



Doorhaling van voogdij-hypotheek

<https://hdl.handle.net/1874/240324>

1890

N 40. 102
Jan 8 Julie 1890

S. K. D. M. VAN LIER.

—•—

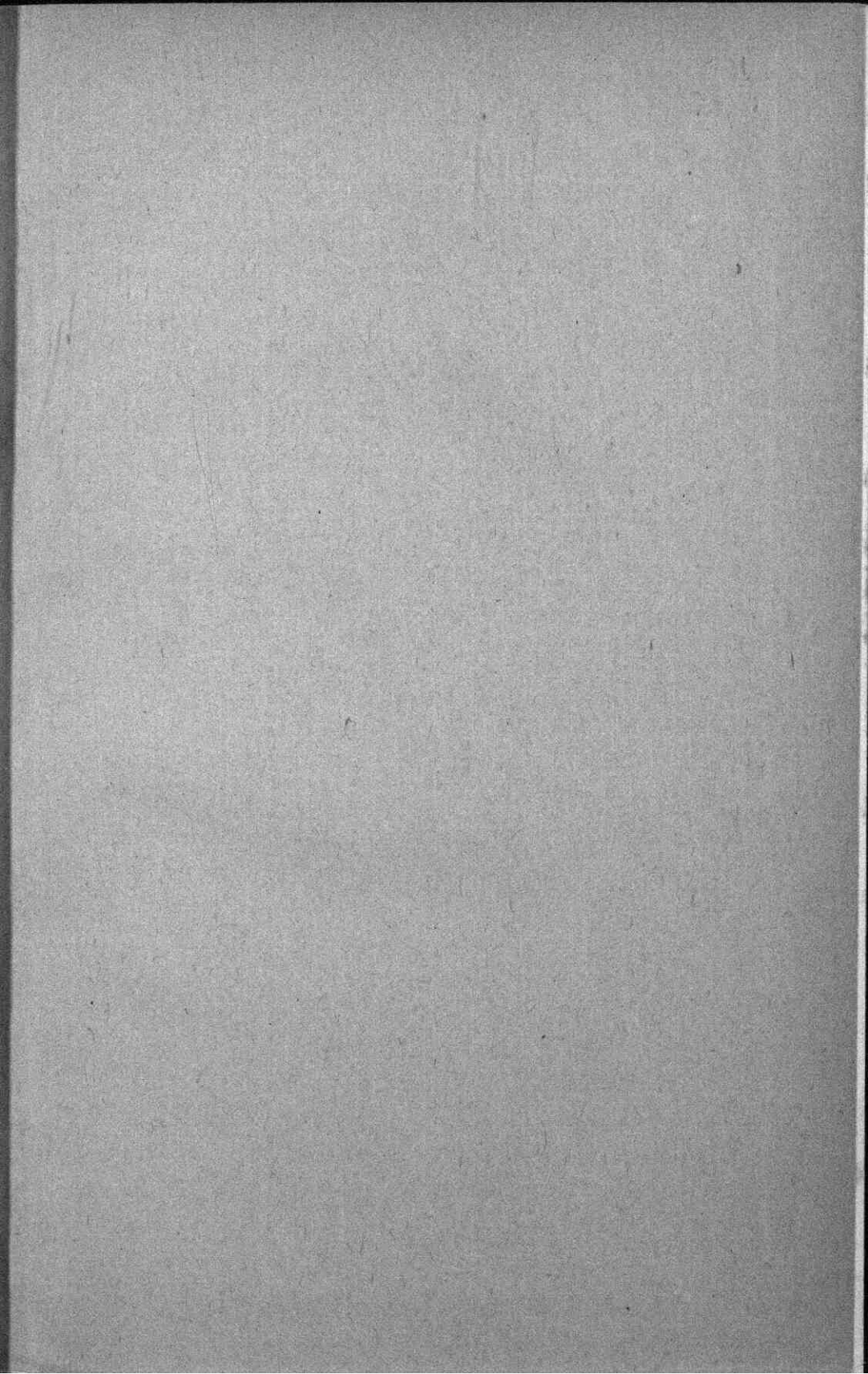
DOORHALING

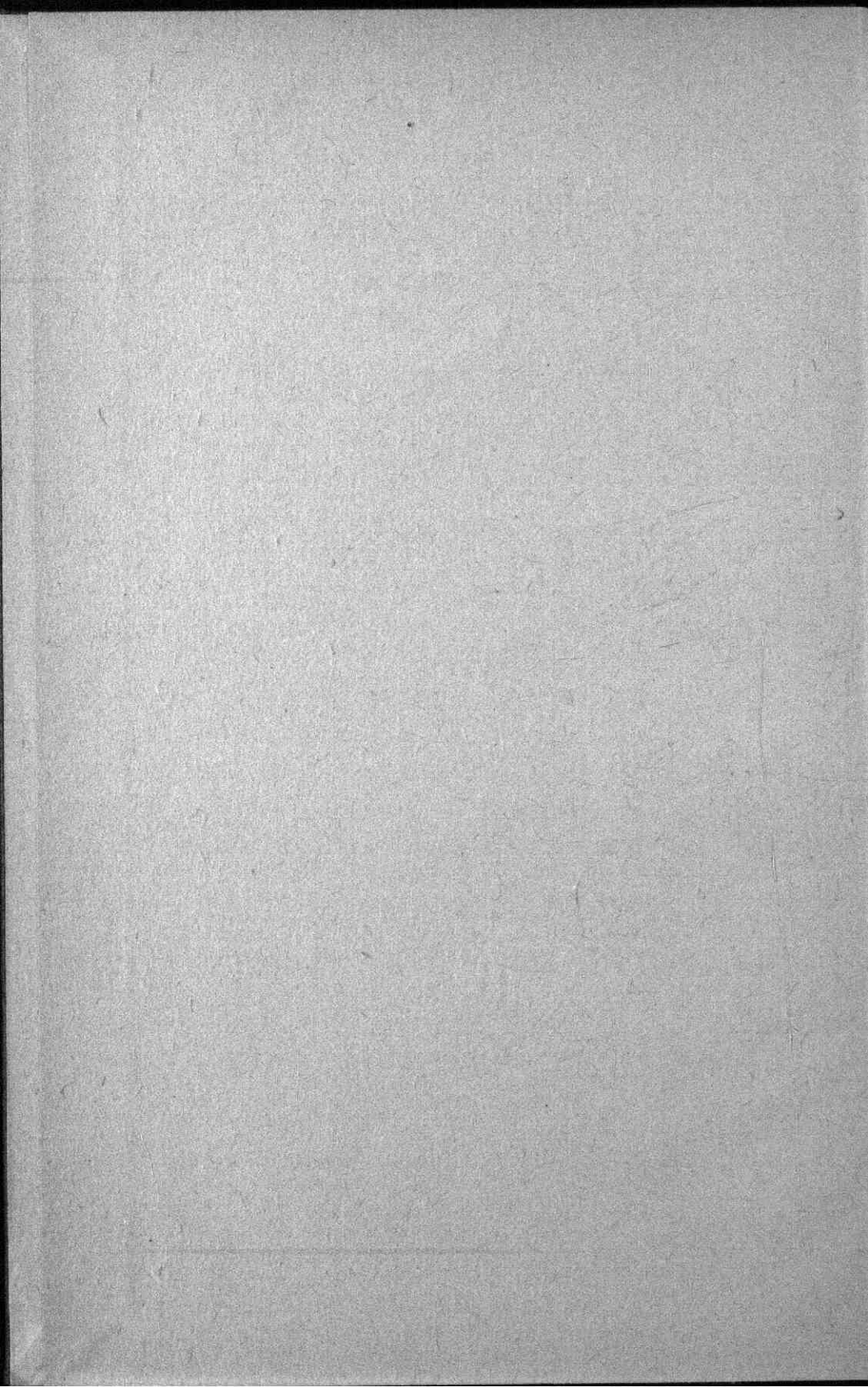
VAN

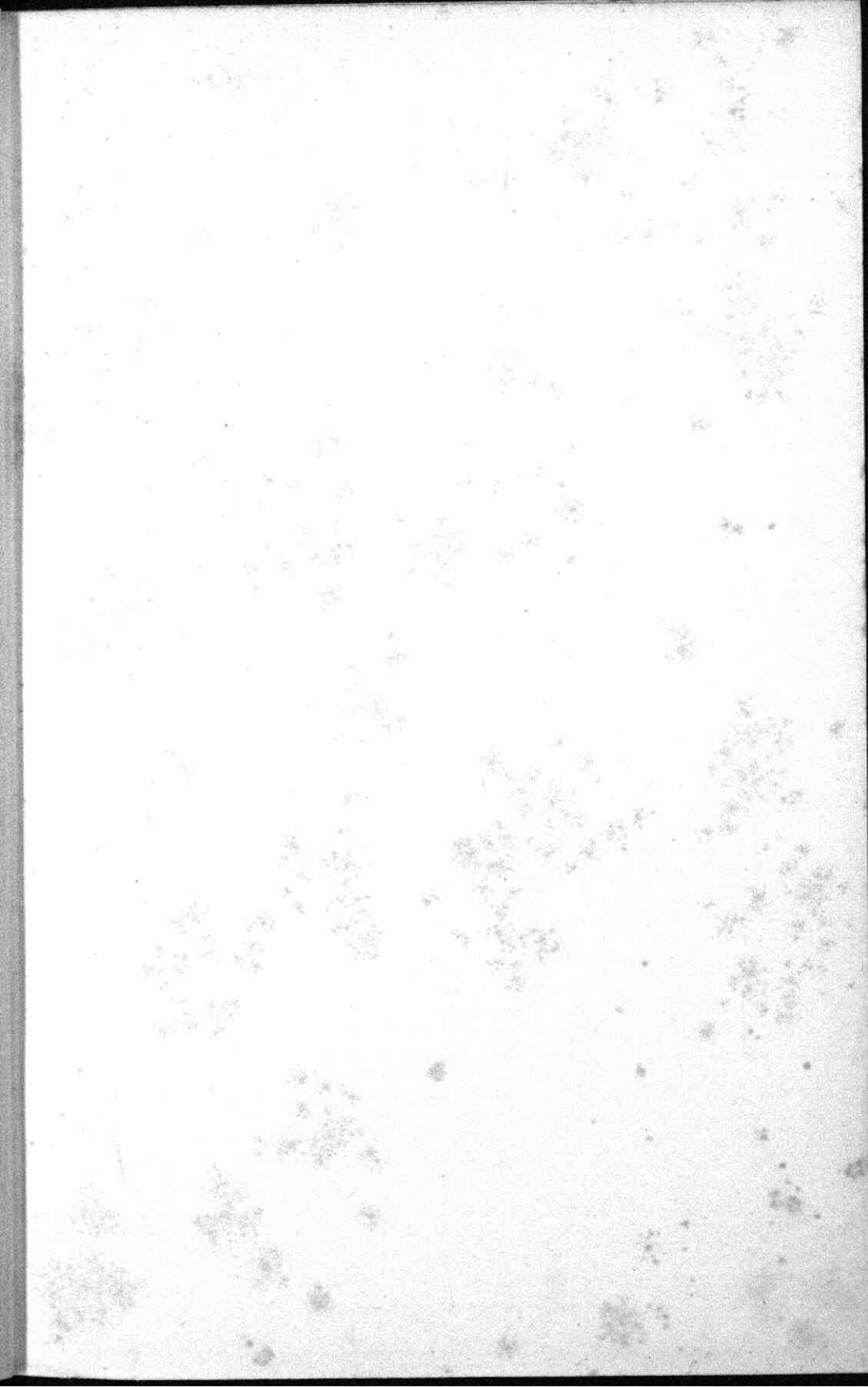
VOOGDIJ-HYPOTHEEK.

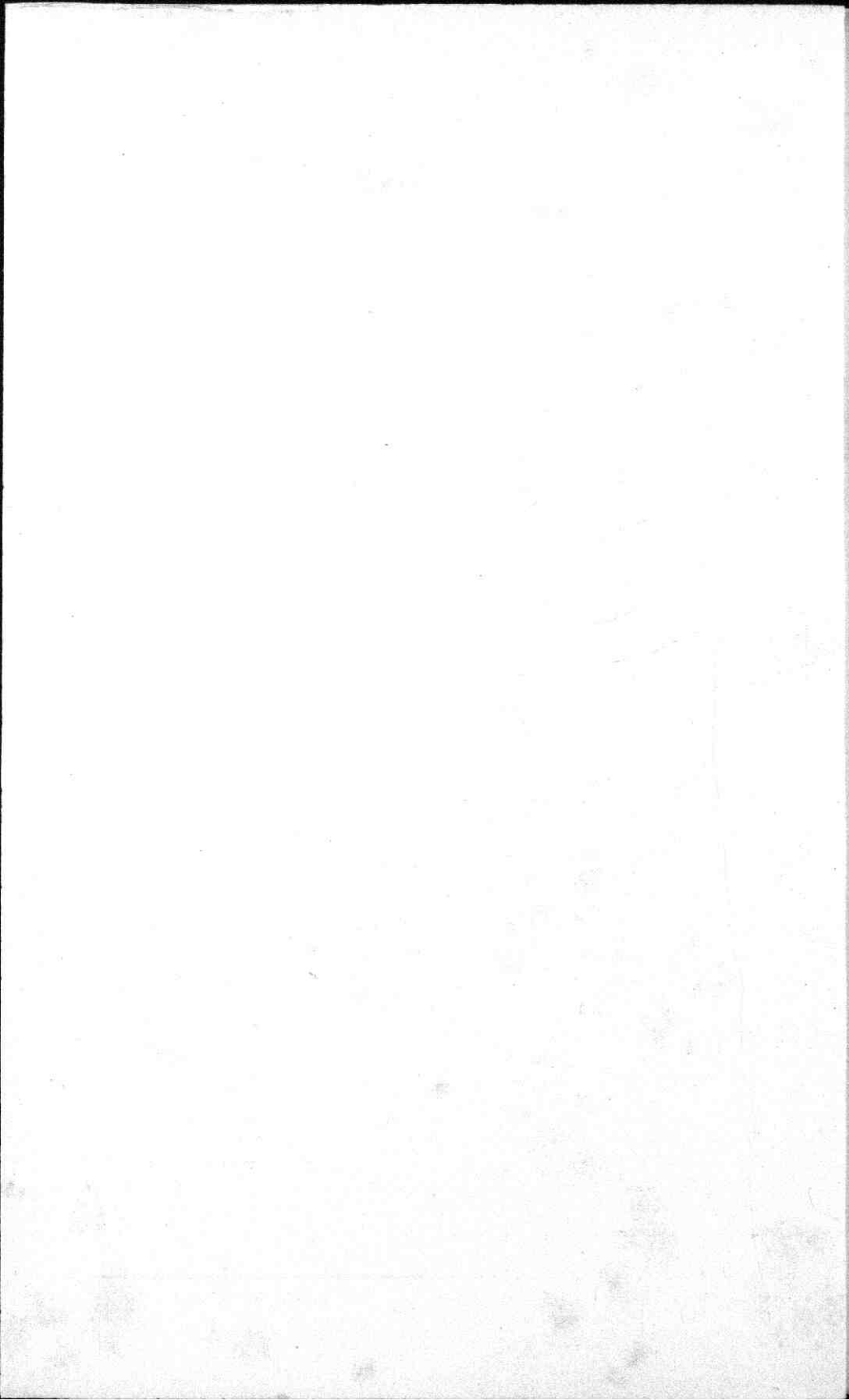
u.
BES
UTRECHT

A. qu.
192









DOORHALING

VAN

VOOGDIJ-HYPOTHEEK.

Typ. J. VAN BOEKHOVEN, te Utrecht.

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK UTRECHT



3845 0114

DOORHALING VAN VOOGDIJ-HYPOTHEEK.

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

Doctor in de Rechtswetenschap

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS

Dr. J. A. C. OUDEMANS,

Hoogleraar in de Faculteit der Wis- en Natuurkunde,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAAT DER UNIVERSITEIT

TEGEN DE BEDENKINGEN DER RECHTSGELEERDE FACULTEIT

TE VERDEDIGEN

op Dinsdag den 8^{sten} Juli 1890, des namiddags te 3^{1/2} uur,

DOOR

SIGISMUND KAREL DOROTHEUS MAURITS VAN LIER,

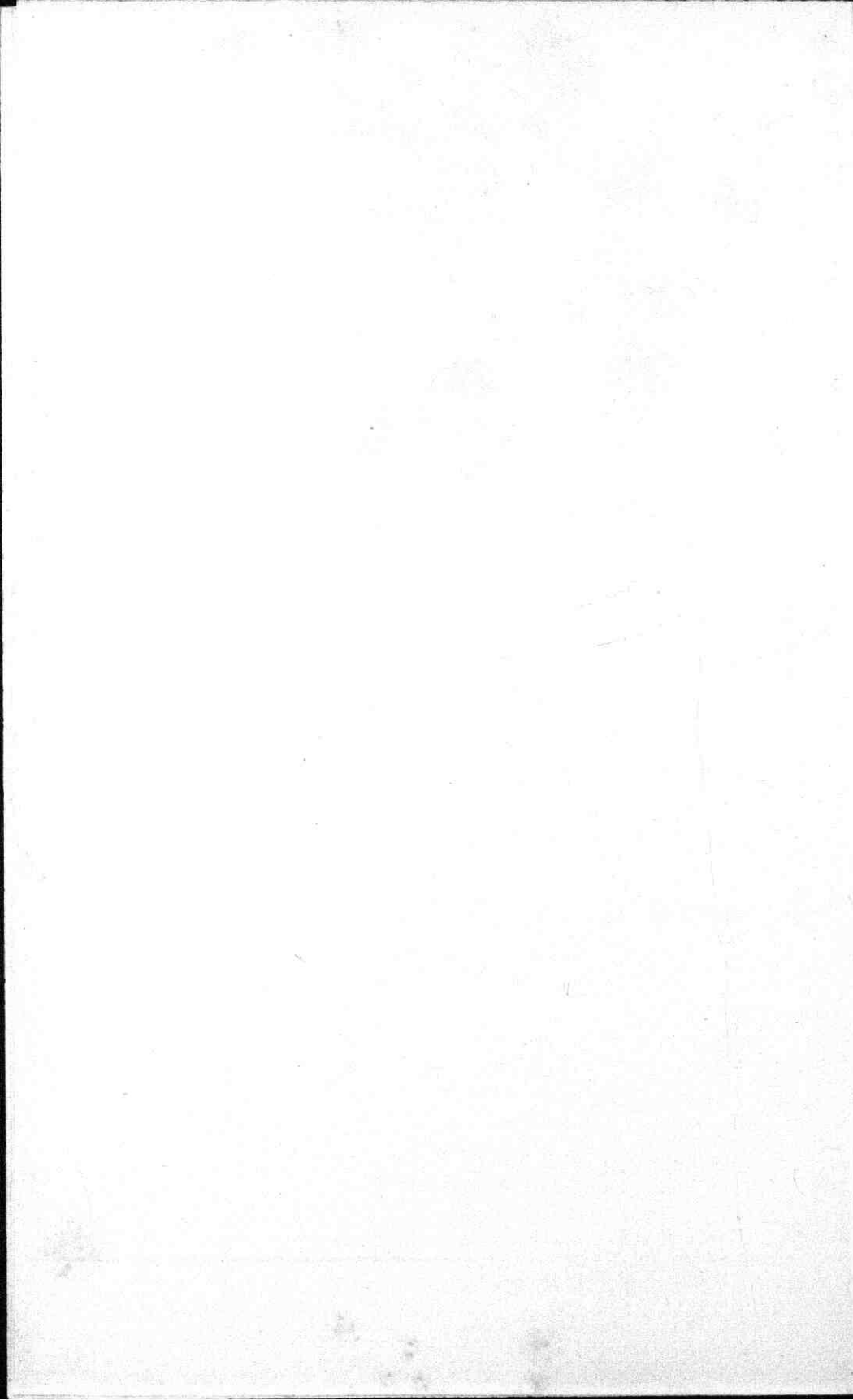
geboren te Nijmegen.



