsmässiges Empfangsbekennntnis in Form von Frage und Antwort” ¹⁷⁸⁾ korter bij Sohm: „Die Ac-ceptilatio ist die stipulierte Quittung” ¹⁷⁹⁾, die ook eene acceptilatio litteris aanneemt, waaromtrent Czyhlarz zegt ¹⁸⁰⁾: „Dass es neben dieser acceptilatio verbis auch noch eine eigentliche für sich allein wirkende litterale acceptilatio gegeben habe, ist nicht nachweisbar.” Ten

¹⁷⁷⁾ Windscheid: Pand. § 341. Noot 2.

¹⁷⁸⁾ Windscheid: Pand. § 357. Noot 5.

¹⁷⁹⁾ Sohm: Inst. p. 308.

¹⁸⁰⁾ Czyhlarz: Inst. § 102.

tijde van Justinianus bestond alleen de acceptilatio verbis ¹³¹⁾ § 1 J. III. 29.

Item per acceptilationem tollitur obligatio quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiat haec verba debitorem dicere: quod ego tibi promisi, habesne acceptum, et Titius respondeat habeo; etc.

L. 7. D. 46.4.

Sane et sic acceptilatio fieri potest: 'accepta facis decem?' ille respondit 'facio'.

„Acceptilatio ist ein Vertrag", zegt Windscheid, „durch welchen der Gläubiger erklärt, dass dieselben Wirkungen eintreten sollen, wie wenn er empfangen hätte." Ligt hier de klemtoon op de verklaring van den *crediteur*, bij den eed ligt zij meestentijds op de verklaring des *debitors*. Het plan trouwens om kwijt te schelden, id si velit Titius remittere bij Justinianus, id si velis mihi remittere bij Gajus, is verre van de bedoeling des *crediteurs*, die zijn debiteur den eed opdraagt.

In werking staat de acceptilatio met de solutio gelijk

L. 5. D. 46.4.

nam solutionis exemplo acceptilatio solet liberare.

L. 16 pr. D. 46.4.

sed quoniam velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est.

L. 7 § 1 D. 34.3.

quia acceptilatio solutioni comparatur

Weshalve kunnen wij te dezer plaatse verwijzen naar de punten van verschil tusschen solutio en *jusjurandum*, hiervoren vermeld ¹³²⁾; er behoort nochtans hieraan nog

¹³¹⁾ cf. Gajus: III. § 169.

¹³²⁾ cf. Pothier: Pandectae. 32. D. 12.2.

toegevoegd, dat acceptilatio een formeel karakter heeft, dat met name de stipulatie-vorm bij haar is voorgeschreven. L. 1. D. 46.4.

Acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem. bij den eed is van de stipulatie-clausule geen sprake.

Vooronderstelt de acceptilatio steeds een verbaal-obligatie, 't zij de obligatie van den aanvang af een zoodanige was, 't zij zij door de Stipulatio Aquiliana (L. 18. D. 46.4) daartoe is gemaakt, bij den eed is 't onverschillig, van welken aard de obligatie is ¹⁸³⁾.

Diende de acceptilatio oorspronkelijk om de handeling der solutio af te sluiten, was zij eene plechtige kwijting na werkelijke betaling, allengs kreeg zij een zelfstandig karakter en strekte, zooals Gajus en Justinianus 't onverholen uitdrukken, om kwijtschelding te vermommen. Een zoodanige abstrakte natuur nu heeft de eed niet. Hij omvat het geheele geschilpunt in extenso, overeenkomstig de reële toedracht van zaken.

De plaats, waarin de eed met acceptilatio gelijk gesteld wordt, is L. 40 D. 12.2.

Jusjurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur; est enim hoc acceptilationi simile. welke plaats wij aldus vertalen kunnen. De eed, door den debiteur afgelegd ¹⁸⁴⁾, heeft dit tengevolge, dat het pand vrij wordt; immers deze staat gelijk met acceptilatio; ook deze vertaling achten wij mogelijk, dat nl. de laatste zinsnede luidt: immers hierin ¹⁸⁵⁾ staat de eed met acceptilatie gelijk. Doch die bevrijdende werking heeft de eed

¹⁸³⁾ cf. L. 3 § 1 D. 12.2.