UTRECHT,

J. VAN BOEKHOVEN.

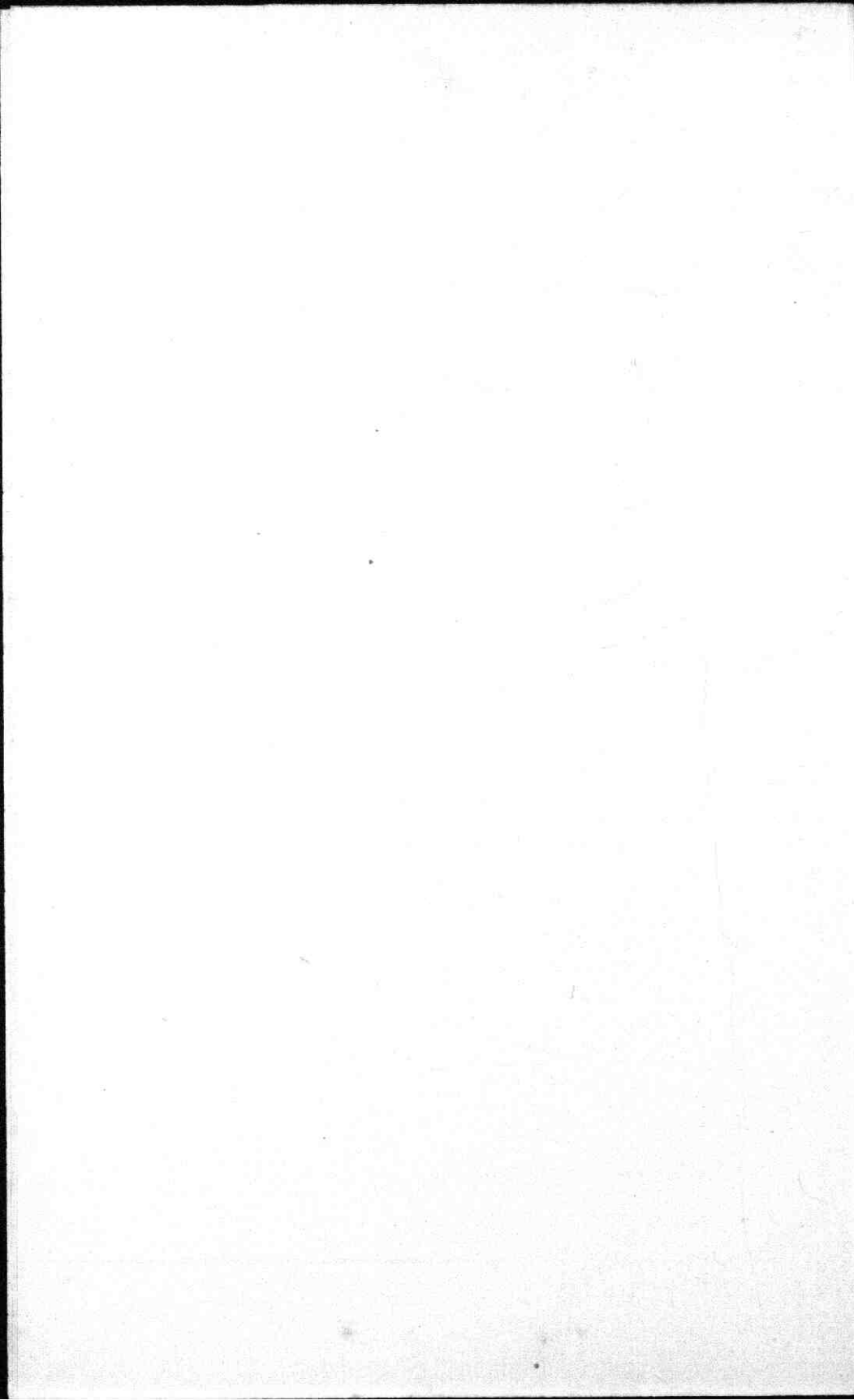
1890.



AAN MIJNE MOEDER

EN AAN

DE NAGEDACHTENIS VAN MIJNEN VADER.



Bij het eindigen van mijne academiejaren, zij hier mijnen oprechten dank gebracht aan U, Hooggeleerde Heeren, Professoren der Juridische faculteit, voor het onderwijs, dat ik van U heb mogen genieten, en voor de leiding mij bij voortdoring bij mijne studiën verleend.

Wil voor de hulpvaardigheid en bijzondere welwillendheid van U, Hooggeachte Promotor, Prof. HAMAKER, ondervonden bij de samenstelling van dit proefschrift, de betuiging van mijne diepe erkentelijkheid aanvaarden, en U overtuigd houden, dat ik de moeite, die Gij U om mijnentwille getroost hebt, ten zeerste zal blijven waardeeren.

De herinnering aan de nuttige en aangename avonden, op de vergaderingen van het gezelschap «Antonius Matthaeus» doorgebracht, zal voortdurend bij mij levendig blijven. Die vergaderingen boden mij een schoone gelegenheid tot oefening voor de practijk der rechtswetenschap onder de, ook door mij zoozeer op prijs gestelde, voorlichting en leiding van U, hooggeachte Eerevoorzitters, Professoren DE GEER, HAMAKER

en MOLENGRAAFF. Ook daarvoor zij U de verzekering mijner
grootte dankbaarheid gegeven.

*Mijne vrienden en kennissen, het ga U allen steeds wel!
Mogen de banden, die er tusschen ons, hetzij van vroeger,
hetzij sedert den academietijd, bestaan, door den loop der
jaren niet verstoppen.*

*Het Utrechtsche Studentencorps werke bij zijne lustrum-
feesten nog dikwerf daartoe mede!*

UTRECHT, Juni 1890,

I N H O U D.

INLEIDING.	Blz. 1
--------------------	--------

HOOFDSTUK I.

Grond en begrip der voogdij-hypotheek	4
---	---

HOOFDSTUK II.

De toezierende voogd	57
--------------------------------	----

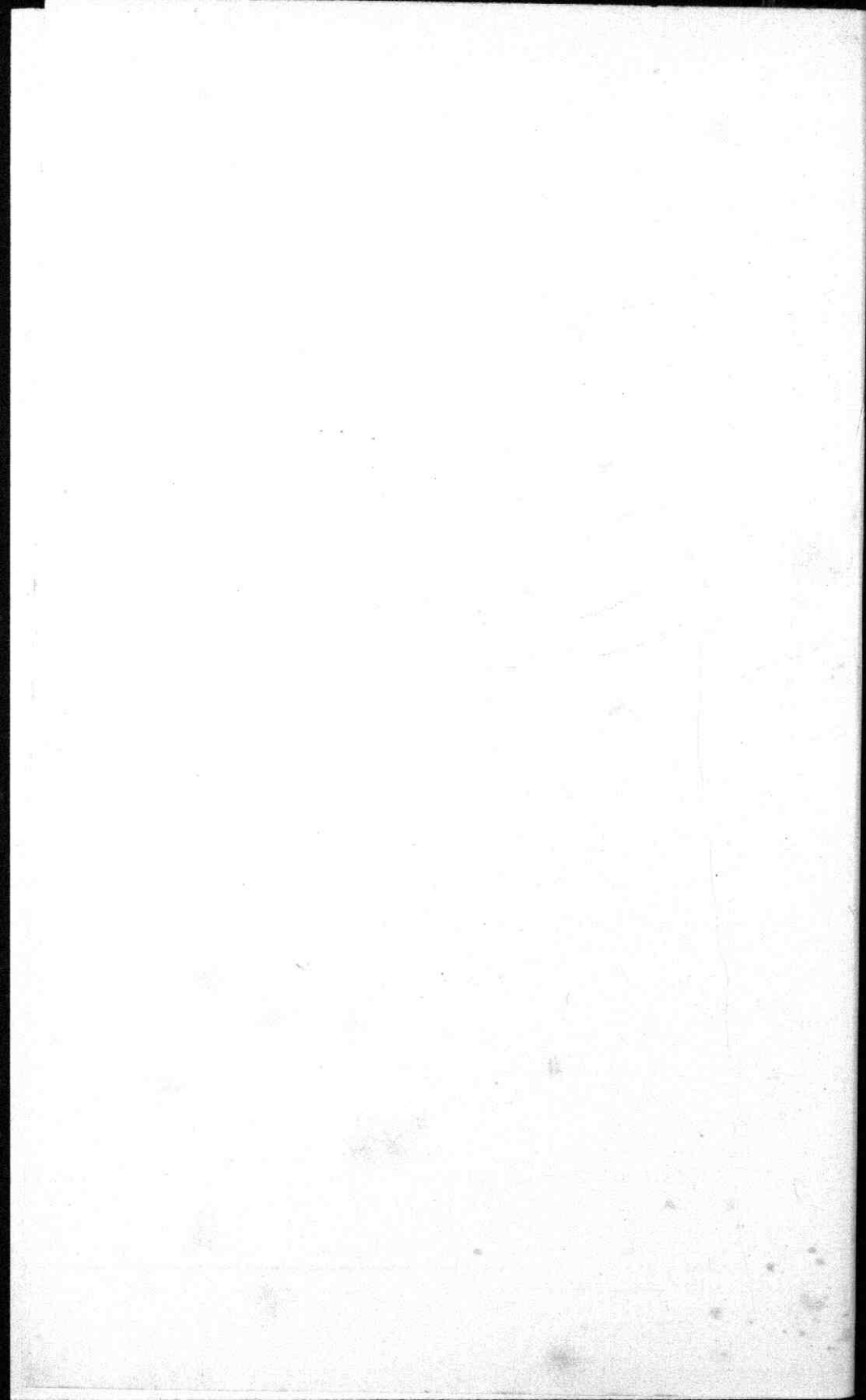
HOOFDSTUK III.

Beteekenis en gevolgen van de doorhaling der hypotheek, toegestemd door den toezierenden voogd	78
---	----

HOOFDSTUK IV.

Het ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek.	90
--	----

STELLINGEN.	99
---------------------	----



INLEIDING.

«Is de toeziende voogd in het algemeen bevoegd om op eigen verantwoordelijkheid de hypotheek te doen doorhalen, welke de voogd ten behoeve van een minderjarige gesteld heeft?» «Zoo niet, wat is dan het gevolg van een in weerwil van die onbevoegdheid verleende toestemming tot doorhaling, welke door den hypotheekbewaarder is bewerkstelligd?»

Dit zijn de vragen, welke behandeling het doel van dit proefschrift is.

Staat door een gevestigde jurisprudentie reeds langen tijd vast, welke beteekenis in het algemeen te hechten valt aan de doorhaling van een hypotheek, geschied tengevolge van de toestemming van een onbevoegde, sinds zeer korten tijd pas mogen wij ons verheugen in een arrest van ons hoogste rechterlijk college omtrent de bevoegdheid van den toezienden voogd ter zake van de royeering der voogdij-hypotheek, terwijl ook beslissingen van lagere colleges over dit punt schaars zijn voorgekomen ¹⁾.

¹⁾ Weekblad voor Notarisambt en Registratie. 1888. n^o. 956 pag. 187.

Het bedoelde arrest van den Hoogen Raad (arrest van 22 November 1889) ¹⁾ zal door velen met blijdschap zijn ontvangen, voor anderen eene groote teleurstelling geweest zijn.

De praktijk ²⁾ toch, zoo dikwerf de kracht van een wetsbepaling verminderende of buiten werking stellende, had op dit punt eene weliswaar niet tegen eene uitdrukkelijke wetsbepaling strijdende meening aangenomen, doch nam een standpunt in, dat weinig strookt met den geest der wet. Deze valt zeer duidelijk op te maken uit het complex van wetsbepalingen betreffende de voogdij-hypotheek, en — moet hij in de meeste gevallen bij het ontbreken van pertinente wetsartikelen ons den weg tot aanvulling en interpretatie der wet wijzen — hier, waar 't geldt de belangen van hen, die niet in staat zijn voor zichzelf te zorgen, mag van dien regel zeker niet afgeweken worden, moet het stelsel der wet gehandhaafd worden, zoolang daarop niet uitdrukkelijk eene uitzondering wordt gemaakt. De beteekenis der voogdij-hypotheek zelve in ons recht moet ons dus den weg der beslissing omtrent de bevoegdheid van den toezienenden voogd wijzen ³⁾.

In het eerste hoofdstuk stel ik mij daarom voor te behandelen «Grond en begrip der voogdij-hypo-

¹⁾ Paleis van Justitie. 1889. n°. 143. W. v. h. R. 5794.

²⁾ TH. VAN ULJE PIETERSE. Handleiding tot beoefening van het Notarisambt. blz. 408 ad n°. 682 (6) 1.

³⁾ Aldus ook de advocaat-generaal Mr. A. TELDERS in zijne conclusie voorafgaande aan het arrest van het Gerechtshof te 's Hage van 4 Febr. 1889, te vinden in het „Tijdschrift der Notarissen." Deel VI. 1889. blz. 271.

theek», het tweede zal handelen over «de(n) toezien-
de(n) voogd».

In het derde hoofdstuk zullen de «beteekenis en ge-
volgen van de doorhaling der hypotheek, toegestemd
door den toezienenden voogd» nagegaan worden, terwijl
een vierde hoofdstuk eenige opmerkingen zal bevatten
omtrent «het ontwerp tot herziening van het burger-
lijk wetboek.»

HOOFDSTUK I.

Grond en begrip der voogdij-hypotheek.

Tegelijk met het ontstaan der staten en de ontwikkeling der staatsmacht heeft zich ook het beginsel gevestigd, dat de gemeenschap moest waken voor de belangen van diegenen harer leden, die nog niet bekwaam zijn om voor zichzelf te zorgen. Oorspronkelijk had de familie zelf de belangen van hare jongere leden waargenomen, nu verloor zij hare macht, en in de eerste plaats uitte zich dat in de wijze van benoeming der voogden ¹⁾. Langzamerhand breidde die zorg zich uit, op alle handelingen van den voogd ging de staat toezicht houden, tot het verrichten van vele handelingen had hij machtiging noodig, zoodat het begrip van de oppervoogdij van den staat zich gestadig en volledig ontwikkelde.

«De grond, waarop de bescherming rust, die aan den eenen persoon over den anderen wordt toevertrouwd, kan in tweeërlei belang gezocht worden», zegt Prof. OPZOOMER ²⁾. Die verschillende oogpunten,

¹⁾ Cf. Mr. J. G. KIST. „De kantonrechter in zijne werkzaamheden ten behoeve van minderjarigen en daarmee gelijk gestelde personen.” Blz. 1 en 2.

²⁾ Mr. C. W. OPZOOMER. Het burgerlijke wetboek verklaard. II. Blz. 294.

waaruit men de bescherming kan beschouwen, zijn 't belang van den beschermde zelf en dat van de familie, waartoe de beschermde behoort. Aanvankelijk toen de familie geheel met de zorg voor den minderjarige was belast, trad natuurlijk ook het familiebelang op den voorgrond, maar later, na den overgang van deze zorg op den staat, was 't het belang van den minderjarige, dat de voornaamste plaats innam. Zoo was het b. v. in het Romeinsche recht, later eveneens in het Duitsche recht door den invloed van het Romeinsche. Zuiver waren die verschillende belangen echter nooit te scheiden; in de eene wetgeving ziet men het belang van den minderjarige, in de andere het familiebelang zegevieren. In het Fransche recht was door de instelling van den familieraad het laatste het geval. Het verdwijnen van die instelling uit onze wetgeving werd over het algemeen met blijdschap begroet ¹⁾, en de beteekenis van dit feit is niet twijfelachtig. Gaat men toch de redenen na, die opgegeven werden voor de afwijking van het Fransche stelsel, dan schijnt mij deze wel de voornaamste, dat door den familieraad «de mogelijkheid wordt daargesteld, dat die *rechter*, door bijzondere, ambtelooze burgers wordt overstemd en in de verplichting gebracht, om geheel lijdelijk te zijn ten aanzien van onderwerpen, welke men dan toch, naar het schijnt, van oordeel is geweest, dat *tot 's rechters bemoeiingen* behoorden» ²⁾. Het belang van den minderjarige, dat oudtijds volgens onze zeden en gebruiken ook streng

¹⁾ VOORDUIN. Geschiedenis en Beginselen der Nederlandsche Wetboeken. Deel III, blz. 21.

²⁾ VOORDUIN. t. a. p. III, 20.

in acht genomen werd ¹⁾), bleef men behartigen, en werd dus niet opgeofferd aan dat der familie.

De beschouwing, die ons recht heeft, waar het den minderjarige geldt, duidelijk hieruit gekend ²⁾), moet ons nu leiden bij de oplossing van menige kwestie, die zich bij de toepassing der wettelijke bepalingen kan voordoen. Wij moeten in het oog houden, dat bij vragen over de voogdij, «het belang van den minderjarige» steeds op den voorgrond moet worden gesteld. Aldus oordeelt ook ZACHARIÄ, wiens uitspraak door Prof. OPZOOMER wordt aangehaald ³⁾).

Zijn wij toegerust met deze wetenschap, dan kan het ons niet verwonderen, dat de staat, nadat hij de oppervoogdij aan de familie onttrokken had en begonnen was zelf meesttijds ⁴⁾ voor de benoeming van voogden te zorgen, ook zekerheid van hen ging eischen. Niet-tegenstaande de staat geacht kon worden niet dan vertrouwde en bekwame personen met dit zoo gewichtig ambt te belasten, werd toch — mede uit het welbegrepen belang van den staat zelf bij het behoud der bezittingen van hen, die de steun voor zijn besteding zullen worden — een waarborg voor de goede administratie geëischt, want de aanvankelijke betrouwbaarheid der verzorgers zou later zeer wel in ontrouw kunnen veranderen.

Door deze beginselen werden de wetgevers reeds eeuwenlang geleid ⁵⁾). Het is waar, dat zij deze niet

¹⁾ VOORDUIN. t. a. p. III, 25.

²⁾ Cf. OPZOOMER. t. a. p. II, 296.

³⁾ „ t. a. p. II, 412.

⁴⁾ KIST. t. a. p. blz. 2.

⁵⁾ KIST. t. a. p. blz. 56 en 57.

altijd op dezelfde wijze hebben uitgewerkt ¹⁾, doch dit vermag niets af te doen aan den algemeenen regel, dien men zelfs bleef volgen, toen de staatsinmenging dermate was toegenomen, dat de voogden nagenoeg geen enkele handeling konden verrichten, zonder daartoe door de Weeskamers, die met het Gerecht hier te lande oudtijds den staat in voogdijzaken vertegenwoordigden, gemachtigd te zijn. En die medewerking van de Weeskamer bij de meeste handelingen was noodig, alhoewel den voogd de handen reeds genoeg gebonden waren, doordat de Weeskamers boedelpapieren, effecten en kostbaarheden van de minderjarigen bewaarden ²⁾. Het kwam later dan ook wel voor, dat de voogd van zijne verplichting tot zekerheidstelling werd ontheven ³⁾.

Moge ook al in het oud-Hollandsch recht het stellen van zekerheid door de ouders (althans door den vader) onnoodig geacht zijn, indien het niet opzettelijk werd verlangd door de naaste bloedverwanten, gelijk Mr. PH. W. SCHOLTEN aantoonst ⁴⁾, ook dit kan niets afdoen aan den algemeenen regel, die daar gold, namelijk «belangende den pligt der voogden is het een oud regt geweest

¹⁾ Mr. P. R. v. D. BERG. „Proeve over het beheer van den voogd omtrent de goederen van den minderjarige”. Utrecht 1849. blz. 26.

G. A. VOS DE WAEL. „De hypotheca minorum in bonis tutorum jure Francico atque Neerlandico”. Lugd. Bat. 1843. blz. 1—6.

Wetb. Nap. ingericht voor 't Koninkr. Holland, art. 1829. Ontwerp 1820, art. 1533.

²⁾ KIST. t. a. p. blz. 3.

G. H. FUHRI SNETHLAGE. „De uitoefening van de oppervoogdij van den Staat door den Kantonrechter.” Leiden 1880 bl. 26 en 29.

³⁾ FUHRI SNETHLAGE. t. a. p. 27.

⁴⁾ Themis, 3^e verzameling. IV. 1873 blz. 37.

in Holland, dat niemand voogt en mogte zijn of hij moste seker doen voor der weesen goet» ¹⁾.

Onze wetgever, den alouden regel van zijne voorgangers overnemende en met niet minder bezorgdheid dan dezen voor het lot der minderjarigen vervuld, schreef in de wet eveneens die verplichting voor elken voogd neder (art. 390 al. 1). Deze is het uitgangspunt, dat men in het oog moet houden daar, waar de wet misschien op minder gelukkige wijze hare beginselen heeft uitgewerkt en ter nedergeschreven. Bevat zij bepalingen, die verschillenden uitleg toelaten, dan moet men naar mijne bescheiden meening steeds aan die interpretatie de voorkeur geven, waardoor de belangen van de minderjarigen het meest worden gebaat; dan eerst heeft men kans tot den geest der wet door te dringen.

Bij de behandeling der artikelen 388 en 389 B. W. in 1876 verklaarde de minister VAN LIJNDEN met het oog op den mogelijken dwang tot persoonlijke verschijning der te hooren bloedverwanten of aangehuwden, dat de belangen van den minderjarige op den voorgrond moeten worden gesteld ²⁾. Het schijnt mij bij de vragen, voortspruitende uit de bepalingen, die op de genoemde artikelen volgen, een volstrekte eisch te zijn, dat beginsel niet minder streng te handhaven, wil men niet de leemten, die onze wet ongetwijfeld bezit, eene buitenmatige uitbreiding geven, waarvan de noodlottige gevolgen niet achterwege kunnen blijven.