¹⁸⁴⁾ cf. jusjurandum exigere. L. 14, 1 28 § 1, l. 30 § 3 en l. 31 D. 12.2.

¹⁸⁵⁾ Gradenwitz. Interp. p. 88.

niet alleen met acceptilatie gemeen, ook met solutio, novatie; zij is trouwens volstrekt niet *karakteristiek* bij de acceptilatie. Welke vertaling men ook moge aannemen, men zal op zwaarwichtige bedenkingen ¹³⁶⁾ stuiten, die de Latijnsche spreuk bevestigen: „Omnis comparatio claudicat”.

¹³⁶⁾ de vraag: remissa quaestione an debeatur in L. 5 § 2 D. 12.2 zal bij de acceptilatie niet voorkomen.

VIERDE HOOFDSTUK.

Het rechtskarakter van het jusjurandum voluntarium.

Inleiding. Nadat wij gezien hebben, welke karakteriseeringen de schrijvers in de bronnen aan den eed hebben toegekend en onze bezwaren tegen deze ontwikkeld hebben, blijft ons nog over onze zienswijze omtrent het rechtskarakter van den eed uiteen te zetten. Konden wij ons met de schrijvers niet vereenigen in hoofdzaak omdat zij den eed, naar 't ons voorkomt, niet uit het juiste oogpunt beschouwden, met de Romeinsche juristen zelve kunnen wij niet medegaan, omdat zij wat in concrete gevallen niet geheel ondoeltreffend scheen, generaliseerden. Het springt in 't oog dat beide, onze hedendaagsche schrijvers en de Romeinsche juristen, elk een afzonderlijk standpunt innemen, elk een afzonderlijken weg inslaan om tot de karakteriseering van den eed te geraken. De eersten toch beschreven het wezen van den eed, de laatsten zijne werking. In beiderlei richting zullen ook wij trachten een beeld van het rechtskarakter van den eed te ontwerpen.

Het wezen
van den eed. Indien wij het wezen van den eed willen leeren kennen, dan behoort 't bij ons vast te staan, wat wij onder eed (jusjurandum voluntarium) begrijpen, hoe wij ons den eed denken. Wij behooren ons dan rekenschap te geven van zijn ontstaan en derhalve de vraag te beantwoorden: hoe wordt de eed geboren en tevens de daarmede nauw samenhangende vraag: op welk oogenblik begint de eed effect te sorteeren.

Het verbintenisscheppende feit van den eed is de aflegging, nl. de aflegging overeenkomstig de opdracht, deze beide handelingen moeten samenkomen, zoo er een eed zal zijn, die in rechte bescherming geniet.

Wij vinden dit op tal van plaatsen, hiervoren geciteerd, ondubbelzinnig uitgedrukt. Aan de aflegging van den eed wordt eene actie of exceptie of denegatie vastgeknoopt, subsidiair aan de remissie, maar tegelijk wordt er bij gezegd, dat de eedsaflegging werkloos blijft, zoo er geen opdracht aan voorafgegaan is ¹⁸⁷⁾, ja, zoo de aflegging geen terugslag van de opdracht is. L. 3 pr. D. 12.2.

Nec frustra adicitur condicione delata; nam si reus juravit nemine ei jusjurandum deferente, praetor id jusjurandum non tuebitur; sibi enim juravit; alioquin facillimus quisque ad jusjurandum decurrens nemine sibi deferente jusjurandum oneribus actionum se liberabit.

Het is evenwel niet noodig, dat de opdracht door aflegging gevolgd wordt; hierin komt het volontaire karakter van den eed uit. De opdracht is niets dan een propositie, een voorstel om het geschil door eed te doen eindigen. De aanneming of weigering van dit voorstel hangt geheel af van de willekeur van hem, aan wien dit voorstel gedaan wordt; met klem wordt dit uitgesproken in L. 5 § 4 D. 12.2.