¹⁾ DE GROOT. „Inleiding tot de Holl. rechtsgeleerdheid.” I, 9. 1.

²⁾ Deze uitspraak is o. a. te vinden bij Mr. GREEVE: „Mr. C. M. v. D. KEMP's ontwikkeling van het recht betreffende de kantongerechten.” 3e druk, blz. 424.

Afgescheiden van de vraag, hoe de zekerheidstelling in de wet is geregeld, moet men bovendien tot hetzelfde besluit komen, als men bij vergelijking met het vroegere, zoo even genoemde recht ziet, dat ons recht aan den voogd veel meer vrijheid van handelen heeft gelaten bij zijn beheer, zoodat de voorheen wellicht overbodige verplichting thans veel meer reden van bestaan heeft, en dus zeker gestreng gehandhaafd moet worden.

Dergelijke overwegingen dienen den rechter den weg der beslissing te wijzen, zoo dikwijls hem het oordeel over voogdijkwesties wordt opgedragen. Of ook een ambtenaar als de hypotheekbewaarder zich bij het interpreteren der wet door deze beginselen moet laten leiden, en zoo doende zijn taak en bevoegdheid boven die, welke de wet hem uitdrukkelijk opdraagt, mag uitbreiden, zullen wij later zien.

Het staat dus vast, dat men ten allen tijde bepalingen tot bescherming van het vermogen van minderjarige personen gemaakt heeft. SEVERUS zeide reeds in een brief aan CUSPIUS RUFINUS: «*omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo*» ¹⁾. — In die mate was men somtijds met bezorgdheid vervuld, dat het belang van andere personen in den blinden ijver voor het beginsel geheel werd voorbijgegaan en verwaarloosd. Men wilde zekerheid gesteld zien, doch vergat dat overbodige en overmatige zekerheid schaadde en de gevolgen konden niet uitblijven. Zoo maakte men onder 't oud-

¹⁾ L. 2 § 2 Dig. qui petant tutores vel curatores, et ubi petantur. (XXVI, 6).

Hollandsche recht veel gebruik van de mogelijkheid om de Weeskamer bij testament uit te sluiten ¹⁾, want bij het toezicht der Weeskamer moest de voogd zekerheid stellen, terwijl hem nagenoeg alle macht ontbrak. Onder den Code Civil ziet men weer hetzelfde; door de zekerheid, waartoe de voogd verplicht was, te bezwarend te maken, werd een prikkel voor de voogden in het leven geroepen om op allerlei wijzen te trachten van den last der voogdij bevrijd te worden, o. a. poogde men op ongeoorloofde wijze zich van het ambt te verschoonen ²⁾. De algemeene regel, dat alle overdrijving schaadt, is ook op dit gebied van toepassing. De wetgever moet derhalve aan den eenen kant zijne ernstige zorg wijden aan de belangen der jeugdige staatsburgers, en, de gevaarlijke klip van overdrijving vermijdende, aan den anderen kant tevens er op bedacht zijn de lasten der verzorgers niet noodeloos te verzwaren en ook op de belangen van derden te letten. Dit zijn de grondbeginselen, die bij het samenstellen der wet gevolgd moeten worden; voor den rechter moet, gelijk ik boven betoogde, het belang der verzorgden het zwaarst wegen ³⁾.

In hoeverre onze wetgever zich aan deze beginselen gehouden heeft, en of het hem gelukt is de verschillende

¹⁾ KIST. t. a. p. blz. 3. FUHRI SNETHLAGE. Proefschrift blz. 16.

²⁾ VOS DE WAEL. t. a. p. blz. 54 en 55.

³⁾ VOORDUIN III, blz. 38. De Heer SCHOONEVELD zeide bij de be-
raadslagingen over de tegenwoordige wet den 7 Febr. 1829: „men moet
aan den éénen kant zorg dragen, dat de last, welke aan de voogden
wordt opgelegd, niet zwaarder zij dan noodzakelijk is, en aan den
anderen kant zorgvuldig waken, dat de voorrechten der minderjarigen
niet worden geëludeerd.”

belangen tot hun recht te laten komen, zullen wij later nagaan; voorshands zij het voldoende op te merken, dat hij niet minder dan andere wetgevers het belang der minderjarigen kende en wist te waardeeren, en de mogelijkheid van verwaarloozing daarvan door den voogd wilde verhinderen. Dat hij hypotheek van den voogd eischte in het belang van den pupil, en niet tegemoet kwam aan de wenschen van sommige kamerleden om ook andere zekerheid toe te laten, mag niet tot de conclusie leiden, dat hij zijn taak niet ernstig opvatte, want bijzondere redenen waren er, die zulks niet gewenscht maakten. Zoo drong men aan op het toelaten van inpandgeving van effecten, en op persoonlijke zekerheid ¹⁾: zij, die geen onroerende goederen bezitten, zouden dan tevens waarborgen voor hun beheer kunnen geven. Doch de regeering antwoordde, dat zulk een zekerheid «aan de grootste moeilijkheden zoude zijn onderworpen, vermits men wel kan nagaan, of iemand vaste goederen bezit doch, wat roerende goederen betreft, het in vele gevallen onmogelijk zal zijn, te bewijzen, dat de voogd fortuin bezit, ten beloope der vastgestelde som, tenzij men een ieder zoude kunnen noodzaken, zijnen staat in den geregte open te leggen, hetgeen althans in een commercieel land hoogst gevaarlijk is» ²⁾.

Elke zekerheid, welke het ook zij, die de uitvoering van eene verbintenis moet waarborgen, zal volgens de eenvoudigste beginselen moeten blijven bestaan, totdat

¹⁾ VOORDUIN III blz. 28, 37, 39, 54.

²⁾ " " " 33 n°. X.

aan alle verplichtingen, uit die verbintenis voortspuitende voldaan is. Zijn de personen, tusschen welke de door een of andere zekerheid gewaarborgde rechtsbetrekking bestaat, volkomen handelingsbevoegd, dan kunnen zij vóór het ophouden dier rechtsbetrekking dien waarborg doen vervallen. In normale gevallen echter zal dit niet geschieden, de zekerheid zal blijven bestaan, totdat zij overbodig is geworden, d. i. tot na de voldoening der verbintenis.

Dat ook tusschen den minderjarige en zijn voogd eene rechtsbetrekking bestaat is nooit betwijfeld. De Romeinen betitelden die verhouding met den naam «quasi-contract» ¹⁾, onder onze wet brengt men haar onder de «verbintenissen uit de wet alleen.» (Art. 1388 B.W.) Tot verzekering van dit quasi-contract, deze verbintenis, die den voogd door de wet jegens den pupil is opgelegd, dient de hypotheek, tot welke de voogd verplicht is ²⁾. De algemeene regel, zooeven genoemd, verbiedt, dat die zekerheid vóór den afloop der administratie vervalle. De minderjarige tenminste, die handelingsbevoegdheid mist, kan niet, zooals andere personen in wier belang zekerheid gesteld is, dien waarborg binnenstijds doen vervallen. Voor hem zou mitsdien aan een ander die macht door de wet moeten zijn toegekend, doch nergens is een bepaling van die strekking te vinden. Zonder zulk eene uitdrukkelijke bepaling mag men ook den toezienden voogd niet dergelijke macht toekennen, gelijk ik in Hoofdstuk II zal trachten aan te toonen. Men moet den

¹⁾ Instituten. De obligationibus quasi ex contractu. § 2.

²⁾ Mr. N. K. F. LAND, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek. I. 367.

algemeenen regel dus handhaven, te meer nog, omdat de algemeene beginselen, in de vorige bladzijden besproken, geen lichtvaardige afwijking gedoogen.

Op het, ten allen tijde zoozeer aangenomen, beginsel, dat het belang van den minderjarige ten zeerste in acht genomen moet worden, heeft men uitsluitend het oog gericht, toen men in den Code Civil de bepaling neerschreef, dat den minderjarige een legale hypotheek toekwam op de goederen van den voogd. (art. 2121 C. C.) Hoe de Fransche wetgever die bepaling verder heeft ontwikkeld, dient in korte trekken hier nagegaan te worden, want al verschilt ons hypotheekstelsel van het Fransche, desniettemin kunnen de Fransche wetsbepalingen ons toch veel leeren: juist begrip en waardeering van de onze zullen daardoor verkregen worden. Laat ons eerst zien, wat men onder legale hypotheek verstaat.

De legale of wettelijke hypotheek is een hypotheek, die ontstaat en blijft bestaan tengevolge van een bloote wetsbepaling, zonder eenige overeenkomst of akte van partijen, of veroordeeling door den rechter, en zonder dat inschrijving van dat zakelijk recht in de openbare registers vereischt wordt ¹⁾. De minderjarigen en andere personen, die niet in staat worden geacht voor zichzelf te zorgen, zijn dus reeds door de enkele wetsbepaling geholpen.

De Fransche wetgever had aangenomen, dat alle

¹⁾ en zonder dat inschrijving etc.. Dit gedeelte der definitie is niet toepasselijk op de legale hypotheek, vermeld in 't slot van art. 2121 C. C., maar alleen op de wettelijke hypotheek van getrouwde vrouwen, minderjarigen en onder curatele gestelden.

hypotheken in openbare registers zouden moeten worden ingeschreven, en dat de goederen, welke met hypotheek belast waren, bepaaldelijk aangeduid behoorden te zijn. ¹⁾ (art. 2124 vlg., art. 2134 C. C.) Onder de uitzonderingen op dezen regel behoorde ook de legale hypotheek, aan de minderjarigen toegekend. De reden voor deze afwijking vond men in het feit, dat de minderjarigen geen schade moesten lijden, wanneer de voogd, misschien opzettelijk, de inschrijving der hypotheek achterwege liet, en dat derden, die met den voogd gehandeld hadden, zichzelf hunne benadeeling te wijten hadden, daar zij den toestand van hem, met wien zij handelden, konden onderzoeken ²⁾).

Onverminderd den regel «l'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription, au profit des mineurs. . .» behelsden de artikelen 2136 en 2137 voor den voogd en den toezienden voogd de verplichting om inschrijving van de legale hypotheek te bewerkstelligen; artikel 2139 verklaarde de bloedverwanten, of indien deze ontbraken ook de vrienden der minderjarigen, ja zelfs de minderjarigen zelf bevoegd om inschrijving te vorderen. Bij 't in gebreke blijven van al deze personen moest het Openbaar Ministerie zulks doen (art. 2138) ³⁾. Het nut van het vervullen dezer formaliteit was zeer twijfelachtig, te meer, omdat hij, die geldschieter was van den voogd, nu wel wist, dat diens goederen bezwaard

¹⁾ VOS DE WAEL. t. a. p. blz. 21.

²⁾ " " " " " 23.

³⁾ VOS DE WAEL. t. a. p. blz. 28. Mr. C. ASSER „Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon.” § 629 blz. 423.

waren, maar toch in de onzekerheid bleef en geen middel had om na te gaan, hoe groot het beloop der som was, dat de voogd den pupil schuldig was of zou worden bij het eindigen van zijn beheer. ¹⁾

Het is dikwijls niet noodzakelijk alle onroerende goederen van den voogd tot bescherming van den minderjarige met hypotheek te belasten; er zal vaak al genoeg voor den minderjarige gedaan zijn, als enkele goederen voor zijne toekomstige vordering verbonden zijn. Art. 2141 C. C. voorzag deswege in het belang van den voogd en stond aan den familieraad toe te bepalen, dat slechts op zekere bepaalde onroerende goederen inschrijvingen zouden genomen worden; alleen de aldus aangeduide goederen waren dan bezwaard, de overige onroerende goederen bleven den voogd nu over vrij van elk verband. Deze bepaling werd eerst aangenomen, nadat uitdrukkelijk was verklaard, dat algeheele ontheffing van hypotheek daardoor niet werd toegelaten ²⁾ (art. 2140). De in art. 2141 C. C. bedoelde beperking der hypotheek sloeg alleen op den datieven voogd; bij de acte van zijne benoeming moest die restrictie door den familieraad worden toegestaan. Of ook den testamentairen en legitiemen voogd zulk een voorrecht door den familieraad kon worden toegekend was een twistpunt. Het stond echter vast, dat deze evenals de datieve voogd, wanneer hem niet direct bij zijne benoeming een beperking van hypotheek was toegestaan, den weg van art. 2143 C. C. konden inslaan, ten einde dat

¹⁾ Mr. C. ASSER. t. a. p. blz. 424 § 629.

²⁾ VOS DE WAEL. t. a. p. blz. 42.

voorrecht deelachtig te worden. Hierin wordt den voogd het recht toegekend om gedurende de waarneming der voogdij «dans le cas où l'hypothèque générale sur les immeubles excéderait notablement les sûretés suffisantes pour sa gestion, demander que cette hypothèque soit restreinte aux immeubles suffisants pour opérer *une pleine garantie en faveur du mineur*», doch in zulk een geval was 't niet de familieraad, die de vermindering toestond, maar moest er een eisch ingesteld worden tegen den toezienden voogd en het Openbaar Ministerie (art. 2145), terwijl een advies van den familieraad vooraf moest gaan, lastiger formaliteiten alzoo! Slechts éénmaal was dergelijke beperking toegelaten: had de familieraad reeds bij de benoeming van den voogd in de vermindering toegestemd, dan kon men later zulks niet nogmaals verkrijgen: was gedurende de voogdij van het voorrecht gebruik gemaakt, dan kon men dit niet ten tweeden male inroepen ¹⁾).

Dit zijn in korte trekken de bepalingen van den Code Civil aangaande de voogdij-hypotheek. Men kan hieruit duidelijk zien, hoe groot gewicht de Fransche wetgever hechte aan de verzorging der minderjarigen; hij gaf hun hypotheek, die onafhankelijk van elke inschrijving bestond, het belang van derden hierbij geheel op den achtergrond stellende; hij stond in 't belang van den voogd beperking der hypotheek tot bepaalde onroerende goederen toe, doch verbood tegelijkertijd algeheele afwezigheid van zekerheid; den familieraad de beoordeeling der beperking overlatende, ontzegde hij dezen de be-

¹⁾ VOS DE WAEL. t. a. p. blz. 45 en 46.

voegdheid om den waarborg tot nul te reduceeren. Zijn stelsel bleef dus getrouw aan den ouden regel: zekerheid voor de minderjarigen, en wel tot na het ophouden der rechtsbetrekking, welke daardoor gewaarborgd moest worden.

Toch heeft de Nederlandsche wetgever gemeend de Fransche bepalingen niet eenvoudig te moeten overnemen. Was hij dan minder dan de Fransche wetgever doordrongen van het besef, dat de staat voor het belang der minderjarigen moet waken, en dat het algemeen belang bij eene goede verzorging der minderjarigen ten zeerste gebaat is? Verre vandaar! integendeel, de meeste bepalingen van den Zestienden Titel van het Eerste Boek doen ons terstond het tegenovergestelde zien. Neen, de reden is, dat het hypotheekstelsel met dat der Fransche wet verschilde, en de bepalingen der voogdij-hypotheek daarmee in overeenstemming moesten zijn.

Men was alzoo begonnen eerst het stelsel der hypotheek vast te stellen, en maakte daarna de bepalingen der voogdij-hypotheek. Bij de wet van 5 Maart 1825 (Stbl. n^o. 41), later den XX^{sten} Titel van het Tweede Boek, werd het hypotheekstelsel vastgesteld. Het kenmerkt zich door de beginselen van specialiteit en publiciteit¹⁾.

Waar men het noodig achtte tot zekerheid van de uitvoering van verbintenissen hypotheek te moeten toelaten, was het tevens een eisch om zulk verband, rustend op eenig onroerend goed door inschrijving in openbare registers aan elkeen bekend te doen zijn, en uitdrukkelijk elk aldus bezwaard goed aan te wijzen, met ver-

¹⁾ VOORDUIN t. a. p. IV blz. 457.

melding van het bedrag, tot hetwelk zoodanig verband verleend is. Op deze manier alleen kan men in het verkeer de juiste waarde van een onroerend goed kennen, en zal de koper kunnen weten, of hij kans heeft aan het onaangename feit van uitwinning bloot te staan; voorts zal de geldschieder weten, of de zekerheid, hem in eenig verband op een onroerend goed geboden, werkelijk wel dien naam mag dragen, en of niet soms een oudere hypotheek op dat goed zal voorgaan ¹⁾. Slechts bij hardnekkig vasthouden aan de genoemde grondslagen zal de zekerheid van het verkeer mogelijk zijn ²⁾.

Ook in het Fransche recht had men «in naam» deze beginselen gevolgd, doch niet zoo streng. «In naam», want men had daar uitzonderingen toegelaten: de legale hypotheek (hierboven gedefinieerd) was erkend en evenzoo de gerechtelijke hypotheek. Uitzonderingen bevestigen den regel, luidt de spreekwijze. Hier was dat niet het geval, deze afwijkingen wierpen het geheele stelsel omver. Zoodra het toch kon voorkomen, dat er één of meerdere hypotheeken bestonden zonder inschrijving, of voor een onbepaald bedrag en op een niet bepaald aangewezen onroerend goed, is het geheele stelsel in duigen gevallen, heeft het stelsel zijn doel gemist, en bestaat er voor koopers en schuldeischers in plaats van zekerheid de grootst mogelijke onzekerheid. «Het (tegenwoordige) Fransche recht, onder den schijn van het beginsel van *specialiteit* en *publiciteit* te

¹⁾ VOORDUIN l. c. IV. blz. 460, 461.

²⁾ Men zie hierover de voortreffelijke rede in de Tweede Kamer gehouden door den heer SUIJKENS, te vinden in de Staatsecourant van 11 Juni 1825 n°. 136 en ook opgenomen bij VOORDUIN, IV blz. 452 vlg.

behouden, roept in de daad het stelsel van *algemeene en verborgene hypotheeken*, voor een groot deel, weder te voorschijn», zeide de heer SIKPENS ¹⁾, en welke de nadeelen van het laatstgenoemde zijn, weet ieder: «er blijft, volgens het Fransche recht, altijd bestaan een groot aantal onbekende en bedekte hypotheeken; deze maken niettegenstaande de voorzieningen daarbij ingevoerd, dat de geldschieter de noodige zekerheid mist, en dat de vaste goederen onvatbaar worden voor eene veilige vervreemding». ²⁾

Zoude onze wetgever nu denzelfden weg inslaan, zoude ook hij niet op het stelsel van publiciteit en specialiteit een enkele uitzondering toelaten ten behoeve van minderjarigen? Terecht heeft hij dit niet gedaan, want hoe bewust ook van zijn plicht om de minderjarigen te behoeden, hij wist, dat hij zich te wachten had voor de vereeniging van inderdaad «onvereenigbare beginselen» ³⁾, daar dit «het zaad van inwendig bederf en vernietiging» ⁴⁾ van het geheele, zoo prijzenswaardige stelsel in zich bevatte. Hij wist, dat een goed hypotheekstelsel van overgroot belang is. «De betrekking van alle vaste goederen tot de voldoening van schulden en verbintenissen wordt daardoor geregeld. Hetzelve omvat alzoo de meest gewichtige bepalingen van het recht van eigendom, verzekert de waarde der bezittingen, staat in nauw verband met de algemeene welvaart, met de omzetting van kapitalen, met den landbouw,

¹⁾ VOORDUIN t. a. p. IV. blz. 458.

²⁾ " " " " 464.

³⁾ " " " " 462.

⁴⁾ " " " " 463.

koophandel en volksvlucht: in één woord, geene plaats is er in het burgerlijk recht, die meer onmiddellijk in aanraking schijnt te zijn met de grootste belangen. Van de deugdelijke bepalingen hieromtrent genieten bijna alle klassen der maatschappij het voordeel» ¹⁾:

De verkeersbelangen werden dus niet opgeofferd ter wille van de minderjarigen, en zoo bleef dan ook de wet van 19 Mei 1829, Staatsblad n^o. 36, getrouw aan het aangenomen hypotheekstelsel. De bepalingen van onze artikelen 390—399 B. W. werden eerst in deze wet vastgesteld; in Titel XVI Boek I, zooals deze bij de wet van 28 Maart 1823, Staatsblad n^o. 11, werd afgekondigd, kwamen zij nog niet voor. Een ontwerp-wet van 23 October 1828, dat ook ten doel had overeenstemming te brengen tusschen de bepalingen op het stuk der voogdij en het hypotheecair stelsel had schipbreuk geleden en was in Februari 1829 verworpen. Beter was het lot van het ontwerp, dat bij Koninklijke Boodschap van 11 Maart 1829 werd ingediend; dit werd de genoemde wet van 19 Mei 1829, welke bij de wet van 16 Juni 1832, Staatsblad n^o. 39 gewijzigd werd ²⁾.