Si neque juratum est neque remissum jusjurandum pro eo debet haberi, atque si res in jusjurandum admissa non esset.

Wij hebben pogen te betoogen, in tegenstelling met wat Fadda zegt: „nel patto e non nel giuramento è la

¹⁸⁷⁾ cf. Fierich: p. 99, 102.

vera efficacia obligatoria'', dat het pactum de jurejurando geen bindende kracht heeft. Desniettemin zou men ons L. 7 § 4 D. 2.14 kunnen tegemoet voeren en hare toepasselijkheid op het pactum de jurejurando bepleiten. De inhoud dier lex is :

Sed cum nulla subest causa , propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem ; igitur nuda pactio obligationem non parit , sed parit exceptionem .

Men zou , oppervlakkig beschouwd , kunnen beweren , dat er door delatie en aanneming eene overeenkomst bestaat , tengevolge waarvan den debiteur — zoo de crediteur-deferent hem wil aanspreken — een exceptie ten dienste staat. Bij nader onderzoek blijkt echter die stelling onjuist en de consequentie is daar , om die onjuistheid nog te beter in 't licht stellen. Men kan den Romeinschen juristen de meening niet toedichten , dat zij , nadat de eed opgedragen en aangenomen is , de klacht van den deferent niet zouden willen aanhooren , omdat de delatus op zich genomen heeft den eed te zweren , zoolang hij dit nog niet gedaan heeft. Zou , door 't tegendeel aan te nemen , 't er niet veel op lijken , alsof zij den delatus een beroep op eigen dolus zouden toestaan , zij , die , terwijl zij het pactum handhaven , de uitvoering ervan straffeloos zouden laten verwaarloozen.

De onjuistheid ligt in de praemisse , zooals wij zeiden , in de beschouwing van opdracht en aanneming als pactum.

De deferent zoude zekerlijk niet tot den eed , dat speciale , op de eerlijkheid , waarheidsliefde en de godsdienstige gezindheid van den debiteur baseerende middel om den strijd te beëindigen , zijn toevlucht genomen hebben , zoo hij tevreden zijn zoude met de bloote bereidverklaring tot aflegging. Wanneer hij de aflegging kwijtscheldt , dan bewijst hij een gunst — gratiam ei facit — een

gunst, die evenwel alleen na aanneming der opdracht bewezen *kan* worden en die men toch nooit zoo mag verwerken, dat men daaruit een praesumptie in het nadeel van den deferent mag afleiden; waartoe F a d d a reden meent te hebben, die, na aanneming der opdracht, zonder daarop gevolgde aflegging, kwijtschelding onderstelt. Wij meenen, dat de deferent wel ter dege de delatie kan revoceeren, tot zoolang de eed niet is afgelegd, zelfs na aanneming dier delatie (behoudens natuurlijk ingeval van remissie); maar bovendien moet de delatus wel indachtig zijn, wat L. 5 § 4 i. f. D. 12.2 zegt: ¹³³⁾

Proinde si postea jurare paratus sit, nihil ei hoc
jusjurandum proficiet, quia ex eo quod delatum est
juratum non est.

Meent de delatus hoop te hebben, dat de deferent hem de aflegging zal kwijtschelden, dan vertraagt hij de aflegging op eigen risico. De deferent heeft recht op aflegging, immers daarvan stelt hij de beslissing van het geschil afhankelijk. Eerst dan, wanneer de delatus afgelegd heeft, subsidiair, wanneer de aflegging hem kwijtgescholden is, dan bestaat er een overeenkomst, eene pactio of conventio, zooals Ulpianus 't bedoelt: *duorum pluriumque in idem placitum consensus*.

Tot de factoren van den eed behooren dus: opdracht en aflegging, subsidiair kwijtschelding. De belangrijke vraag is nu, welke was de Romeinsche opvatting omtrent dit samenstel, welke plaats komt 't toe in het Romeinsche rechtssysteem? In de eerste plaats dient uitgemaakt, of dit een contract is en behoort tot het *jus civile*, of een *pactum* en behoort tot het *jus honorarium*. Dit zullen wij langs historischen weg trachten op te lossen.