De bepalingen der voogdij-hypotheek waren dus in aansluiting met het hypotheekensysteem gemaakt. Kan men onzen wetgever daarom verwaarloozing van de belangen der minderjarigen verwijten? Geeft het afschaffen der legale verbanden daartoe reden? Geen oogenblik aarzel ik om die vraag ontkennend te beantwoorden. Op de eerste pagina's meen ik voldoende

¹⁾ Aldus de heer SLPKENS. Zie VOORDUIN IV, 452.

²⁾ Cf. VOORDUIN, III. blz 26 en 27.

aangetoond te hebben, dat het belang der minderjarigen ook ten onzent steeds zijne eischen heeft doen gelden. Wat deed de wetgever om daaraan gehoor te blijven geven bij 't veranderde hypotheekstelsel? Hij schreef in plaats van de «wettelijke hypotheek» de *wettelijke verplichting* voor den voogd *tot hypotheekstelling*. (art. 390) ¹⁾. Zóó kon hij, vasthoudende aan zijn aangenomen grondslag: «geen hypotheek zonder inschrijving», zijne zorg voor het welzijn der maatschappij met de niet geringere voor enkele hulpbehoevende leden der gemeenschap vereenigen, zonder dat de bepalingen betreffende het eerste door die voor het laatste in kracht verminderden.

Volkomen waar is het, en natuurlijk tevens, dat de eerder vastgestelde bepalingen van den Zestienden Titel van Boek I, hoewel zooveel mogelijk met de later bijgevoegde in overeenstemming gebracht, in de practijk dikwijls bleken niet zóó nauw aan deze aan te sluiten, als men bedoeld had, en dat leemten in de wetgeving dientenvolge ontstonden ²⁾, maar, waar dit ook het geval moge zijn, volgens mijne bescheiden meening bestaat er geen wanverhouding tusschen de oudere bepalingen en de artikelen 390 vlg., wanneer eenmaal de

¹⁾ Mr. DIEPHUIS, „Het Nederlandsch Burgerlijk Recht” deel V. blz. 461. Zie verder de conclusie van den advocaat-generaal Mr. A. TELDERS voerafgaande aan 't arrest van het Hof te 's Hage van 4 Febr. 1889, te vinden in het „Tijdschrift der Notarissen,” Deel VI. blz. 272.

²⁾ Zoo betoogt Mr. PH. W. SCHOLTEN in Themis, 3^e verzameling, deel IV, 1873. blz. 29—36, dat de artikelen 407, 182, 444 B. W. geen verband houden met de ook voor ouders in art. 390 neergelegde verplichting tot hypotheekstelling. Zijn betoog wordt echter systematisch bestreden door Prof. DIEPHUIS t. a. p. V, blz. 462, 463, aan wiens zijde ik mij het liefst zou scharen.

hypotheekstelling heeft plaats gehad. Het hoofddoel van den Zestienden Titel is dan volkomen bereikt, de minderjarige is voldoende beschermd. De eenmaal gestelde zekerheid is van niet mindere qualiteit dan een legaal verband ten behoeve van den minderjarige, ja, ik zoude zeggen, noch hechter. Immers het legale verband, drukkende op de goederen van den voogd, kon tijdens de voogdij verdwijnen, wanneer het goed aan een ander overging. Den verkrijger van het goed toch kenden de artikelen 2193 vlg. van den Code Civil het recht toe om, wanneer de hypotheek niet ingeschreven was, door zuivering alle verband van het goed te doen wegvallen. Men twistte er over, of de kooper in zulk een geval den voogd de koopsom mocht ter hand stellen, dan wel, of hij die som tot na afloop van het beheer van den voogd voor den pupil moest bewaren. Art. 2195 Code Civil scheen tot dien twijfel aanleiding te geven. Aangenomen, dat dit artikel grond geeft om tot het laatste te concludeeren, in dit gunstigste geval bleef den pupil in plaats van zijn zakelijk recht slechts eene persoonlijke vordering ten laste van den houder der kooppeningen over. Bij ons daarentegen stelt art. 1259 den minderjarige in een gunstiger positie. De kooper, die van zijn recht tot zuivering gebruik maakt, houdt ook (voorzoover de eventueele vordering van den minderjarige batig is gerangschikt), de kooppeningen onder zich tot na afloop der voogdij (art. 1260), maar de inschrijving blijft *ten laste van het verkochte perceel* gehandhaafd; de zakelijke zekerheid behoudt dus haar kracht ¹⁾.

¹⁾ Zie ASSER. „Vergelijking” § 631 en 675; „Recht en Wet.” Tijdschrift voor het Notarisambt. Deel XI. 1856. bl. 360.

De verandering van het hypotheccair systeem leide ons dus niet tot de conclusie, dat de belangen van de minderjarigen daardoor ten achter gesteld zijn. Ook voor deze had de wetgever zijn oogen niet gesloten, terwijl hij zijn blik meer dan vroeger op het belang van derden richtte. «De belangen der minderjarigen zijn met dit stelsel in geenen deele verwaarloosd, omdat de wet wel degelijk voor dezelveu zorgt, door den voogd de verplichting op te leggen, om een bijzonder verband op zijne bezittingen te moeten toestaan», zeide de heer SUIPKENS in zijne meergemelde redevoering ¹⁾; daarvoor had men het legale verband dus niet noodig, waarvan hij overigens «de waarlijk eerbiedwaardige en zedelijke drijfveeren eerbiedigde en huldigde» ²⁾.

Slechts op dezen grond zou men misschien het stelsel onzer wet kunnen afkeuren, dat de mogelijkheid van verzuim der hypotheekstelling niet is uitgesloten ³⁾. Het is hier echter de plaats niet om dit punt te bespreken; ik heb toch slechts met het geval te maken, dat er werkelijk hypotheek gesteld is.

Niettegenstaande de hierboven uiteengezette gewichtige bezwaren tegen het toelaten van ook slechts één uitzondering op het aangenomen hypotheccaire stelsel, hebben bij de behandeling der artikelen 390—399 in

¹⁾ VOORDUIN. IV. blz. 471.

²⁾ VOORDUIN. IV. blz. 467.

³⁾ Vele schrijvers die onze wet, wat betreft de voogdij-hypotheek, afkeuren, vinden hierin hun voornaamste motief.

Zoo o. a. Mr. KIST, t. a. p. blz. 58, 63, 75. Weekblad voor Notarisambt en Registratie. Jaargang 1878. n^o. 421. W. v. h. R. n^o. 363.

Ook het behoud der legale hypotheek werd om deze reden gewenscht. Zie Mr. v. D. BERG, „Het beheer van den voogd.” bl. 26.

1828 (ontwerp 23 Oct. 1828) verscheiden kamerleden er op aangedrongen om zoodanige uitzondering hier te maken m. a. w. om hier een legale hypotheek toe te laten. De redenen, die zij voor hun verlangen aanvoerden, kwamen alle neer op de bewering, dat de voogd door een speciale hypotheek op zijne goederen te vestigen te veel bezwaard werd, wat bij legale hypotheek minder het geval was ¹⁾. Hoewel de regeering antwoordde, dat de legale hypotheek den voogd zwaarder trof, daar deze alle goederen omvatte, hoe gering ook het belang der voogdij was ²⁾, werd dit ontwerp toch den 7^{den} Febr. 1829 verworpen, waarbij ook de eisch van sommige leden, om tegelijkertijd ook andere soorten van zekerheid toe te laten, zijn gewicht in de schaal legde ³⁾. Het daarop den 11^{den} Maart 1829 ingediende ontwerp, 19 Mei 1829 tot wet verheven, is echter getrouw gebleven aan het stelstel, dat ook in het vorige ontwerp was neergelegd; de discussiën bij de behandeling van het nieuwe ontwerp liepen grootendeels alleen over de manier om de hoegrootheid der te stellen zekerheid te bepalen, over het stelsel zelf spraken niet meer, wel een bewijs, dat de belangen der minderjarigen, vereenigd met die der gansche maatschappij, gewichtiger geacht werden dan een meer of minder drukkende last voor den voogd, om welke het stelsel geen verandering gedoogde.

Wanneer wij dus in het midden laten de mogelijk-

¹⁾ Zie VOORDUIN III, blz. 31 (n^o. V).

²⁾ " " " " 32 (n^o. IX), 34 (n^o. XI), 87 (nos. III en IV).

³⁾ " " " " 36—40.

heid van verzuim der hypotheekstelling en vooropstellen, dat aan die wettelijke verplichting is voldaan, dan moeten wij tot de conclusie komen, dat, waar onze wetgever niet minder met zorg voor de minderjarigen vervuld was, al werkte hij dat beginsel ook op andere (en wel betere) wijze uit dan de Fransche, in het algemeen bij ons stelsel, evenmin als bij wettelijke hypotheek, de gestelde zekerheid vóór den afloop van het beheer des voogds moet kunnen verdwijnen. Zóó is de geest der wet, dien wij nu hebben leeren kennen. Of de uitdrukkelijke wetsbepalingen recht geven om daarin, bij bekendheid met den grondslag der wet, eene afwijking van de tot nu toe ontwikkelde algemeene beginselen te lezen, zullen wij in de volgende bladzijden moeten onderzoeken.

«Alle voogden zijn verplicht, tot zekerheid van hun beheer, hypotheek te geven tot beloop eener aan het beheer der voogdij geëvenredigde geldsom», zoo luidt de eerste alinea van artikel 390 B. W. Haar in verband beschouwende met artikel 392 zien wij, dat de wetgever is blijven volharden bij zijne meening, geen zekerheid te moeten eischen van hen, die geen voor hypotheek vatbare goederen onder hun vermogen tellen. Hierboven ¹⁾ deelde ik één der redenen daarvan mede; thans kan ik daaraan nog toevoegen, dat de regeering in 1829 bovendien nog als grond opgaf, dat «zoodanige last op dit oogenblik niet bestaat en in vele provinciën oudtijds niet heeft bestaan» ²⁾. Achttē men dezen

¹⁾ Zie pag. 11.

²⁾ VOORDUIN, t. a. p. III blz. 33 (nº. X). v. D. BERG, t. a. p. blz. 47.

grond vereenigd met den vroeger genoemden voldoende om voogden, die geen onroerende goederen bezitten, niet tot het geven van andere zekerheid te verplichten, nog minder reden achtte men aanvankelijk aanwezig om hun, die wel zoodanige goederen hadden, de mogelijkheid te scheppen om ook zekerheid van andere soort te geven. Later, nadat slechts in enkele gevallen vervanging der gestelde hypotheek was toegestaan, opende de wetgever analogice de mogelijkheid om direct bij den aanvang der voogdij de zekerheid ook te doen bestaan in hypotheek op de goederen van een derden daarin toestemmenden persoon, of in inschrijvingen op het grootboek der nationale schuld, verbonden ten behoeve van den minderjarige ¹⁾. Herhaaldelijk en met aandrang hadden sommige leden der wetgevende macht gewild, dat men niet uitsluitend hypotheek eischte van den voogd; men drong aan op «gage d'effets publics», «caution réelle», «caution personnelle» ²⁾. Niets vermocht de regeering te bewegen om dit toe te staan; zij kon «zich nauwelijks de waarschijnlijkheid voorstellen, dat iemand bij voorkeur zijne effecten, die aan dagelijksche daling onderhevig zijn, zoude willen onvervreemdbaar maken», zij vond, dat «het stellen van reëlen borgtocht of pand insgelijks niet denkbaar is en als veel drukkender kan worden beschouwd dan een hypothecaire inschrijving», en verder, dat «een personeele borgtocht ten eenenmale met het belang van de minderjarigen

¹⁾ VOORDUIN, t. a. p. III blz. 53 en 54. (n°. I) juncto blz. 34 en 35 (n°. XII).

²⁾ " " " blz. 28 (n°. II), 31 (n°. V), 36 (n°. XIV), 38 en 39.

zoude strijden, vermits de gegoedheid van den borg aan wisselvalligheid is blootgesteld» ¹⁾).

De verplichting voor den voogd in artikel 390 al. 1 neergeschreven was dus evenzeer wel overwogen als gestreng. Meer kon en wilde de wetgever op de aangegeven gronden niet doen, hoe overtuigd hij ook was van de gewichtige zorgen, die hij moest aanwenden en waarin hij had te voorzien. Het was deze overtuiging benevens het zoo evengemelde aandringen om ook zekerheid te laten stellen door voogden, niet-bezitters van onroerende goederen, tengevolge waarvan art. 1195, 7^o in de wet is opgenomen. De minderjarige heeft daardoor voor zijne schuldvordering in elk geval, hetzij er hypotheek gesteld is of niet, een voorrecht op alle de roerende en onroerende goederen van zijn voogd ter zake van diens beheer, voorzover die vordering niet kan worden verhaald uit de hypotheek of andere zekerheid, gesteld naar aanleiding van Titel XVI Boek I. Zóó was dus ook gezorgd voor den minderjarige, wiens voogd geen hypotheek kon geven ²⁾. Hoe goed de bedoeling van den wetgever ook geweest moge zijn, toen hij deze bepaling neerschreef, ik geloof, dat de uitwerking ervan in den regel zeer gering zal zijn, want niet alleen is dit voorrecht het laatstgenoemde in art. 1195 en gaan daaraan mede nog vooraf de bevoorrechte vorderingen op zekere bepaalde goederen (art. 1185), maar ook zal bij noodzakelijkheid van uitoefening van dit privilege meestal blijken, wat de heer DIJCKMEESTER

¹⁾ VOORDUIN III, blz. 35.

²⁾ VOORDUIN III, blz. 34 (n^o. X), 35 (n^o. XII, 3^o).

in 1829 reeds daaromtrent zeide. Hij zag «in hetzelfde geen voldoende waarborg, zoo de inschrijvingen (op het grootboek der nationale schuld) en effecten (waarop het voorrecht rust) niet onvervreemdbaar zijn gemaakt, omdat privilegiën doorgaans eerst beginnen te werken, wanneer de boedels failliet of in *déconfiture* zijn, en dan de inschrijvingen, indien zij niet onvervreemdbaar zijn gemaakt, meestentijds reeds vervreemd zijn» ¹⁾.

Na deze kleine uitweiding keeren wij tot artikel 390 terug, en houden ons verder met het geval bezig, dat er voor hypotheek vatbare goederen zijn. In zulk een geval legt de wet aan *alle* voogden de verplichting op om hypotheek te geven. De wet luidt streng, geen voogd kan deze zijne verplichting ontkennen: alleen de regenten van gestichten, waarin minderjarigen zijn opgenomen, worden door art. 421 B. W. al. 2 van die verplichting ontheven, verder niemand, zelfs niet de ouderlijke voogden. Nagenoeg alle schrijvers ²⁾ zijn het hierover eens, en met reden. Immers art. 390 al. 1 spreekt zoo algemeen mogelijk en staat in de tweede afdeeling van Titel XVI, die over «de voogdij in het algemeen» handelt. Slechts enkelen hebben op grond van art. 832 al. 2 voor den ouderlijken voogd wel eens die verplichting niet aanwezig geacht ³⁾. Zij, die deze

¹⁾ VOORDUIN III, 38. Zoo ook DIEPHUIS (Systeem) V, blz. 461 en 462. Anders ASSER „Handleiding” I, blz. 394 eerste druk, blz. 414 en 415 tweede druk, II, blz. 278.

²⁾ Zie DIEPHUIS, t. a. p. V, blz. 462 en behalve de daar aangehaalde schrijvers nog LAND, t. a. p. deel I, blz. 366 en ASSER „Handleiding” I, blz. 394.

³⁾ Cf. Recht en Wet, Tijdschrift voor het Notarisambt, deel XIII, pag. 22 vlg en de bestrijding daarvan in R. en W. XIII, pag. 521 vlg.

meening toegedaan zijn, nemen aan, dat art. 832 al. 2 de kracht der bepaling van art. 390 al. 1 zou kunnen doen verminderen. Alsof eene uitzondering voor het mindere tevens eene zoude bevatten voor het meerdere! Men zal toch niet de verantwoordelijkheid der ouders wegens het wettelijk vruchtgenot van de goederen hunner kinderen en die, voortspruitende uit hun voogdijbeheer, als twee uitdrukkingen voor éénzelfde begrip willen beschouwen? Integendeel, vruchtgebruik en voogdijbeheer zijn twee geheel verschillende zaken, en zeer veilig kan men de zekerheidstelling voor het wettelijk vruchtgenot uitsluiten, waar toch de hypotheek voor 't voogdijbeheer mede geldt voor de schade, voortgesproten uit het verwaarloozen en verslimmeren van de aan 't vruchtgenot onderworpene goederen.

Overeenkomstig de imperatieve bepaling van het eerste lid van art. 390 kan ook aan niemand vrijstelling van hypotheekstelling verleend worden. Wie zou dat ook kunnen doen en hoe zou 't moeten geschieden? Den kantonrechter geeft de wet daartoe geen macht, evenmin den langstlevende der ouders, die van zijn recht om een voogd te benoemen gebruik maakt. Een bepaling als van art. 832 al. 1, waarin bepaald wordt, dat hij, die vruchtgebruik geeft, den vruchtgebruiker vrij kan stellen van de verplichting om persoonlijke of zakelijke, gerechtelijk goedgekeurde, zekerheid te geven, vinden wij hier niet gemaakt. Voor den vruchtgebruiker, wien in elk geval toch een voordeel wordt toegerekend, kan dat voordeel daardoor dus nog grooter gemaakt worden: den voogd — wien ongetwijfeld een zware last op de schouderen gelegd wordt, welken hij

daarenboven verplicht is te torsen, zoo niet een der redenen van verschooning voor hem geldt — kan men dien last niet eens verlichten door art. 390 al. 1 buiten werking te stellen. Een bepaling van die strekking, opgenomen in eene uiterste wilsbeschikking of een bijzonderlijk daartoe ingerichte authentieke akte, waarin een voogd wordt benoemd, zou alle kracht missen. Misschien zou men daardoor bewerken, dat de toeziende voogd zijne verplichting omtrent de hypotheekstelling (art. 390 al. 4 en 428) minder nauwgezet waarnam, op eigen verantwoordelijkheid, maar zeker is het, dat de geest der wet hierdoor op ergerlijke wijze miskend, en een dergelijke bepaling voor den rechter als ongeschreven zou zijn ¹⁾.

Elke gedachte is buitengesloten en het zou zelfs immoreel zijn te veronderstellen, dat ooit een vader of eene moeder eene ontheffing van de verplichting tot hypotheekstelling zou nederschrijven met de bedoeling om zijn of haar kind te benadeelen; voor dergelijke bepaling zal natuurlijk het motief zijn de groote betrouwbaarheid en opofferende geest van den als voogd aangestelden persoon. Maar wie kan er zich op beroemen, vooruit te kunnen zien, dat niet na verloop van tijd de goede eigenschappen van den vertrouwden persoon voor evenveel kwade plaats zullen maken, die de verspilling van het vermogen des verzorgden als gevolg na zich zullen slepen?

Wie zou de ouders van hunne verplichting kunnen ontslaan? En 't mag zeker van hen wel allereerst aan-

¹⁾ Zie Weekblad voor Notarisambt en Registratie 1873 N°. 207.

genomen worden, dat zij het belang van hun kind willen en zoeken. Toch ziet men het meermalen geschieden, dat zelfs de vader of moeder, hetzij door ongeluk, hetzij door speculatiezucht er toe gebracht, met het vermogen hunner kinderen de eenmaal gevluchte fortuin trachten te doen wederkeeren, zonder iets anders te bereiken, dan dat ook dit vermogen in den afgrond wegzinkt.

Voor dit alles heeft de wetgever met zijne vaderlijke zorgen willen waken: daarom schreef hij de strenge verplichting van artikel 390 al. 1 neder, een zóó strenge, dat wanneer een gestelde hypotheek door de een of andere oorzaak verdwijnt en tenietgaat, de voogd zich terstond gehouden ziet opnieuw zekerheid te geven.

Consequent en volkomen in overeenstemming met het ernstige voorschrift van het eerste, bepaalt het tweede lid van art. 390, dat de kantonrechter onverwijld, na verhoor van den voogd etc. de hoegrootheid der som zal bepalen, tot welker beloop zekerheid zal gegeven moeten worden. «Onverwijld» d. w. z. terstond na de aanvaarding der voogdij en de benoeming van den toezienenden voogd (want ook diens verhoor schrijft het artikel voor). ¹⁾

Bij elke hypotheek moet het bedrag, tot hetwelk zij verleend is, bepaald en in de akte uitgedrukt zijn (art. 1221). De bepaling van dat bedrag nu heeft de wet aan den kantonrechter opgedragen, en wel met het bevel er onverwijld werk van te maken, opdat de onbepaaldheid van de hypotheeksom niet in den weg zou

¹⁾ Cf. Mr. v. D. BERG, t. a. p. blz. 32 vlg. Mr. KIST, „De Kantonrechter” blz. 62 en 63.

staan aan het zoo spoedig mogelijk hypotheek stellen, wat van zeer groot belang is met het oog op den dag van inschrijving der hypotheek.