¹³³⁾ Zie H. G. B. § 318. Entw. B. G. B. § 83.

Reeds in de XII tafelen moet over „eed” gesproken zijn, althans, zoo deelt Cicero mede: Nullum vinculum ad adstringendam fidem jurejurando majores artius esse voluerunt; id indicant leges in XII tabulis.¹⁹⁰⁾ In een later stadium van den ontwikkelingsgang van het Romeinsche Recht, nl. in den tijd, toen men door legisacties¹⁹¹⁾ procedeerde, vinden wij als de meestgebruikelijke onder deze vermeld, de *legisactio per sacramentum*. Over de beteekenis nu van „sacramentum” heerscht verschil van meening. Bij Festus lezen wij: Sacramento dicitur quod [jurisjurandi sacratio] ne interposita actum [est; sacramentum dicitur, quod jurisjurandi sacratione interposita geritur.¹⁹²⁾ Onmiddellijk daarop: sacramentum aes significat, quod poenae nomine penditur sive eo quis interrogatur, sive contendit etc. Twijfelt Polenaar¹⁹³⁾ of hier *sacramentum* wel eed beteekent, von Jhering¹⁹⁴⁾ bespot Huschke, die sacramentum met eed weer-geeft¹⁹⁵⁾, eene bespotting, die Karlowa¹⁹⁶⁾ zich ook wel eenigermate zoude hebben kunnen aantrekken. Naar de meest aangenomen meening beteekent *sacramentum* eene som gelds, die elk der beide litiganten uitschiet om 'taan het aerarium te verliezen, voor 't geval, dat hij ongelijk heeft.¹⁹⁷⁾ Maar al zou *sacramentum* ook al eed

190) bij Bruns: Fontes: Fragmenta incertae sedes.

191) cf. Gajus: IV § 11. Keller: Actionen Cap. 2.

192) Bij Bruns: Festus in voce. p. 363.

193) Polenaar: Syntagma p. 353 noot 4.

194) Von Jhering: Scherz u. Ernst. p. 178, 191.

195) Huschke vult Gajus: § 18 aan: eaque actio perinde periculosa erat falsiloque propter jusjurandum etc.

196) Karlowa: p. 15 sqq. p. 20 Keller: Actionen. Noot 195.

197) Keller: Actionen § 13. Bethm. Hollweg: Form. p. 575. Puchta: Inst. I. § 161.

beteekenen, dan nog zoude daarmede van den eed, dien wij bedoelen, niets gezegd zijn; immers deze eed (in de legisactie per sacramentum namelijk) is niet assertoir maar promissoir. *Polenaa* zegt dit expressis verbis: Sacramentum enim, si jusjurandum significat non est jusjurandum assertorium, sed promissorium. ¹⁹⁸⁾ Van een eed, als zelfstandig middel om geschillen te beslechten, hebben wij uit dezen tijd niets kunnen vinden. Het schijnt ons niet onmogelijk toe, dat de zoodanige eed zou voortgekomen zijn uit de plechtig verklaarde beweringen van partijen, namelijk in dier voege, dat de andere partij van eene verklaring harerzijds afliet, zoo de eene reeds hare verklaring afgelegd had. Nadat *A^s. A^s.* geëischt en *N^s. N^s.* ontkend had, zegt *A^s. A^s.*: quando negas, te sacramento quingenario provoco, waarvan de vertaling luidt: als gij ontkent, dan vorder ik van U uwe bewering te bezweren en tot betaling van 500 as. ¹⁹⁹⁾

Een direct bewijs uit de bronnen kunnen wij hiervoor niet aanvoeren. Dat het jusjurandum niet door eene actie geldend kon gemaakt worden en dus geen contract was, meenen wij a contrario te mogen argumenteeren, uit het feit, dat de Praetor dit eerst ediceerde. Of het toen een

¹⁹⁸⁾ Over promissoiren eed. zie Gajus: III § 96.

¹⁹⁹⁾ cf. Tabula: II v. d. Leges XII tabularum. Bruns. p. 19. Legis XII tabularum reliquiae, ed. Schoell 1866. pag. 120. Men versta mij wel. Die betaling zoude strekken ter voldoening aan de *poena*. Hier wordt gedacht aan eene vordering van 1000 as of meer; doch op de voldoening *daaraan* heeft de betaling, waarvan wij gewaagden, *geene* betrekking. Een sacramentum quingenarium was alzoo een eed, waarbij degeen, die zweert, verklaart, voor 't geval, dat hij valschelijk gezworen heeft, 500 asses aan de Godheid te verliezen. Karlowa: p. 19.

pactum nudum is geweest, vermogen wij niet met zekerheid te zeggen. ²⁰⁰⁾

Wij komen derhalve tot deze conclusie, dat het jusjurandum geen contract was, wel een pactum. ²⁰¹⁾ Waartoe, zoo vragen wij, dit pactum afzonderlijk door den Praetor te noemen; zijn edict strekte zich immers uit over alle pacta L. 7 § 7 D. 2.14.

Ait Praetor. Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebiscita senatus consulta decreta edicta principum neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo. ²⁰²⁾

Onderscheidt Gradenwitz ²⁰³⁾ *actionem dabo* von *judicium dabo*, Kniep maakt een verschil tusschen *judicium dabo* en *servabo*. Hij zegt: „Der Inhalt (van L. 7 § 7 D. 2.14) klinkt recht algemeen, namentlich legt uns das servabo keine Schranken in der beziehung auf, dass wir bloss an Aufrechthaltung durch Einrede zu denken hätten. Aber andererseits ist Klage nicht besonders verheissen, es steht nicht da: *judicium dabo*. ²⁰⁴⁾

De reden, dat de Praetor het jusjurandum afzonderlijk noemde, was dan gelegen in de omstandigheid, dat hij het met een actie wilde toerusten. Vermits nu consensus van beide partijen op het oogenblik van het afleggen

²⁰⁰⁾ cf. Bethm. Hollweg: p. 574.

²⁰¹⁾ Lenel: Edictum. p. 53.

²⁰²⁾ Beth. Hollweg: Form. p. 580.v. Savigny: System.V. p. 174.

²⁰³⁾ Interp. p. 103. Im prätorischen Edict ist *actionem dabo* etwas ganz anderes, als *judicium dabo* etc.

²⁰⁴⁾ Over servare cf. Kalb: Juristenlatein p. 58 Brissonius in voce, zelfs indien servare het toekennen van eene actie in zich sloot, dan nog zou het jusjur. uit hoofde van zijne afwijkingen van het pactum eene afzonderlijke regeling behoeven. Zie nog Pothier: Pandectae. II p. 492 Noot 3.

van den eed aanwezig is, ²⁰⁵⁾ noem ik het samenstel, dat het *jusjurandum* formeert, een *pactum* en wel het *pactum jurisjurandi*. Een bewijs voor onze beschouwing levert ons nog L. 28 § 10 D. 12. 2.

Item cum ex hac parte *jusjurandum* et actionem et exceptionem inducat, si forte reus extra judicium actore inferente juraverit se dare non oportere et actor reo deferente dari sibi oportere vel contra posterior causa *jurisjurandi* potior habebitur; nec tamen praecjudicium perjurio alterius fiet, quia non quaeretur, an dare eum oportere, sed an actor juraverit.

Deze uitspraak is geheel overeenkomstig den algemeenen regel van *pacta*, luidende: *prius pactum per posterius eliditur* (L. 27 § 2 D. 2. 14).

De werking
van het *jusjur.*
voluntarium.