Velen ¹⁾ beweren, dat het woordje «onverwijd» niet meer zou beteekenen dan «spoedig, zoo spoedig mogelijk», d. w. z. dat de kantonrechter, zoo gauw als hij eenigszins op de hoogte is van de bezittingen van den minderjarige, de som der hypotheek moet bepalen. Zoolang hij denkt nog niet voldoende de hoegrootheid der hypotheek te kunnen nagaan, zou hij dus niet verplicht zijn die som te ramen. Ten sterkste staat aan deze opvatting in den weg art. 396, waarin men, op grond van de daar neergeschreven mogelijkheid om reeds bij de akte van benoeming of eedsaflegging hypotheek te stellen, moet lezen eene nadere verklaring van de beteekenis, door den wetgever gehecht aan «onverwijd» in art. 390 al. 2. ²⁾ Nog nadere verklaring vindt men in de reden, om welke dat woord in art. 390 is gevoegd. In 1832 nl. stelde men bij de beraadslagingen voor om ter verzekering van het belang van den minderjarige voorloopige inschrijving te nemen op alle vaste goederen van den voogd, welk verband van rechtswege zou vervallen, en moest geroyeerd worden, zoodra de zekerheid is gesteld. Het aangenomen hypotheekstelsel wilde men ook door deze uitzondering ³⁾ niet verbreken; om echter zooveel mogelijk een dergelijke uitkomst te verkrijgen, plaatste men toen het

¹⁾ Zie o. a. Mr. DIEPHUIS II (oude werk), § 654. (Systeem) V, blz. 465. Rechtsgeleerd Bijblad, deel II (1840), pag. 84.

²⁾ Mr. DIEPHUIS V, pag. 473.

³⁾ Zie hierboven blz. 19 en 23.

woord «onverwijld» in het artikel ¹⁾. Men zal nu wel bij de door mij gehuldigde opvatting, veel eer dan bij de andere eene onnauwkeurige en onzekere raming der verantwoordelijkheid van den voogd zien voorkomen, maar dit bezwaar weegt veel lichter dan dat der latere hypotheekinschrijving, daar toch in het eerste geval de voogd, aangespoord om door inventarisatie van de onjuistheid der raming te doen blijken, de foutieve schatting kan herstellen door tijdig gebruik te maken van het recht van hooger beroep, in artikel 393 toegestaan, terwijl de minderjarige minder kans loopt door hypothecaire inschrijvingen van vroegeren datum op dezelfde goederen van den voogd zich met mindere zekerheid tevreden te moeten stellen.

Om de voldoening der wettelijke verplichting van art. 390 al. 1 des te zekerder te doen zijn, nemen bijna alle schrijvers aan, dat de kantonrechter verplicht is om ook ambtshalve de som der hypotheek volgens alinea 2 te bepalen. De woorden dezer alinea laten weinig twijfel daaromtrent over. «Tot dat einde zal de kantonrechter» enz. (zooals men in al. 2 van art. 390 leest) drukt de ambtshalve bevoegdheid van den kantonrechter te dezen opzichte duidelijk uit ²⁾.

Een termijn, binnen welken de zekerheid zelf moet

¹⁾ VOORDUIN III, blz. 43 en 44 (nos. XXII en XXIII).

²⁾ Cf. v. d. BERG, blz. 37—39, die een duidelijke aanwijzing van des wetgevers gedachtengang geeft. DIEPHUIS V, blz. 465 en behalve de daar ter plaatse in noot 4 aangehaalde schrijvers ook KIST, t. a. p. blz. 62. LAND, I, blz. 367.

gesteld en ingeschreven zijn, zooals het Indische Wetboek ¹⁾ er een stelt, zoekt men tevergeefs in onze wet. De wetgever dacht door de genoemde voorzorgsmaatregelen voldoende aan de eischen van het belang der minderjarigen tegemoet te komen. Het kan dus korter of langer duren, voordat de zekerheid tot stand komt, maar bestaat zij eenmaal, dan moet zij in het algemeen niet ophouden, vóórdat het tijdstip is aangebroken, waarop zij ophoudt noodig te zijn, of is uitgeoefend.

Als bevestiging van dien regel lezen wij artikel 398 in de wet. Artikel 390 eischt zekerheid voor het beheer der voogden. Wat is nu natuurlijker en consequenter dan dat art. 398, overeenkomstig den algemeenen regel bepaalt: «De waarborg houdt op, en de hypothecaire inschrijvingen of verbanden op het grootboek zullen, ten koste van den minderjarige, worden doorgehaald of opgeheven, zoodra het beheer van den voogd geëindigd en, door het afleggen der rekening, de overgifte der bescheiden en de betaling der slotsom, de verantwoordelijkheid is opgehouden». ²⁾ Dit en geen andere is de eenvoudige strekking van het artikel.

Gedrongen komt mij eene andere, door sommigen verdedigde, uitlegging voor, nl.: het artikel zou «meer geschreven (zijn) in het belang van den voogd, om den minderjarige tot doorhaling te kunnen noodzaken, zoodra zijn beheer en zijne verantwoordelijkheid is opgehouden, en bevat meer een eenvoudig verhaal van den gewonen

¹⁾ Art. 335 van het B. W. voor Nederlandsch-Indië.

²⁾ Cf. Weekbl. voor Notarisambt en Registratie. 1878. n°. 424.

loop van zaken» ¹⁾. Waartoe zou zulk eene bepaling dienen? Zou de voogd, die van zijne verdere verantwoordelijkheid jegens den pupil is ontheven, de hulp van zulk een bepaling behoeven om hem doorhaling van de hypotheek te laten verkrijgen? Immers neen, zonder dat zal de voogd, wien de behartiging zijner eigen belangen best toevertrouwd is, wel weten, welken weg hij moet inslaan om zijne goederen weer van elk verband bevrijd te krijgen. Dan eerst zou men terecht de bepaling van art. 398 overbodig noemen, wat bij de eerste opvatting ook wel geschied is, doch naar mijne bescheiden meening niet geheel terecht. 't Is waar, dat bij ontbreken van het artikel het gezond verstand evenzeer tot de conclusie zou moeten komen, dat de zekerheid niet vóór het einde van het beheer kan vervallen, als de wet niet uitdrukkelijk het tegendeel zegt ²⁾, maar geheel overbodig mag men evenwel het artikel niet noemen ³⁾. «Als ware het om de volledigheid van een systeem te doen» ⁴⁾ heeft men art. 398 in de wet geplaatst, een systeem, dat, mogen er al uitzonderingen zijn toegelaten, buiten deze, vooral daar 't minderjarigen geldt, streng moet vastgehouden worden.

Ook artikel 399 komt mij voor een argument te bevatten voor de juistheid der bewering, dat doorhaling van voogdij-hypotheek vóór den afloop van het beheer

¹⁾ Aldus de heer SCHAEPMAN in „Recht en Wet”, deel XI, pag. 361. Zie ook LAND I, pag. 369, noot 3.

²⁾ Recht en Wet. XI, blz. 360.

³⁾ ASSER en VAN HEUSDE „Handleiding” deel I, blz. 397 (eerste druk), doen dit.

⁴⁾ Woorden van Prof. OPZOOMER t. a. p. deel II, pag. 355.

niet toegelaten is, behalve in enkele uitdrukkelijk uitgezonderde gevallen, genoemd in de tweede afdeeling van Tit. XVI van het eerste boek, over welke hierachter.

Artikel 399 laat het salaris van den hypotheekbewaarder voor doorhalingen, uit kracht dezer afdeeling plaats hebbende, ten laste komen van den minderjarige.

Meent men nu in deze afdeeling ook te kunnen lezen, dat buiten de opzettelijk aangeduide gevallen binnenstijds de gestelde zekerheid kan vervallen, dan zal men, ook als de royeering der hypotheek eenig en alleen ten nadeele van den pupil strekt en zijn belang daardoor geheel verwaarloosd wordt, op art. 399 een beroep kunnen doen om den pupil de kosten, aan de doorhaling verbonden, te doen dragen.

Tot deze ongerijmde conclusie moet men komen, als men niet in de artikelen 390—399 een duidelijke aanwijzing ziet van het systeem der wet ¹⁾, dat op zichzelf beschouwd zoo natuurlijk mogelijk is, en evenzeer zou gelden, wanneer de wet ook andere zekerheid voor den minderjarige had toegelaten. Welk soort zekerheid men stelle voor de waarborging van eenige rechtsbetrekking, in beginsel zal die waarborg tot het ophouden dier rechtsbetrekking moeten voortduren ²⁾.

Het zal zeer veel voorkomen, dat, wanneer het beheer van den voogd eenigen tijd heeft voortgeduurd, het verband op zijne goederen hem drukkend wordt en hem in de vrijheid van handelen bij zijne ondernemingen

¹⁾ Tijdschrift der Notarissen, deel VI, bl. 272 en 273.

²⁾ Zie by. VOORDUIN, t. a. p. III, blz. 31 (n°. VI), wat betreft verband van inschrijvingen op het Grootboek der Nationale Schuld.

belemmert. Het is duidelijk, dat dergelijke overwegingen geen verdwijnen der voogdij-hypotheek toelaten. Zulke lasten zijn nu eenmaal aan de voogdij verbonden, daaraan is niets te doen. De geschiedenis, veelal zoo geschikt om tot wegneming van dwalingen te leiden, levert ook hier weer de noodige stof daarvoor. Bij de samenstelling der wet nl. zijn bezwaren geopperd tegen het thans aangenomen en neergeschreven stelsel op grond van het onaangename voor den voogd om zijne goederen gedurende een langer of korter tijdsverloop verbonden te zien. De tweede afdeeling der Tweede Kamer voerde tegen het ontwerp van 1828 aan, dat «tous ses (d. i. des voogds) biens immeubles pourront spécialement être hypothéqués et rendus inaliénables, sans pouvoir en être dégrévés pendant le temps, que dure l'action de la tutelle ¹⁾. Voor den heer DONKER CURTIUS bestond bij de openbare beraadslagingen over hetzelfde ontwerp in 1829 een bezwaar o. a. in het volgende: «het vaste verband, waaraan de goederen van den voogd gedurende een geruim tijdsverloop konden onderworpen zijn, en waardoor dezelve voor hem onvervreemdbaar worden» ²⁾. Deze bezwaren hebben de regeering toch niet kunnen bewegen bij een volgend ontwerp een ander stelsel in de wet neer te schrijven, waarin men den voogd meer ter wille was. Wel waren opmerkingen, als de aangehaalde, de oorzaak van enkele uitzonderingen op het stelsel, die men alsnog aannam, maar de vanzelfsprekende hoofdregel: «zekerheid tot na

¹⁾ VOORDUIN, deel III, pag. 28 (n^o. II).

²⁾ Idem, pag. 36 (n^o. XV).

afloop van het beheer» bleef verder volkomen gehandhaafd. Door anders te handelen zou de wetgever de mogelijkheid gelaten hebben van iets, dat hij elders verbiedt; hij zou nl. in de hand hebben gewerkt aan bepalingen, die op de openbare orde betrekking hebben (waaronder ongetwijfeld de bepalingen betreffende de voogdij-hypothek vallen) hare kracht te ontnemen (art. 14 Alg. Bep.).

Thans zullen wij de reeds even aangeduide uitzonderingen op den algemeenen regel van naderbij gaan beschouwen. Volledigheidshalve zij eerst terloops art. 394 al. 1 vermeld, hoewel niet bepaald een uitzondering bevattende op den regel, dat de zekerheid tot het einde van het beheer moet blijven bestaan, maar meer eene uitzondering op den regel in art. 1222 B. W. neergelegd. In het laatstgenoemde artikel vinden wij bepaald, dat de schuldeischer geen vergrooting der hypothek kan vorderen, behalve wanneer de wet of de overeenkomst het tegendeel bepalen. Art. 394 al. 1 nu bevat een zoodanig geval door te bepalen, dat, wanneer gedurende de voogdij de gegoedheid van den minderjarige merklijk toeneemt, de kantonrechter eene vergrooting der hypothek zal bevelen met eene door hem te bepalen som, na verhoor van de personen, in artikel 390 vermeld. De wetgever blijft dus bij vermeerdering van de bezittingen der minderjarigen getrouw aan zijn stelregel, dat de voogdij-hypothek evenredig moet zijn aan het belang van het beheer (art. 390 al. 1). En 't doet voor hem niets ter zake, welke van die vermeerdering der bezittingen de oorzaak is. Of de minderjarige verrijkt is, doordat de voogd zijne belangen zoo goed behartigde, dan wel of die uitbreiding het gevolg is van om-

standigheden, buiten het toedoen van den voogd gelegen, bv. erfstelling, legaat, schenking, dit alles is den wetgever onverschillig. Hij let niet op de omstandigheid, dat de voogd, wetende, dat wanneer hij met succes iets doet tot vermeerdering van het vermogen van den minderjarige, voor hem eene verhoogde hypotheekstelling noodzakelijk wordt, om die reden wellicht zijne pogingen tot uitbreiding van dat vermogen achterwege zal laten. Het was den wetgever voldoende, dat het feit der vermeerdering bestaat, om welke reden dan ook, en hij had geen gehoor voor de bezwaren der kamerleden, die bevreesd waren, dat de voogd zijne goede pogingen achterwege zoude laten, als die op grooter last voor hemzelf uitliepen.¹⁾

Houdt men hierbij nog in het oog de bepaling van art. 9 der wet van 26 Mei 1841 (staatsblad n^o. 14)²⁾, dat de kantonrechter, zoodra de voogd in gebreke is de geconsigneerde en tijdelijk aan hem weer ter hand gestelde effecten binnen den bepaalden tijd aan de consignatiekas terug te bezorgen, vergrooting der hypotheek zal kunnen bevelen (immers deze effecten zijn bij de bepaling van de hypotheeksom niet medegerekend, art. 391), dan ziet men ook hier weer duidelijk, welk gewicht de wetgever aan de hypotheek ten behoeve van den minderjarige hecht, en hoe hij zijne zorg tot in de uiterste bijzonderheden heeft willen uitwerken. Alle twijfel, die er nog aangaande den geest der wet overig mocht gebleven zijn, zal hiermede voor goed geweken zijn.

¹⁾ Cf. VOORDUIN III, blz. 51.

²⁾ Wet houdende nadere bepalingen nopens de consignatie van effecten aan toonder, welke aan minderjarigen of aan onder curatele gestelde personen toebehooren.

Het voorschrift van art. 394 al. 1 geldt voorts gelijk art. 390 al. 1 voor *elken* voogd. Ouderlijke voogden mogen zich dus niet in gunstiger bepalingen verheugen dan testamentaire en datieve, niettegenstaande de vermeerdering van de bezittingen hunner minderjarige kinderen hoogst zelden blijken zal, daar den toezienden voogd het recht ontbreekt om eene summiere rekening en verantwoording te vorderen ¹⁾. De toeziende voogd zal toch meestal wel de aangewezen persoon zijn, die den kantonrechter op de hoogte zal moeten stellen!

Gelijk bij den aanvang der voogdij de bepaling van de som, tot welker beloop hypotheek gegeven zal moeten worden, door den kantonrechter ambtshalve kan geschieden, zal ook de som, met welke de hypotheek vermeerderd moet worden door dezen zelfden ambtenaar *ambtshalve* bepaald kunnen worden. Hij behoeft daarmee niet te wachten, totdat de voogd (die zoo iets niet licht doen zal) of de toeziende voogd zich met dergelijk verzoek tot hem wenden. De woorden van al. 1 art. 394 pleiten sterk voor deze bewering; weinig schrijvers betwijfelen dit dan ook. ²⁾

De bepaling van artikel 394 al. 2 bevat de eerste werkelijke uitzondering. Alvorens deze van naderbij te bezien, dient opgemerkt te worden, dat in het oorspronkelijke ontwerp, zooals het in 1828 werd ingediend, deze tweede alinea geheel gemist werd, een nieuw bewijs alzoo, dat men van de meening, volgens welke aan een voogdij-hypotheek niet mocht getornd worden,

¹⁾ Zie Mr. SCHOLTEN in Themis. 1873. blz. 33 en 34.

²⁾ Anders Mr. VAN NOOTEN, t. a. p. blz. 29.

zoolang de voogd het beheer voerde, volkomen door-
 drongen was. Toch vond de wetgever bij nader inzien,
 getuige de latere toevoeging dezer alinea, het niet noodig
 om de hypotheek slechts voor vermeerdering, nooit
 voor vermindering vatbaar te doen zijn. 't Was niet
 noodig bij verminderde aansprakelijkheid den voogd met
 eene aan zijne verantwoordelijkheid niet meer evenredige
 hypotheek te blijven bezwaren, maar alleen dan was dat
 niet noodig, wanneer die verminderde aansprakelijkheid
 een gevolg was van oorzaken van den voogd onafhan-
 kelijk. Men moest niet «*placer le tuteur entre son
 devoir et l'intérêt qu'il pourrait trouver dans la réduction
 des hypothèques, qu'il a données*», en daarom for-
 muleerde men de nieuwe alinea van art. 394 aldus:
 «De voogd zal vermindering van de hypotheek mogen
 vragen, indien *buiten zijne schuld*, gedurende zijn be-
 heer, de gegoedheid van den minderjarige eene aan-
 merkelijke vermindering heeft ondergaan» ¹⁾.

Het karakter van uitzondering, dat deze bepaling
 draagt, en nog wel eene in hooge mate beperkte, dwingt
 tot eene enge uitlegging daarvan. Dit neemt de moge-
 lijkheid tot analogische toepassing ervan, met het doel
 om ook in andere gevallen eene vermindering der hypo-
 theek te verkrijgen, weg.

Tot juiste verklaring en toepassing van de bepaling
 zelve zal echter analogische aanwending van andere
 wetbepalingen zeer wel geoorloofd zijn. Ik heb hier
 het oog op de algemeen aangenomen opinie ²⁾, die bij

¹⁾ Zie VOORDUIN III, blz. 52 en 53.

²⁾ Cf. bv. DIEPHUIS, (Systeem) V, 476. OPZOOMER, t. a. p. II, 354.
 KIST, pag. 72, v. NOOTEN, pag. 29, LAND I, 369—370.

toepassing van art. 394 al. 2 een verhoor der personen, in art. 390 vermeld, noodzakelijk acht, min of meer analogice afgeleid uit al. 1 van art. 394. Dezelfde ratio legis als in art. 390 en 394 al. 1 is hier voor dergelijk verhoor aanwezig.

Wanneer er termen tot vermindering der hypotheek aanwezig zijn, zal de voogd zich met een verzoek van die strekking tot den kantonrechter moeten wenden. Alleen wanneer hij het vraagt, zal de kantonrechter de vermindering kunnen toestaan, voor ambtshalve beslissing van den kantonrechter, zooals bij vaststelling of vermeerdering der hypotheeksom is hier geen reden, de voogd moet voor zijn eigen belangen waken, en dat zal hij zeker doen; doet hij het niet, welnu 't is zijn eigen schuld, als hij met grooter last, dan noodig is, bezwaard blijft: de minderjarige kan daarbij in geen geval schade lijden. Onjuist (het zij met bescheidenheid gezegd) komt mij de meening voor, die door Prof. LAND ¹⁾ verkondigd wordt. Deze schrijver neemt aan, dat art. 394b slechts geldt voor het geval, dat de toeziende voogd weigert tot vermindering der hypotheek mede te werken. Z.Hgel. is van gevoelen, dat wanneer de toeziende voogd, die immers met de zorg voor de hypotheekstelling is belast, bereid is zijne medewerking tot de vermindering te verleenen, de kantonrechter er met het volste recht buitengehouden kan worden en daarin niet behoeft gekend te worden. Onjuist vind ik die meening, omdat de vermindering der hypotheek samengaat met eene schatting van de som, die voortaan

¹⁾ Zie LAND, t. a. p. I, blz. 369. noot 3.

het bedrag der hypotheek zal moeten beloozen. Dergelijke schatting is het werk van den kantonrechter: hij zal met voorlichting van de in art. 390 genoemde personen de hypotheeksom moeten ramen. Die taak is hem in art. 390 al. 2 opgedragen voor de vaststelling der hypotheeksom bij den aanvang der voogdij, en in art. 394 voor vermeerdering en vermindering: het eerste en tweede lid van artikel 394 vormen zoozeer een samenhangend geheel, dat het niet uitdrukkelijk noemen van den kantonrechter in alinea 2 geen grond kan geven om diens noodzakelijke bemoeiing te ontkennen. Eerst wanneer de hoegrootheid der verminderde hypotheeksom vaststaat, is de toeziende voogd met de verdere zorg belast; vóór dien tijd hem eenige beslissing toe te kennen is in strijd met de wet.