De Romeinsche juristen hebben, zooals wij zeiden, niet het wezen van den eed, maar zijne rechtsgevolgen gekarakteriseerd. Van daar dan ook dat, zij het *jusjurandum* nu eens met transactie, dan weer met *res judicata* etc. hebben gelijk gesteld naar gelang van zijn kracht in het gegeven geval. Bij onze beschouwing daarvan (Hoofdstuk III) gaven wij zoodanige verschilpunten op, die onzes inziens er toe moesten leiden, die benamingen voor onjuist in abstracto, onvolledig in concreto te houden. Het behoeft nauwelijks gezegd, dat die Romeinsche juristen inderdaad belangrijke punten van overeenkomst moeten hebben gevonden. De beoefenaars van het Romeinsche Recht, speciaal van den eed, hebben niet nagelaten hierop de aandacht te vestigen. Risch zegt ²⁰⁶⁾: „Wir erkennen nun aber dieses „vergleichsartige“ Moment bei

²⁰⁵⁾ cf. L. 25 D. 12.2 *propter religionem et conventionem*. L. 39, l. 42. pr. D. 12.2.

²⁰⁶⁾ Risch: Vergleich p. 87 en 41.

Eid darin, dass beide modi litis finiendae ihren primären Ausgangspunkt finden in der freien Willensübereinstimmung. d. h. im Vertrag der Parteien." Bij eene onderlinge vergelijking van den eed met res judicata blijkt, dat bij beide het voorwerp gelijk is, nl. lis incerta neque finita, het doel bij beide gelijk: nl. finire litem incertam, beide, naar Windscheid, formeele waarheid scheppend ²⁰⁷⁾. Immers, na afgelegden eed, mag niets anders onderzocht worden dan het feit der aflegging; op den daarvoor bestaanden stand van zaken kan niet meer teruggekomen worden. L. 5 § 2 D. 12. 2.

Dato jurejurando non aliud quaeritur, quam an juratum sit.

L. 9 § 1. D. 12.2.

. . . . in qua hoc solum quaeritur, an juraverit dari sibi oportere vel cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit.

Vandaar zegt Von Savigny: „Der Eid hat daher eine die Rechtsverhältnisse selbst umbildende Kraft, und wird in dieser Hinsicht gleichgestellt bald mit der Zahlung bald mit der Acceptilation, der Novation und Delegation ²⁰⁸⁾. Tot een gelijksoortig resultaat komt ook Bethmann-Hollweg. „Der Eid", zegt hij, „bildet also einen neuen Rechtsgrund, hebt also die Actio, wodurch die beschworne Frage erneuert werden könnte, auf und begründet ein neues obligatorisches Verhältniss, und kann, insofern dies durch den Willen der Parteien bewirkt wird, der Novation verglichen werden." ²⁰⁹⁾

Het is ons niet mogelijk, bij al die verscheidenheid van

²⁰⁷⁾ Windscheid: Pand. § 418 Noot 1.

²⁰⁸⁾ Von Savigny: System. VII § 311.

²⁰⁹⁾ B-Hollweg: Form. II p. 580.

karakteriseeringen een anderen gemeenschappelijken trek te vinden dan dien van *modus tollendae obligationis* ²¹⁰⁾. Doch de eed behoort niet uitsluitend tot het verbintenissenrecht. Hij heeft evenzeer invloed geoeffend op zakelijke rechten alsook op familierechten. De gevolgen, die hij teweegbrengen kan, zijn zoo verschillend, zoo geheel afhankelijk van de eindelooze variatie der omstandigheden en van den wil der partijen, dat wij niet vermogen eene bepaalde werking aan te wijzen, die zich, hoe de omstandigheden zich ook mogen voordoen, of partijen zich ook gedragen mogen, openbaart. Wij zeggen 't ten deze *Faddana*, wat hij opmerkt in verband met *Gradewitz'* meening: „Potendo lo jusjurandum voluntarium essere deferito da qualsiasi parte, e d'altra parte potendo l'affermazione giurata del tema essere positiva o negativa, vi è tale complicazione di rapporti, da rendere spesso impossibile quella configurazione che è propria de' contratti reali.”