Het schijnt, dat Prof. LAND's opvatting van art. 394b samenhangt met zijne verklaring van art. 398, eerder besproken ¹⁾, hoewel ik mij de opvatting van Z.Hgel. des te minder kan verklaren, als ik in het genoemde werk in geval van art. 394b de toepasselijkheid van art. 390, wat het verhoor betreft, op dezelfde bladzijde zie uitgesproken, als waarop hij des kantonrechters inmenging in dat geval ontkent. Kent men toch den toezienden voogd de bevoegdheid toe rauwelijks de vermindering te beoordeelen, dan komt bij weigering van dezen de inmenging van den kantonrechter met verhoor als van art. 390 al. 2 niet meer te pas. De voogd zal dan den weg van art. 1241 B. W. moeten inslaan om de door hem gegeven hypotheek verminderd te zien.

¹⁾ Zie bladzijde 35 van dit proefschrift.

De woorden van art. 394 al. 2 moeten zeer eng opgevat worden, gelijk reeds in het voorbijgaan werd opgemerkt. Zij laten alleen een aanvraag om vermindering der hypotheek met goeden uitslag bekroond worden, wanneer de voogd kan aantonen, dat de gegoedheid van den minderjarige buiten zijne schuld verminderd is. Vermindering van den omvang der verantwoordelijkheid voor het beheer, zonder dat het vermogen kleiner is geworden, kan hieronder niet gebracht worden. Wanneer bijv. de voogd, met machtiging volgens art. 451 B. W., effecten van den minderjarige in onroerende goederen heeft omgezet, dan kan hij, hoewel zijne verantwoordelijkheid zeker minder is geworden, dientengevolge toch geen vermindering van hypotheek deelachtig worden. ¹⁾ A fortiori zal de kantonrechter hem dit nog veel minder kunnen toestaan, wanneer hij de penningen van zonder machtiging verkochte effecten in landerijen of huizen heeft belegd. Zijne met de wet strijdige handeling geeft dan op zichzelf beschouwd al reden te over

¹⁾ De tegenovergestelde meening werd gehuldigd in de beschikking van de arr. rb te Brielle van 1 Oct. 1869 (W. v. h. R. 3154). De rechtbank stond aan een voogdes op haar verzoek — nadat de bij art. 451 B. W. geboden verhooren hadden plaats gehad — toe het geringe vermogen harer minderjarige kinderen voor hunne opvoeding te besteden, en beval als gevolg daarvan royement van de door haar gestelde zekerheid. Juister was m. i. de conclusie van den off. v Just. Mr. H. A. 't HOORT. Hij zeide o. a. „dat nergens in de wet aan de Rechtbank (thans kantonrechter) de bevoegdheid wordt toegekend om vergunning te verleen tot het royeeren eener door voogd of voogdes qua talis, gestelde hypotheek, terwijl *alleen* volgens art. 394 al. 2 B. W. *in het daár bedoelde geval*, vermindering dier hypotheek kan worden toegestaan door den kantonrechter.”

Zie Weekbl. voor Not. en Reg. 1888 n°. 956, blz. 187.

om de hypotheek in hooge mate noodig te achten, als tegenwicht voor meerdere onwettige handelingen, hoewel misschien juist in het belang van den minderjarige verricht. Art. 394*b* stelt echter uitdrukkelijk als vereischte vermindering der «gegoedheid» van den pupil. Alleen in dat geval acht de wet vermindering van de eens gestelde hypotheek toelaatbaar. ¹⁾

Ook kan men op dit artikel geen beroep doen om alsnog de vermindering te verkrijgen van een hypotheek, welker som door den kantonrechter te hoog bepaald is, als men den tijd heeft laten verloopen, dat men met succes volgens art. 393 daartegen in hooger beroep kon komen. Elk middel ontbreekt nu om die fout te herstellen, de feitelijk te hooge hypotheek zal den minderjarige niet schaden en moet blijven bestaan. ²⁾

De wetgever schijnt niet gedacht te hebben aan de mogelijkheid, dat buiten schuld van den voogd het geheele vermogen van den minderjarige verloren gaat. Wanneer in zulk een geval in het geheel geen verantwoordelijkheid voor den voogd overblijft, zou de kantonrechter geheel verdwijnen der voogdij-hypotheek kunnen toestaan, maar ook alleen in dat geval zal geheel verdwijnen der voogdij-hypotheek onder den naam «vermindering» kunnen doorgaan. Andere conclusies mag men uit art. 394 al. 2 niet trekken. Verkeerd zou het zijn — wanneer in enkele omstandigheden

¹⁾ Vergelijk OPZOOMER, t. a. p. II, blz. 354 in noot 1. ASSER, *Handl.* I, pag. 397.

²⁾ Cfr. DIEPHUIS V. blz. 476; oude werk II, n^o. 664; v. D. BERG, blz. 34. Anders LAND I, 370 en *Rechtsgeleerd Bijblad* II, p. 84.

de voogd zijne goederen gaarne bevrijd zou zien van het hypothecair verband, en dat zonder vrees voor direct nadeel voor den minderjarige zou schijnen te kunnen geschieden — in zulk een geval uit art. 394b af te leiden, dat de voogd zich te dien einde tot den kantonrechter kan wenden. Die bevoegdheid mist de kantonrechter ten eenenmale, hij heeft niet over de voogdij-hypothek te beschikken, en mag buiten het in art. 394 al. 2 met name genoemde geval niet beoordeelen, of het beheer van den voogd aanleiding geeft om zonder schade voor den minderjarige den waarborg te laten vervallen. Dit zou een aan den kantonrechter analogice toegekende bevoegdheid zijn, die geheel in strijd is met het door de wet gehuldigde beginsel der voogdij-hypothek. Ten onrechte dus m. i. wordt die bevoegdheid ondersteld in de overwegingen van een vonnis der rechtbank te 's Hage¹⁾, waarin de volgende woorden voorkomen: «.....dat, indien in eenig bijzonder geval²⁾ daartoe (d. i. tot het doen verdwijnen der voogdij-hypothek gedurende het beheer) termen mochten zijn, daarvoor, naar analogie van art. 394 al. 2 B. W. ongetwijfeld de machtiging van den kantonrechter zou worden vereischt». Aannemelijker komt mij de meening voor van den Advocaat-Generaal bij den Hoogen Raad Mr. VAN MAANEN, uitgesproken in zijne conclusie, voorafgaande aan het arrest van den Hoogen

1) Vonnis van 2 Maart 1888. — P. v. J. 1888, n^o. 41. W. v. h. R. 5540, nl. de 12de overweging in rechte.

2) De rechtbank heeft hier blijkbaar ook andere gevallen op het oog dan dat, waarin de pupil al zijn goed verloren heeft. Men leze voorts de 2de overweging in rechte van hetzelfde vonnis.

Raad van 22 Nov. 1889 ¹⁾ «dat, waar deze (t. w. de machtiging van den kantonrechter) gevraagd werd, de kantonrechter zonder wetschennis zich onbevoegd zou kunnen verklaren, omdat men er alleen bij analogie toe kan komen, hem die bevoegdheid toe te kennen, zoo het geval van art 397 B. W. zich voordoet».

De tweede werkelijke uitzondering op het beginsel, dat de voogdij-hypotheek tot het einde van het beheer moet blijven bestaan, vinden wij in art. 397 B. W. Wij zien daar den voogd het vermogen toegekend «om de hypotheek welke hij reeds zal hebben gesteld te vervangen, hetzij door het stellen van hypotheek op de goederen van eenen derden daarin toestemmenden persoon, hetzij door middel van, ten behoeve van den minderjarige, verbonden inschrijvingen op het Grootboek der nationale schuld, berekend naar den koers van den dag». Het gevolg van het gebruik maken van dit voorrecht zal zijn, dat de eerstgestelde hypotheek vervalt, terwijl het beheer nog niet afgelopen is. Maar daarin ligt nu geen gevaar; de nieuwe zekerheid maakt de oude overbodig. De minderjarige loopt dus geen gevaar den goeden waarborg tegen verontachtzaming zijner belangen te verliezen, want de aard der in de plaats gestelde zekerheid is een zoodanige, dat een achteruitgang van het vermogen van den voogd, zijne eventuele insolventie, niets te vreezen geeft. De voogd echter ziet zijnen last zooveel mogelijk verlicht, hij wordt nu niet belemmerd in het vervreemden zijner

¹⁾ Zie Paleis van Justitie. 1889, n^o. 143. W. v. h. R. 5794.
Dezelfde meening schijnt mij toe ook afgeleid te mogen worden uit 't Tijdschr. der Notarissen. VI, pag. 113.

goederen of het bezwaren daarvan met een andere hypotheek, wanneer hij hierin voordeel voor zichzelf meent te zien. ¹⁾

Toch wilde de regeering aanvankelijk niets van zoodanige verandering hooren. Eerst in het ontwerp van Maart 1829 kwam deze bepaling voor ter voldoening aan vroeger in de afdeelingen der Tweede Kamer gemaakte aanmerkingen. ²⁾ En gelukkig was de toevoeging dezer bepaling, want het zou een te streng vasthouden geweest zijn aan den eisch van hypotheek op de goederen van den voogd ten behoeve der minderjarigen, als men dit artikel niet gemaakt had: de belangen van geen der partijen zouden met het ontbreken gebaat zijn geweest; door het bestaan heeft de eene voordeel, de andere geen nadeel.

De bepaling van art. 397 is dus exceptioneel ³⁾, en schijnt mij toe niet al te dikwijls toegepast te moeten worden, want telkens komen de daaruit voortvloeiende kosten ten laste van den minderjarige. Immers art. 399 geeft voor dit geval geen afwijkende bepaling, en moet dus ook hier zijne toepassing vinden. Hij, die in de vervanging moet toestemmen, dient dit wel in het oog te houden, gewis zou anders deze onschuldige bepaling toch nog nadeel voor den minderjarige gaan opleveren. Wil echter de voogd die kosten op zich nemen, dan

¹⁾ Cf. ASSER, „Vergelijking” § 249; VAN NOOTEN, t. a. p. pag. 32.

²⁾ VOORDUIN III, blz. 53 vlg.

³⁾ Daarom moet men voorzichtig zijn met het trekken van conclusies daaruit. In het Tweede Hoofdstuk zullen wij zien, welke conclusie men hieruit heeft getrokken.

is er geen bezwaar voor veelvuldige vervanging der zekerheid. ¹⁾

Wie beoordeelt de vraag, of de vervanging kan worden toegestaan, en heeft casu quo de toestemming te geven? De eenige daartoe bevoegde persoon is de toeziende voogd. Uitdrukkelijk wijst art. 397 dezen niet aan, toch ligt deze uitspraak voor de hand. De toeziende voogd toch is in art. 390 al. 4 en 428 B. W. belast met de zorg voor de hypotheekstelling en inschrijving der hypotheek. Nadat de kantonrechter de som der hypotheek heeft bepaald, is hem de verdere zorg opgedragen. Bij vervanging der hypotheek is geen nadere bepaling der som noodig, de werkzaamheid van den kantonrechter wordt dus niet vereischt, en de toeziende voogd is derhalve de persoon, tot wien de voogd zich direct moet wenden en die de genoegzaamheid der in de plaats tredende zekerheid moet beoordeelen, evenals bij de aanvankelijke hypotheekstelling. Bij twist over de waarde der nieuwe zekerheid en daaruit voortspuitende weigering van den toezienden voogd om zijne toestemming tot doorhaling der oorspronkelijke hypotheek te verleen, zal de voogd zich volgens art. 1241 tot de rechtbank kunnen wenden. Art. 395 schijnt mij toe in dat geval niet toepasselijk te zijn; het ziet alleen op geschillen over de waarde der goederen, waarop bij den aanvang der voogdij hypotheek zal worden gegeven.

¹⁾ Aldus ook v. D. BERG, t. a. p. blz. 46. Overigens schijnt deze schrijver van oordeel te zijn, dat de voogd altijd de kosten der vervanging moet dragen. Zoo ook Prof. OPZOOMER, t. a. p. II, 354 noot 3, anders Prof. DIEPHUIS „Systeem” V, 470; WEVE, Themis X, 492.

Meestal doet men om de bevoegdheid van den toezien- den voogd in dezen aan te toonen, een beroep op art. 427, bepalende, dat de toezierende voogd bij strijd der belangen van voogd en pupil die van den laatste moet waarnemen. Zulk een beroep komt mij voor overbodig te zijn, waar volgens het zooeven opgemerkte voor des toezierenden voogds bevoegdheid krachtiger argument be- staat. ¹⁾

De andere meeningen, die te dezer zake gehuldigd worden, zal ik hier kortelings aanstippen. Vooreerst nam de rb. te 's Hage bij het reeds genoemde vonnis aan, dat in geval van art. 397 de toezierende voogd naar analogie van art. 394 al. 2 machtiging van den kantonrechter noodig heeft ²⁾. Een hiermee nagenoeg overeenstem- mende meening is Mr. VAN DER KEMP toegedaan; deze neemt aan, dat de kantonrechter, na verhoor als in art. 388 en 389 voorgeschreven, verlof moet geven tot de vervanging. Het blijkt echter niet, of hij na dat ver- kregen verlof nog toestemming en medewerking van den toezierenden voogd verlangt ³⁾. Ook niet geheel duidelijk is de meening van den heer W. H. VAN MEUKEREN, die

¹⁾ Cf. DIEPHUIS, „Systeem” V, 470, LAND I, 369; Recht en Wet XI, 362. VOS DE WAEL, t. a. p. blz. 60; Tijdschr. der Notarissen, VI, blz. 273; v. D. BERG, t. a. p. blz. 46; v. NOOTEN, t. a. p. blz. 32; Hof 's Hage 4 Febr. 1889 (5^e overweging in jure), P. v. J. 1889, n^o. 29. W. v. h. R. 5678. Ook de H. R. nam onlangs de bevoegdheid van den toezierenden voogd aan. Arrest 22 Nov. '89 (6^e overw. in jure), P. v. J. 1889, n^o. 143. W. v. h. R. 5794.

²⁾ Zie de 12^e overweging in jure van het vonnis der arr. rb. te 's Hage van 2 Maart 1888, P. v. J. 1888, n^o. 41, W. v. h. R. 5540.

³⁾ v. D. KEMP, „Ontwikkeling van het recht betrekkelijk de kanton- gerechten.” Rotterdam 1847. § 129, blz. 216.

in elk geval een vonnis eischt, waarschijnlijk van den rechter genoemd in art. 1241 B. W. ¹⁾).

Het is van veel belang voor eene juiste toepassing van art. 397 om als tijdstip, waarop de toeziende voogd eerst bevoegd wordt zijne toestemming tot doorhaling der voogdij-hypotheek te geven, aan te nemen het oogenblik, dat de nieuwe zekerheid reeds gesteld en ingeschreven is. Neemt men aan, dat ook vóór dien tijd de toeziende voogd deze bevoegdheid heeft, dan stelt men den minderjarige aan de treurigste gevolgen bloot en zal men door art. 397 datgene mogelijk gemaakt hebben, wat het geheele stelsel der wet verbiedt. Men zal dan de uitzondering van art. 397 uitgebreid hebben en de mogelijkheid in het leven geroepen hebben om de geheele voogdij-hypotheek, alle zekerheid voor den minderjarige, vóór den afloop van het beheer te laten ophouden. De toeziende voogd, die bevoegd is vóór het stellen van nieuwe zekerheid de oude te laten vervallen, zal zich een schijn van bevoegdheid weten te geven door, onder het voorgeven en volhouden van met de bedoeling tot eene vervanging toegestemd te hebben, zijne medewerking tot royeering der hypotheek te verleenen. Als de royeering geschiedt met het doel tot vervanging der hypotheek door nieuwe zekerheid, dan zou de toeziende voogd volkomen *bevoegd* zijn zijne toestemming te geven. Plegen nu voogd en toeziende voogd gemeen overleg, en houdt de toeziende voogd bij voortdurend uitblijven van nieuwe zekerheid vol, dat de royeering der hypotheek geschiedde ter vervanging, dan is de oude hypo-

¹⁾ Zie Recht en Wet XII, blz. 147.

theek volkomen verdwenen en tenietgegaan. Het uitblijven van nieuwe zekerheidstelling doet de geroeyeerde hypotheek dan niet herleven, want de toeziende voogd was de bevoegde persoon, bedoeld in art. 1239 B. W. Wat het stelsel der wet verbiedt, zal dus door eene uitlegging van art. 397 indirect mogelijk gemaakt zijn.

Gelukkig dwingt de wet ons niet deze gevaarlijke meening te aanvaarden, integendeel de meening, dat de oude hypotheek eerst geroyeerd kan worden, als de nieuwe zekerheid bestaat, moet reeds uit het begrip *vervanging* zelf voortvloeien. «Immers», zoo wordt in het Weekblad voor Notarisambt en Registratie ¹⁾ m. i. volkomen juist gezegd, «wanneer op het oogenblik, waarop de hypotheek wordt geroyeerd nog geen andere waarborg gegeven is, is er geen *vervanging* maar eenvoudig *opheffing*, zij het ook met de bedoeling om later opnieuw waarborg te geven». M. a. w. de toeziende voogd doet dan iets, waartoe hij niet bevoegd is. Zijne handeling is ongeldig en wordt door latere zekerheidstelling niet geldig. «Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto conualescere non potest». ¹⁾

Dat de laatste meening de juiste is, erkende ook de Hooge Raad in zijn arrest van 22 November 1889. ²⁾ Dit mag men opmaken uit enkele daarin voorkomende woorden. Het zijn de volgende: »Dat nu wel, waar ver-

¹⁾ W. N. en R. 1888, n^o. 956, pag. 187.

²⁾ P. v. J. 1889, n^o. 143. W. v. h. R. 5794. Zoo ook VOS DE WAEL, t. a. p. pag. 61. v. D. BERG, blz. 45. KIST, t. a. p. blz. 72 en 73. v. NOOTEN, t. a. p. blz. 32. Anders besliste het Hof van Overijssel 18 Juli 1842, R. B. 1843, pag. 403, en DIEPHUIS (oude werk) II, n^o. 669, die zich op dit arrest beroept.

minderung der hypotheek op des voogds aanvraag is toegestaan, of waar de oorspronkelijke hypotheek in overeenstemming met de wet *is vervangen* door een andere of door een verband op een inschrijving op een der Grootboeken van de Nationale Schuld, de toeziende voogd bevoegdlijk zijn toestemming kan verleen en etc. . . .» De uitdrukking «*is vervangen*» laat m. i. geen twijfel over.

Alle schrijvers zijn van gevoelen, dat de mogelijkheid van vervanging der hypotheek door een op de goederen van een derde noodzakelijkerwijze meebrengt, dat de voogd ook de hypotheek kan verwisselen tegen een op andere goederen van zichzelf. Verschillend wordt echter gedacht over de vraag, of het geven van een tweede hypotheek in plaats van een eerste ook valt onder de vervanging, bedoeld in art. 397. Het meergemelde arrest van het Hof te 's Hage ¹⁾ ontkende m. i. zeer terecht de bevoegdheid van den toezienden voogd om zijne toestemming te geven tot doorhaling van de oorspronkelijke eerste hypotheek, wanneer de in de plaats tredende zekerheid slechts zal bestaan in een tweede hypotheek op dezelfde zaak. Art. 397 toch wijst uitdrukkelijk aan, wat voor de oorspronkelijke zekerheid in de plaats kan treden: de nieuwe hypotheek zal van dezelfde soort moeten zijn als de oude, en aan dat vereischte voldoet een tweede hypotheek niet. Het is een veel mindere waarborg dan die, welke de minderjarige reeds heeft, en dat laat het artikel niet toe, hetwelk spreekt «*van*

¹⁾ P. v. J. 1889, n^o. 29 (10^e overweging in jure). W. v. h. R. 5678.

andere goederen, van andere zekerheid, niet van minderen waarborg». ¹⁾

Tot dezelfde conclusie te komen voor het geval, dat de vervanging, waarin de toeziende voogd op het juiste tijdstip toestemde, wel van de soort is, bedoeld in art. 397, maar niet hetzelfde bedrag bereikt, schijnt mij niet mogelijk, hoewel ongetwijfeld het belang van de minderjarigen, indien men het kon aannemen, in alle opzichten tot het einde van het beheer volkomen gewaarborgd zou zijn. Maar de toeziende voogd, die toestemt in een vervanging, als volgens art. 397, verricht een daad, waartoe hij bevoegd is. Maakt hij nu van die bevoegdheid gebruik om zekerheid van een geringer bedrag toe te laten, dan misbruikt hij weliswaar zijne macht, op eigen verantwoordelijkheid, maar zijne toestemming wordt daardoor niet ongeldig. Evenals hij bij de aanvankelijke hypotheekstelling het bedrag der hypotheek beneden de som, door den kantonrechter bepaald, kan doen blijven en daarmee dan zijn plicht verzaakt, zonder dat iemand iets er aan kan veranderen, zoo staat het ook in zijne macht om bij vervanging der hypotheek eene zekerheid van minder bedrag in de plaats der oude te doen treden, op eigen verantwoordelijkheid.