Wanneer wij letten op *id quod plerumque fit*, dan kennen wij aan den eed eene liberatoire werking toe, zelfs in de gevallen, waar hij eene nieuwe aanspraak vestigt. Immers ook daar zijn alle aanspraken uit de vorige verhouding door den eed geconsumeerd, geabsorbeerd. De eed is eene geheel op zich zelf staande, nieuwe *causa obligandi*. Vandaar kunnen wij het *jusjurandum voluntarium* geen *pactum de non petendo* noemen, omdat dit *pactum* het voortbestaan der obligatie intact laat en den debiteur slechts eene exceptie biedt, zoo de crediteur, tegen den inhoud van het *pactum in*, zijn recht geldend maakt ²¹¹⁾. Windscheid zegt: „Das

²¹⁰⁾ cf. Goudsmit: *Systeem*. II § 57 Noot 2.

²¹¹⁾ Dernburg: *Pand.* II p. 175, pag. § 74 Noot 2.

pactum de non potendo beziehe sich gar nicht auf die Obligation, sondern nur auf die Klage." ²¹²⁾ De eed, zooals wij gezien hebben, richt zich wel op de obligatie, ja zelfs heft haar natuurlijk bestanddeel op.

²¹²⁾ Winscheid: Pandekten § 357 Litt. b. Czyhlarz: Inst. p. 218. Puchta: Inst. II § 280.

STELLINGEN.

STELLINGEN.

I.

In L. 7. D. 12. 2 is „delatum” geïnterpoleerd voor „datum.”

II.

In L. 10 § 1. D. 2. 13. zijn de woorden „tantum neque alios ullos absimiles eis” geïnterpoleerd voor „tamquam nummularios.”

III.

Ten onrechte zegt Cujacius: Cur maior sit poena furis manifesti, quam nec manifesti longe alia ratio est, nempe ut plus consequatur qui vigilantior fuit in servandis bonis suis, quique diligentior in persequendo et deprehendendo fure etc. (Obs. Lib. XIX. Cap. XII).

IV.

Den verweerder stond eene actio ten dienste, zoo de eischer zijne verplichting tot editio instrumentorum niet nakwam.

V.

De wetgever behoort een doctoraat in het Romeinsche Recht in te stellen.

VI.

Eene octrooiwet in Nederland zoude in strijd zijn met de belangen der Nederlandsche Natie.

VII.

Alleen ter wille der goede internationale verstandhouding mag onze Regeering tot het tot stand komen eener octrooiwet medewerken.

VIII.

Het is in jure constituto ongeoorloofd van misdrijf verdachten in hypnotischen toestand te doen brengen, ten einde van de hun in dien toestand ontlokte mededeelingen bij het onderzoek te kunnen gebruik maken.

IX.

De jure constituendo is de toepassing der hypnose op van misdrijf verdachten als een middel om van hen mededeelingen omtrent het misdrijf, waarvan zij verdacht worden, te ontlokken, ten strengste af te keuren.

X.

Naar art. 41 Sw. wordt „noodweer” niet voorgesteld als een recht van den aangevallene, maar als eene van straf ontheffende omstandigheid.

XI.

De vermeerdering van het inkomen der Kroon door toevoeging van Kroondomein is niet ongrondwettig.

XII.

Het is overeenkomstig het systeem van onze Grondwet en op zich zelve wenschelijk, dat de Grondwet het inkomen van de Kroon uit 's Lands schatkist eens voor al vaststelt.

XIII.

De wijze, waarop van het recht van interpellatie gebruik gemaakt wordt, is in strijd met de Grondwet.

XIV.

Art. 463 1^{ste} gedeelte B. W. schrijft het verlof des kantonrechters gebiedend voor.

Ten onrechte is deze bepaling in het ontwerp der Staatscommissie tot herziening van het Burgerlijk Wetboek I. 1886 niet overgenomen.

XV.

Mondelinge huur, voor een zekeren, vooraf bepaalden tijd aangegaan, is onbestaanbaar.

XVI.

Het woord „erfgenamen” in fine van art. 950 B. W. moet zijn „erflater.”

XVII.

De woorden in art. 10 K. „en der levering” moeten als niet geschreven beschouwd worden.

XVIII.

De bloote naamteekening, op de voorzijde eens wissels geplaatst, heeft niet de kracht eener acceptatie maar die van een blanco-endossement.

XIX.

Het noodadres wordt betrokkene, in geval van protest tegen den betrokkene.