Men zou ook anders kunnen redeneeren om zodoende de kracht van een den minderjarige benadeelende vervanging te ontkennen. Aldus bijv.: Art. 397 laat vervanging der hypotheek toe. De toeziende voogd is hierbij

¹⁾ Zie concl. van den adv. gen. behoorende bij het arrest van den H. R. van 22 Nov. 1889, P. v. J. 1889, n^o. 143; W. v. h. R. 5794. W. N. en R. 1878, n^o. 425, pag. 54.

de bevoegde persoon, mits het bedrag der nieuwe zekerheid gelijk is aan dat der oude. Immers volgens de bedoeling van den wetgever moet de vervanging den minderjarige niet benadeelen. Alleen in zoodanig geval verleende de toeziende voogd bevoegdelyk zijne toestemming tot doorhaling. Blijkt nu later, dat het bedrag der nieuwe zekerheid minder was dan dat der oude, dan blijkt de toeziende voogd onbevoegd te hebben gehandeld, zal zijne toestemming ongeldig geweest zijn en dus geen gevolg gehad hebben. De oude zekerheid, de oorspronkelijke hypotheek, is dan niet vervangen, maar blijven bestaan. — De minderjarige zou op deze manier geen nadeel kunnen lijden. Dergelijke redeneering komt mij echter te gewaagd voor.

Wanneer wij thans de uitdrukkelijke wetsbepalingen betreffende de voogdij-hypotheek hebben nagegaan, en gezien hebben, dat die een samenhangend geheel vormen, waarin een duidelijk en logisch stelsel te lezen is, dan is de conclusie gemakkelijk gemaakt. Waar de wetgever uitgaat van het beginsel, dat de hypotheek blijft bestaan tot na afloop van het beheer, en slechts enkele uitzonderingen op dien regel toelaat, in geval van vermindering of vervanging der hypotheek, daar moet het geheel verdwijnen der hypotheek, zoolang de voogdij duurt, eene onmogelijkheid genoemd worden, en zou men door het tegendeel aan te nemen de uitzonderingen eigenmachtig uitbreiden, tenzij de wet ook die uitbreiding toeliet. Tot de veronderstelling dat onze wetgever zich aan een zoo groote inconsequentie zou schuldig gemaakt hebben, ontbreekt alle grond. Zelfs eene bepaling,

waarbij den kantonrechter de bevoegdheid wordt toegekend machtiging te geven tot het vernietigen der hypotheek zonder equivalent, ontbreekt ten eenenmale. En toch zou hij tot het geven van die machtiging de aangewezen persoon zijn.

De afloop van het onlangs in alle instantiën gevoerde geding, waarop boven reeds meermalen gewezen is, kan ons dan ook niet verwonderen. ¹⁾

¹⁾ Zie vonnis rb. 's Hage 2 Maart 1888, P. v. J. 1888, n^o. 41, W. v. h. R. 5540; arrest Hof 's Hage 4 Febr. '89, P. v. J. 1889, n^o 29, W. v. h. R. 5678; arrest H. R. 22 Nov. 1889. P. v. J. 1889, n^o. 143, W. v. h. R. 5794.

Zie ook concl. v. h. O. M. behoorende bij het arrest van het Gerechtshof te 's Hage. T. d. N. deel VI, blz. 273.

HOOFDSTUK II.

De Toeziende Voogd.

Het beginsel der zekerheid in het algemeen en het doel der voogdij-hypotheek laten niet toe, zooals wij in het voorgaande hoofdstuk zagen, dat de hypotheek vervalt, zoolang de voogdij duurt. Thans moet nagegaan worden, of de bepalingen der wet op het punt der toeziende voogdij in strijd met dat beginsel zijn, of de wet soms daarvan afwijkende voorschriften bevat onder de bepalingen omtrent dit onderwerp.

Wat is in het algemeen het doel der toeziende voogdij? Moeilijk is de oplossing dezer vraag niet, want de naam *toeziende voogd* wijst ons daartoe zelf den weg. De naam duidt het hoofdkarakter van deze functie aan, welke voornamelijk strekt «om, bij gemis van weeskamers, een *toezicht* of *contrôle* te scheppen, ten einde op de bemoeienissen van den voogd, *een wakend oog* te houden». ¹⁾ Dat dit en geen ander werkelijk het hoofddoel is, kan men bovendien nog opmaken uit de omstandigheid, dat de thans aangenomen naam in de

¹⁾ Deze verklaring van het stelsel der toeziende voogdij gaf de regering. Zie VOORDUIN III, blz. 85 (n°. VIII). Zie ook v. NOOTEN, t. a. p. blz. 60; KIST, t. a. p. blz. 43.

plaats kwam van de Fransche benaming «subrogé tuteur» en de Nederlandsche «bijvoogd». Subroger toch beteekent in de plaats stellen; subrogé tuteur zal dus de persoon zijn, die in het algemeen den voogd vervangt. Dat de toeziende voogd dit doet, behoort tot de uitzonderingen, onze benaming, als meer overeenkomstig de hoofdtaak van den toezienden voogd, verdient daarom de voorkeur boven eene getrouwe vertaling van den Franschen term ¹⁾. Dit zal ook de reden zijn, waarom men de uitdrukking «bijvoogd», die in de vraagpunten van stellig recht van 1822 voorkwam, op verlangen van één der afdeelingen van de Tweede Kamer heeft veranderd in de thans aangenomene ²⁾.

Het contrôle houden op de handelingen van den voogd is van zooveel gewicht, dat de aanstelling van een afzonderlijk daarvoor aangewezen persoon niet overbodig is, want de kantonrechter, die overigens met het oppertoezicht op den voogd is belast, is niet geschikt om een voortdurend onmiddellijk toezicht op den voogd uit te oefenen. Daarenboven zal nu, bij het veelvuldig vereischte hooren van bloed- of aanverwanten, de kantonrechter altijd iemand vinden, die van de zaken uitnemend op de hoogte is, althans beter op de hoogte kan zijn, dan de overige bloed- en aanverwanten ³⁾.

Dat de taak der contrôle alle aandacht tot zich trok, bewijst verder de bepaling van art. 422 B. W., dat de kantonrechter steeds den toezienden voogd benoemt.

¹⁾ Zie DE PINTO. „Handleiding tot het B. W.” II, § 265. VOS DE WAEL, t. a. p. blz. 30 en 31.

²⁾ VOORDUIN III, blz. 77.

³⁾ Zie hierover KIST, t. a. p. blz. 63.

Men bleef weigerachtig om gehoor te geven aan den wensch, dat ook den eerststervende der ouders het recht gegeven zou worden een toezienenden voogd te benoemen. Er zoude dan geene voldoende zekerheid van eene goede benoeming en dus van goede contrôle zijn ¹⁾).

Als het controleeren de hoofdtaak is van den toezienenden voogd, dan dragen de andere functiën, welke de wet hem opdraagt, natuurlijk het karakter van uitzonderingen. Bepalingen van dien aard aan te wenden tot verdere verklaring van den werkkring van den toezienenden voogd vereischt veel omzichtigheid. Als men het hoofdkarakter van zijne taak daarbij niet op den voorgrond stelt, loopt men veel gevaar tot onjuiste conclusies te komen.

Dezen regel van interpretatie vooropstellende, moeten wij thans de afzonderlijke wetsbepalingen beschouwen, waaruit men de bevoegdheid van den toezienenden voogd, om gedurende de voogdij toestemming tot doorhaling der voogdij-hypotheek te geven, heeft trachten af te leiden.

Vooreerst dan art. 427 B. W. luidende: «De verplichtingen van den toezienenden voogd bestaan in het waarnemen der belangen van den minderjarige, wanneer dezelve met die van den voogd in tweestrijd zijn».

Bij de eerste beschouwing van dit artikel vraagt men zich reeds aanstonds af, hoe het mogelijk is daaruit af te leiden, dat de toezienende voogd volkomen bevoegd is om den minderjarige van de zekerheid voor de administratie van den voogd te berooven. Immers wanneer hij

¹⁾ VOORDUIN III, blz. 84 en 85.

zijne machtiging tot doorhaling der hypotheek geeft, dan doet hij juist het tegendeel van hetgeen zijne taak is. Hij is aangesteld om te zorgen, dat er geen handelingen verricht worden, die niet strooken met het belang van den minderjarige; in die richting moet hij werkzaam zijn. Als een gevolg van die verplichting komt zelfs het volgende artikel 428 zijn werkring duidelijker omschrijven¹⁾. Wanneer nu de voogd tot hem komt en medewerking van hem verlangt tot bevrijding van den drukkenden last, op zijne goederen rustend, dan zal de toeziende voogd, gedachtig aan zijne verplichting volgens art. 427 zijn hulp moeten ontzeggen. Het belang van den minderjarige (om zijnen waarborg te behouden) staat toch rechtstreeks tegenover dat van den voogd (om de hypotheek te doen doorhalen).²⁾ Bevoegdheid om de belangen van den voogd in dat geval waar te nemen, kan men moeilijk in het genoemde artikel lezen. Even goed zou men kunnen zeggen, dat een politie-agent, wien opgedragen is om te zorgen, dat de schooljeugd niet met sneeuwballen gooit, de bevoegdheid heeft om het zelf te doen.

De heer VAN MEUKEREN zegt in zijn genoemd betoog m. i. zeer terecht, dat artikel 427 hier alle toepasselijkheid mist. Hij vervolgt dan: «Kennelijk doelt hier de

¹⁾ Zie ASSER, „Handleiding” I, pag. 425 (1^e druk).

²⁾ Aldus SCHAEPMAN in Recht en Wet XI, 361; v. MEUKEREN, R. en W. XII, 172. De strenge verplichting in art. 427 nedergeschreven brengt mede „te waken, dat de zakelijke zekerheid voor den minderjarige tot het einde van des voogds beheer onverkort blijve”, overweegt de Hooge Raad in zijn meergemelde arrest van 22 Nov. 1889, P. v. J. 1889, n^o 143. Wb. v. h. R. 5794.

wetgever op zoodanige belangen, die gerekend moeten worden te strijden met het eigenbelang van den voogd» ¹⁾. Ik moet bekennen, dat ik de bedoeling van deze woorden, die ter verklaring van zijn evengemelde uitspraak moeten dienen, niet begrijp. Zij zijn overbodig, want nagenoeg hetzelfde leest men in art. 427, zoodat zij geen verklaring geven van den zin, waarin men het artikel heeft op te vatten en uit te leggen. Ook de door dezen schrijver bijgebrachte voorbeelden brengen ons niet veel verder. Hij haalt ter verduidelijking aan art. 182 en 444, volgens welke hij bij de inventarisatie den toezienden voogd als partij tegenover den voogd laat optreden (volgens mijne meening niet juist: de toeziende voogd staat daar naast niet tegenover den voogd); de artikelen 393 en 433 B. W. ²⁾, die nog minder met ons geval te maken hebben, en ten slotte art. 1118, waaruit valt af te leiden, — op grond, dat er een deelvoogd moet benoemd worden, wanneer ook de toeziende voogd zelf bij eene boedelscheiding een met dat der minderjarigen strijdig belang heeft — dat de toeziende voogd het belang der minderjarigen moet behartigen tegenover dat van den voogd.

Aan de verklaring, welke Prof. DIEPHUIS van het artikel geeft, heeft men meer. Z.Hgl. zegt ³⁾, dat de algemeene regel van art. 427 geldt «zoo dikwijls een vertegenwoordiger van den minderjarige in of buiten rechten als partij

¹⁾ R. en W. XII, 172.

²⁾ Waarschijnlijk bedoelt de schrijver art. 430 in plaats van art. 433, waaruit duidelijker blijkt, wat men onder „waarnemen der belangen van den minderjarige” heeft te verstaan.

³⁾ Zie zijn laatste werk, deel V, blz. 457.

moet optreden tegenover den voogd». Eene toepassing van het artikel vindt men in art. 458: bij het huren van goederen van den minderjarige door den voogd is de toeziende voogd bevoegd de overeenkomst met den voogd te sluiten, na goedkeuring van de voorwaarden door den kantonrechter.

De positie van den toezienden voogd wordt volgens art. 427 dus deze: bij tegenstrijdige belangen van voogd en minderjarigen treedt voor een wijle de toeziende voogd op als voogd; hij, die anders niet vertegenwoordigt, wordt nu vertegenwoordiger, al is het maar voor korten tijd ¹⁾. Dezelfde bepalingen, waaraan de voogd gebonden is, gelden dan ook voor hem, meer macht dan de voogd zelf in een dergelijk geval heeft, kan hij nooit verkrijgen. Zoo is het ook bij het verzoek om toestemming te geven tot doorhaling van de hypotheek.

Niemand zal het zeker betwisten, dat, wanneer, zooals art. 397 toelaat, een derde ten behoeve van den minderjarige hypotheek op zijne goederen heeft gegeven, de voogd niet bevoegd is en kan zijn die hypotheek te laten doorhalen. En dat niet, omdat hij een tegenstrijdig belang heeft met den minderjarige, want dat ontbreekt in zulk een geval, maar, omdat het vanzelf uit de beginselen der voogdij-hypotheek volgt. Zelfs eene rechterlijke machtiging volgens art. 451 stelt de wet in laatstgenoemd artikel voor hem niet verkrijgbaar, ten einde de opheffing of vernietiging van het zakelijk recht van hypotheek, een recht, waardoor de vordering van

¹⁾ Prof. OPZOOMER noemt hem in zulk een geval zelfs *voogd ad hoc*. Zie t. a. p. II, 392.

den pupil tegen den voogd gedekt is, geldig te kunnen doen geschieden. Immers noch onder vervreemding van onroerend goed, noch onder de overdracht van schuld-vorderingen kan men een dergelijken afstand van recht brengen. Hypothecaire vorderingen mogen al na machtiging van den kantonrechter kunnen worden vervreemd, iets anders is het afstand te doen van de hypotheek, waardoor een vordering gedekt was, en tengevolge waarvan het vorderingsrecht zonder dekking overblijft.

Is de zaak omgekeerd, de voogd hypotheekgever, de toeziende voogd zijn plaatsvervanger, waar de belangen van den voogd-hypotheekgever met die der minderjarigen strijden, dan zal men toch moeilijk den toezienden voogd meer macht kunnen toekennen dan anders de voogd zelf heeft. Wat dezen betreft, zwijgt art. 451 B. W. van machtiging tot vernietiging der hypotheek, dus ook wat betreft genen.

En toch heeft men op grond van art. 427 j^o. art. 451 van relatieve bevoegdheid van den toezienden voogd tot het geven van machtiging tot doorhaling der voogdij-hypotheek willen spreken ¹⁾.

Prof. LAND ²⁾ acht ook art. 451 buiten dit onderwerp te vallen. Z.Hgl. meent echter een absolute bevoegdheid van de vertegenwoordigers van den pupil te mogen aannemen tot het doen van afstand van rechten. De eenige grond, dien hij voor zijne meening aanvoert, is, dat de wet «een algemeen verbod van afstand van rechten door

¹⁾ Vergelijk een opstel van den heer W. J. HIDDE BOK in *Recht en Wet*. XI, blz. 532 vlg. en daartegen de heer v. MEUKEREN in *R. en W.* XII, 174.

²⁾ t. a. p. deel I, blz. 369, noot 3.

de vertegenwoordigers van den pupil» niet geeft. De voogd en in het geval van art. 427 de toeziende voogd kunnen volgens Prof. LAND dus gelijkelijk zulke daden verrichten. Dat de wet van zulk een algemeen verbod zwijgt, kan geen voldoende grond geven om tot deze gevaarlijke uitspraak te komen. Waar, zooals in art. 451, voor niet-benadeelende handelingen een rechterlijke machtiging wordt voorgeschreven, zal men voor daden, die zeker den minderjarige benadeelen met elke machtiging ook de geheele mogelijkheid der handeling uitgesloten hebben, m. a. w. de afstand van rechten indirect verboden hebben. Te veronderstellen, dat een bevoegdheid tot zulke handelingen niet uitgesloten is, is zeker strijdig met de bezorgdheid van den wetgever voor de minderjarigen, welke bezorgdheid geen hersenschim is, maar inderdaad bestaat, zooals ik in Hoofdstuk I aantoonde. Eene afwijking van ons strenge voogdij-hypotheekbeginsel mag niet aangenomen worden zonder beteren grond daarvoor dan gemis van eene uitdrukkelijke verbodsbepaling, die overigens al vanzelf spreekt.

Ook art. 428 B. W. heeft men te baat genomen om de bevoegdheid van den toezienden voogd te staven, men heeft uit de verplichting, in art. 428 en art. 390 al. 4 neergeschreven, eene bevoegdheid tot beschikking over de voogdij-hypotheek willen afleiden ¹⁾, die daarmee geheel in strijd is. Men behoeft slechts na te gaan, welke de beteekenis dezer bepalingen is, om de onjuistheid van dergelijke meening in te zien.

¹⁾ Zie o. a. W. N. en R. 1878 n°. 425.

In de Fransche wet met haar legale hypotheek was ook inschrijving van die hypotheek door den toezienden voogd voorgeschreven, zooals wij gezien hebben. ¹⁾ Een verzuim van die inschrijving was alleen in het nadeel van derden, nooit in dat der minderjarigen, zij hadden zulke inschrijving niet noodig om toch rechten te hebben. Bij het veranderde hypotheekstelsel, door onze wet aangenomen, werd de inschrijving een levensvoorwaarde voor het zakelijk recht op de goederen van den voogd. Het was nu de vraag, hoe men de inschrijving zou laten tot stand komen. Men had den kantonrechter opgedragen de som te bepalen, welker bedrag de hypotheek moest belooopen. Zou men hem nu ook de verdere zorg voor de hypotheekstelling en inschrijving moeten opleggen? Dat ging niet, de kantonrechter kan zijne eigen uitspraken niet tenuitvoerleggen. Daarom droeg men het toezicht daarop den toezienden voogd op. ²⁾

Dit is het dan ook, wat artikel 428 bepaalt, meer mag en kan men er niet in lezen. De oorspronkelijke redactie van 't artikel in 1823 gaf den toezienden voogd een meer werkzaam aandeel bij het nemen van hypotheek-inschrijvingen. In 1829 met de vaststelling van het hypotheekstelsel en de bepalingen omtrent de voogdij-hypotheek werden de woorden van art. 428 meer in overeenstemming gebracht met de taak van den toezienden voogd te dezen opzichte en vastgesteld, zooals zij thans luiden. ³⁾

¹⁾ Zie hierboven pag. 14, en vooral DIEPHUIS (oude werk) II, blz. 257, noot 2. Voorts VOS DE WAEL, t. a. p. blz. 27 en 30.

²⁾ Vergelijk DIEPHUIS, „Systeem” V, 453. v. NOOTEN, t. a. p. blz. 26.

³⁾ Zie VOORDUIN III, blz. 87 en 88.

Wat nu art. 390 al. 4 betreft, hetwelk den toezienden voogd opdraagt bij voorraad, niettegenstaande hooger beroep, de uitspraak van den kantonrechter ten uitvoer te leggen, dit artikel bevestigt nog onze meening, dat het voortbestaan der voogdij-hypothek niet aan de willekeur van den toezienden voogd is overgelaten. Men voegde het vierde lid pas in 1832 aan art. 390 toe en wel om aan den aandrang van de tweede afdeeling der Tweede Kamer tegemoet te komen, welke afdeeling wilde, dat men op alle vaste goederen van den voogd voorloopig inschrijvingen zou kunnen nemen. De regeering, die in zulk eene bepaling omverwerping van het nieuwe stelsel zag, maakte toen art. 390 al. 4, waarbij de minderjarige slechts zeer korten tijd zonder hypothek zou zijn, en waardoor dus het verschil met het stelsel der legale hypothek zooveel mogelijk was uit den weg geruimd ¹⁾.

Zooals de taak van den toezienden voogd bij den aanvang van het beheer is, zoo blijft zij ook gedurende de voogdij. Is er vermeerdering of vermindering van hypothek noodig, dan treedt weer de kantonrechter op om de vermeerdering of de vermindering van de hypothek te beoordeelen, de toeziende voogd heeft weer niets anders te doen dan op het tenuitvoerleggen der uitspraak toe te zien. Wanneer hem de beschikking over de voogdij-hypothek in handen was gegeven, waarom zou hij dan niet die vermeerdering of vermindering te beoordeelen hebben? Het eene hangt met het andere samen, de kantonrechter bepaalt bij den aanvang der voogdij de

¹⁾ Cf. VOORDUIN III, 45. De voor den minderjarige ongunstige werking van art. 1226 B. W. zal daardoor ook grootendeels onmogelijk zijn gemaakt. Zie DIEPHUIS, „Systeem” V, 466.

hypotheeksom, of de toeziende voogd die hypotheek niet noodig vindt, doet niets ter zake, bij de vermeerdering gedurende de voogdij is het evenzoo. De kantonrechter moet «onverwijld» die bepaling der som uitspreken, de minderjarige moet zoo kort mogelijk zonder hypotheek zijn. De toeziende voogd is daarom verplicht, wanneer de kantonrechter niet spoedig handelt, een uitspraak van hem uit te lokken, zoowel bij het begin der voogdij als tijdens deze in het noodzakelijke geval van vermeerdering ¹⁾, en er voor te waken, dat de hypotheek werkelijk tot stand kome. Meer is in de artikelen 390 al. 4 en 428 niet te lezen.

Wanneer den toezienden voogd de beoordeeling van de genoegzaamheid en hoegrootheid der hypotheek was overgelaten, zou het nog mogelijk zijn tot de conclusie te komen, dat hij gedurende de voogdij de hypotheek geldig kon doen royeeren, doch zelfs in dat geval zou zulks nog niet vanzelf uit die bevoegdheid behoeven te volgen. Het Indische Wetboek bewijst dit. De Weeskamer, in Nederlandsch-Indië als toeziende voogd bij het opmaken van den inventaris tegenwoordig, beoordeelt aldaar, of de door den voogd aangeboden zekerheid voldoende is ²⁾; vaststelling van het bedrag der hypotheeksom door den rechter is niet noodig. Is de Weeskamer nu daardoor ook bevoegd om ten allen tijde, die hypotheek weer te laten doorhalen? Neen, alleen in één geval kan zij dat nl. wanneer de hypotheek door borgtocht wordt vervangen (borgtocht is in Indië als zeker-

¹⁾ Zie DIEPHUIS, „Systeem” V, 453 en 465.

²⁾ Zie Dissertatie van G. H. FUHRI SNETHLAGE, blz. 54.

heid voor den minderjarige toegelaten). In alle andere gevallen moet tot doorhaling der hypotheek een bevel van den rechter aanwezig zijn. ¹⁾ — Ook dus, wanneer aan den toezienenden voogd bij ons de hoegrootheid der hypotheek ter bepaling was overgelaten, zou hij daarom nog niet het recht hebben over de hypotheek te beschikken; nu hem zelfs het eerste niet gegund is, moet noodwendig het laatste nog minder mogelijk zijn.

De strenge verplichting, neergeschreven in de artikelen 390 al. 4 en 428, waaruit «voldoende blijkt van het groote gewicht, dat de wet aan het stellen van hypotheek door den voogd hecht» ²⁾, vindt men nog nader uitgewerkt in art. 1217 al. 3 B. W. De toezienende voogd kan niet volstaan met den voogd herhaaldelijk tot hypotheekstelling aan te manen, hij moet den voogd bij volharding in zijne weigering voor den rechter roepen ten einde een vonnis tegen hem te verkrijgen, dat dezelfde kracht zal hebben als de acte van hypotheekstelling. Hier zien wij dus een middel van «directe executie», overigens uitzondering in onze wet. Reden om afzetting van den voogd te vorderen ontbreekt hier ³⁾, de wetgever bereikt daarmee zijn doel immers ook niet. Hij schept liever een buitengewoon middel van executie, dat zekerder werkt dan bedreiging met afzetting. Zal men

¹⁾ FUHRI SNETHLAGE, t. z. p. blz. 53.

²⁾ Deze aangehaalde uitdrukking komt voor in een overweging van het vonnis der rechtbank te 's Hage van 2 Maart 1888. P. v. J. 1888, n°. 41, W. v. h. R. 5540.

³⁾ Zie Mr. PH. W. SCHOLTEN in Themis, 1873, pag. 36. Zijn betoog geldt niet alleen voor ouderlijke voogden, doch evenzeer voor vreemde voogden.

bij zooveel zorg om hypotheek te krijgen nog twijfelen aan de onmogelijkheid om een recht van den toezienden voogd, om tot doorhaling te machtigen, uit art. 428 af te leiden?

Uit de mogelijkheid, die niettegenstaande alle goede zorgen van den wetgever is blijven bestaan, dat de toeziende voogd zijn plicht verzuimt, heeft men eene bevoegdheid voor hem willen afleiden. Met hen, die dit doen, zoude ik niet gaarne meegaan. Eene juistere richting volgt men m. i., wanneer men — in stede van het gevaar voor den minderjarige uit te breiden — in het geval, dat de toeziende voogd, de strafbedreiging in art. 428 uitgesproken niet vreezende, zijn plicht verzuimd heeft, eene actie tot afzetting aan de in art. 438 B. W. genoemde personen tegen den toezienden voogd toekent¹⁾. Het verdient de voorkeur om zóó de kans geringer te maken voor benadeeling bij later verhaal op den toezienden voogd, die, door de verwaarloozing van zijn plicht bij den aanvang der voogdij, daarvoor reeds vrees doet ontstaan.

Zoolang voor de bevoegdheid van den toezienden voogd om den minderjarige zijn (in de practijk veelal met moeite)²⁾ verkregen hypotheek gedurende de voogdij te ontnemen, geen krachtiger argumenten aangevoerd kunnen worden, dan dat art. 390 al. 4 en art. 428 de mogelijkheid eener verwaarloozing van de daar neergeschrevene strenge verplichting onderstellen, moet zulk eene bevoegdheid ten sterkste ontkend worden. Een argument kan

¹⁾ Zie DIEPHUIS (oude werk) II, n^o. 661.

²⁾ Cf. FURRI SNETHLAGE, t. a. p. blz. 49 en 56.

men die bewering eigenlijk ook niet noemen, de conclusie, uit de genoemde bepalingen getrokken, mist allen grondslag en is ten eenenmale valsch en ongeoorloofd; «zoodanige stelling veroordeelt zichzelf»¹⁾, zulke verplichting en bevoegdheid zijn met elkaar «in onmiskenbaren strijd»²⁾. Waar zou het einde zijn, als dergelijke redeneeringen opgingen? Neemt men vandaag deze bevoegdheid voor den toezienden voogd aan, morgen zal een ander met evenveel recht kunnen beweren, dat art. 450 al. 2 B. W. den toezienden voogd de beschikking geeft over de certificaten van de nationale schuld, die den minderjarige toebehooren.

Om de beweerde bevoegdheid van den toezienden voogd aan te toonen, plaatst men niet altijd botweg tegenover de verplichting, in art. 390 al. 4 en art. 428 uitgesproken, eene bevoegdheid, maar zegt men deze uit art. 397 en 428 te kunnen afleiden, omdat die artikelen den toezienden voogd tot «beheerder der voogdij-hypotheek» maken³⁾. Met deze uitdrukking bewijst men echter niets. Wat is beheer der voogdij-hypotheek? De uitdrukking veroordeelt zichzelf. Toeziende voogdij en beheer toch zijn twee begrippen, die in volkomen strijd met elkaar zijn⁴⁾. De toeziende voogd beheert in het algemeen

¹ Aldus de advoc. generaal bij den H. R. Mr. VAN MAANEN, in zijn conclusie behoorende bij het arrest van 22 Nov. 1889.

²⁾ Aldus de H. R. in zijn arrest van 22 Nov. 1889, P. v. J. 1889, n°. 143, W. v. h. R. 5794.

³⁾ Zie Tijdschrift der Notarissen VI, blz. 273, en Arrest van het Gerechtshof te 's Hage van 4 Febr. 1889. P. v. J. 1889, n°. 29; W. v. h. R. 5678 (7^e en 8^e overweging in jure).

⁴⁾ Men vergelijkte DIEPHUIS (oude werk) II, 302, noot 1. Voorts

nooit, dat doet juist de voogd. Waar aan eerstgenoemde een enkele maal dergelijke bezigheid is opgedragen, is dat uitzondering, en zegt de wet het dan ook uitdrukkelijk bv. in art. 431: de toeziende voogd zal bij afwezigheid van den voogd slechts die daden (van beheer) kunnen verrichten, welke geen uitstel lijden; hij zal een nieuwen voogd moeten doen benoemen om te beheeren. Hij is ook geheel ongeschikt voor beheer, ten bewijze waarvan slechts gewezen behoeft te worden op het feit, dat hij niets onder zich heeft; zelfs de acte, waarbij de voogd hypotheek gesteld heeft, bewaart niet hij, maar de voogd zelf ¹⁾. Dit laatste zou toch zeker met een «beheer der voogdij-hypotheek» strooken. Zoo-dra het ook dikwijls zou voorkomen, dat hij beheer voerde, zou men met recht kunnen zeggen, dat de toeziende voogdij in strijd is met het beginsel, dat in elke voogdij slechts één voogd is (art. 386 B. W.), welke strijd thans zeker niet bestaat ²⁾.

Men mag dus aannemen, dat, wanneer de wetgever voor de hypotheek een uitzondering op den algemeenen regel had willen toestaan, hij dat met duidelijke woorden

de uitdrukking „andere(n) persoon” in art. 425 met de uitdrukking „bewindvoerder” in art. 387 B. W. In art. 425 B. W. stond oorspronkelijk in plaats van „betrekking” „werkzaamheden”; 't laatste zou meer in overeenstemming met „beheer” geweest zijn. Zie VOORDUIN III, 86.

¹⁾ Men schijnt er zelfs niet aan gedacht te hebben om den toezienden voogd het pand ter bewaring te geven, toen er bij de behandeling der wet werd voorgesteld den voogd vrij te laten zijn hypotheek tegen reëlen borgtocht of pand te verwisselen en men hiertegen bezwaar maakte, omdat men niet wist, wie dan dat pand zou moeten bewaren. Zie VOORDUIN III, pag. 35.

²⁾ Zie VAN NOOTEN, t a. p. blz. 15.

gezegd zoude hebben. Tevens zou hij ons dan eene nadere aanduiding van wat men onder «beheer der voogdij-hypotheek» te verstaan heeft, niet onthouden hebben. Om thans, bij het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling, op grond van art. 397 en 428 zulk een «beheer der voogdij-hypotheek» (wat men er ook al onder verstaan moge!) aan te nemen, is niet geoorloofd. Dat de beteekenis van art. 428 zulks verhindert, toonde ik zooeven aan. Ook art. 397, eene exceptioneele bepaling, doet ons geen «beheer» (= recht tot het doen vervallen der hypotheek) kennen, te meer omdat, zooals ik betoogde, volgens dat artikel in een royeering der hypotheek niet door den toezienden voogd kan worden toegestemd, alvorens de zekerheid, die de oude moet vervangen, bestaat ¹⁾.

Art. 428 en 390 al. 4 bedreigen straf tegen den toezienden voogd, voor het geval, dat hij zijne verplichting niet heeft nagekomen. Ook deze strafbedreiging heeft wel eens reden gegeven om den toezienden voogd meer macht toe te kennen dan het voogdij-hypotheekstelsel hem toestaat. Men redeneerde aldus: tegenover de inschrijving staat de doorhaling, kan de toeziende voogd het eerste op zijn eigen verantwoordelijkheid nalaten, dan volgt daaruit, dat hij op dezelfde straf het laatste kan doen geschieden. De minderjarige behoudt dan toch een aansprakelijken persoon, zoodat de opheffing der hypotheek dus geen bezwaar heeft. Het onjuiste van dat betoog is niet moeilijk aan te toonen. Dat tegenover den plicht van inschrijving niet vanzelf het recht tot

¹⁾ Zie pag. 48 vlg.

doorhaling der hypotheek staat, is boven aangetoond. Het foutieve van de eerste stelling wordt niet weggenomen door de onjuiste en onhoudbare bewering, dat de vervallen hypotheek een voldoende tegenwicht vindt in de persoonlijke aansprakelijkheid van den toezienden voogd. De aansprakelijkheid van art. 428 en art. 390 al. 4 is niets bijzonders, zij is slechts eene bevestiging van den algemeenen regel; ook al was zij niet uitdrukkelijk uitgesproken, dan zou de toeziende voogd toch volgens art. 1401 vlg. voor zijn onrechtmatige daad moeten boeten ¹⁾. Een onrechtmatige daad is het niet-nakomen van de verplichting van art. 428 en 390 al. 4 zeker. Maar afgescheiden daarvan, hoe kan men zich ooit tevreden stellen met een persoonlijke zekerheid, met een borg zooals de toeziende voogd, die niet eens aan de vereischen van art. 1865 B. W. behoeft te voldoen, en dat nog wel, waar de wetgever een persoonlijke zekerheid met kracht afwees en met aandrang zakelijke zekerheid eischte? Men moge al of niet denken, dat de strafbepaling in art. 428 en 390 al. 4 genoegzaam is om den toezienden voogd van nalatigheid en verzuim terug te houden ²⁾, zooveel is zeker, dat nooit een persoonlijke aansprakelijkheid dezelfde waarborgen biedt als een hypotheek, en dat nooit het gevaar, om bij den aanvang der voogdij het eerste in plaats van het laatste te verkrijgen

¹⁾ Cf. DIEPHUIS (Systeem) V, 460, anders v. NOOTEN, t. a. p. blz. 68, welke schrijver meent, dat de toeziende voogd alleen aansprakelijk is, wanneer de wet het uitdrukkelijk zegt, zooals in art. 428.

²⁾ De heer SYPKENS hield het in zijne in 1825 in de Tweede Kamer gehouden redevoering voor een genoegzamen waarborg tegen verzuim. Zie VOORDUIN IV, 473.

door plichtsverzuim van den toezienden voogd, grond kan geven om ook, wanneer dat gevaar eenmaal is geweest, gedurende de voogdij geoorloofd te achten en voor voldoende te houden datgene, wat men bij den aanvang juist voor onvoldoende hield ¹⁾).

Volledigheidshalve zij hier nog vermeld, dat men om aan de meening, dat den toezienden voogd de bevoegdheid toekomt, welke ik hem heb ontzegd, kracht bij te zetten een beroep heeft gedaan op Prof. DIEPHUIS' laatste werk (Deel V, blz. 470). Deze geachte schrijver zegt aldaar in een noot «de zorg voor de inschrijving is den toezienden voogd opgedragen, en tegen die inschrijving staat de doorhaling over». Het komt mij voor, dat ZHgl. daar enkele woorden te weinig heeft neergeschreven. In de noot toch, welker inhoud ik zoo aanstonds nader zal vermelden, schreef Prof. DIEPHUIS eene opmerking naar aanleiding van artikel 397 B. W. Die plaatsing doet een zeer groote waarschijnlijkheid ontstaan voor het vermoeden, dat de uitspraak bedoelde de bevoegdheid van den toezienden voogd tot toestemming in de doorhaling neer te schrijven «*voor de gevallen, dat vermindering of vervanging der hypotheek door de wet wordt toegelaten*». Deze woorden moet men naar mijne bescheiden meening dan ook in zijn gedachte achter de zoeven aangehaalde lezen; dan eerst bevat de uitspraak van Prof. DIEPHUIS waarheid en zal men er den rechten zin aan hechten ²⁾).

¹⁾ Vergelijk 6^e overweging in jure van 't arrest van het Hof te 's Hage van 4 Febr. 1889, P. v. J. 1889 n^o. 29, W. v. h. R. 5678.

²⁾ Cf. Tijdschrift der Notarissen, VI, blz. 274 (conclusie van den advo-

Terecht wordt in de gemelde noot de uitspraak der rechtbank te 's Hage van 24 September 1841 ¹⁾) afgekeurd. Dit college kende den kantonrechter de bevoegdheid toe de doorhaling der voogdij-hypotheek te gelasten, en wel overwegende, dat uit de macht, den kantonrechter bij de artikelen 390 vlg. B. W. opgedragen, «vanzelf volgt, dat ook de kantonrechter bevoegd is, de opheffing van de gestelde hypotheek, daartoe termen zijnde, en de doorhaling der genomene inschrijvingen te gelasten». Terecht wordt deze uitspraak afgekeurd, zeg ik, en ik geloof, dat dit hier geen nader betoog behoeft, daar ik op de voorgaande bladzijden voldoende hoop aangetoond te hebben, dat slechts de bepaling van de som, waarvoor hypotheek gegeven zal moeten worden, door den kantonrechter geschiedt, en de verdere zorg voor de hypotheek, waaronder ook de doorhaling, voorzover die gedurende het beheer van den voogd mogelijk is, bij den toezienden voogd berust en moet berusten. Juistër vind ik daarom de meening van den kantonrechter te 's Hage ²⁾), wiens beschikking door de rechtbank vernietigd werd, dat hij onbevoegd was zulk een doorhaling te gelasten. Overigens moet men voorzichtig zijn met uit die uitspraken iets over het vervallen der voogdij-hypotheek vóór den afloop van het beheer af te leiden, daar zij een zeer speciaal geval behandelen. De kantonrechter had nl. krachtens art. 20 der wet van

caat-generaal Mr. A. TELDERS, behoorende bij het genoemde arrest van het Hof te 's Hage). v. D. BERG, t. a. p. blz. 46 en 47.

¹⁾ W. v. h. R. 226.

²⁾ W. v. h. R. 226.

16 Mei 1829 (Sb. n^o. 29), houdende bepalingen wegens den overgang van de vroegere tot de nieuwe wetgeving, een hypothecaire inschrijving op de goederen van een vader-voogd genomen, terwijl daarop reeds eerder voldoende hypotheek door den toezienden voogd was ingeschreven, welke later krachtens art. 397 B. W. door inschrijvingen op het Grootboek der nationale schuld was vervangen. De vraag was nu, hoe de voogd van de ten onrechte door den kantonrechter genomen inschrijving bevrijd kon worden.

Ten slotte nog eene opmerking, om te bewijzen tot welk resultaat men komt door den toezienden voogd de hem in dit proefschrift ontzegde bevoegdheid toe te kennen. Gesteld, dat het geval van artikel 431 B. W. zich voordoet, bijv. dat de voogd overleden is; de toeziende voogd neemt nu in zijne hoedanigheid de voogdij tijdelijk waar; wanneer er daden van voogdij geen uitstel kunnen lijden, verricht hij deze. Hij blijft intusschen toeziende voogd, en behoudt dus ook zijne bevoegdheden als zoodanig. Het zou nu zeer goed kunnen voorkomen, dat hij, zelfs geheel te goeder trouw handelende, om de erfgenamen van den voogd ter wille te zijn, toestemming gaf tot doorhaling der hypotheek, op de goederen van den voogd rustende. Hij zou bijv. kunnen meenen, dat de administratie van den voogd voor den minderjarige geheel in orde is, en dat er dus tegen dadelijken afstand der zekerheid geen bezwaar bestaat, terwijl later misschien zal blijken, dat de minderjarige in de hypotheek een eenig middel zou gevonden hebben om het dan eerst aan het licht gekomen tekort aan te vullen. De hypotheek zal nu echter teniet-

gegaan zijn, immers de toeziende voogd was bevoegd haar te doen royeeren, de minderjarige zal zich tevreden moeten stellen met een verhaal op de erfgenamen van den voogd. Tot dergelijke gevaarlijke en teleurstellende conclusies komt men bij het aannemen van deze met den geest der wet zeer zeker strijdige bevoegdheid van den toezienden voogd.

HOOFDSTUK III.

Beteekenis en gevolgen van de doorhaling der hypotheek, toegestemd door den toezienden voogd.

Zijn wij in de voorgaande hoofdstukken tot de conclusie gekomen, dat de toeziende voogd onbevoegd is om zijne toestemming tot doorhaling der voogdij-hypotheek te geven, zoolang het beheer duurt en de hypotheek niet op wettige wijze verminderd of vervangen wordt, dit neemt niet weg, dat het toch kan voorkomen, dat de toeziende voogd buiten de geoorloofde gevallen zoodanige toestemming geeft.

Wat zal nu het effect van de daarop gevolgde doorhaling zijn? Immers de doorhaling zal inderdaad plaats hebben, de hypotheekbewaarder kan zijn dienst niet weigeren. Tot het verrichten toch van de doorhaling der hypothecaire inschrijving is hij volgens art. 1240 B. W. verplicht over te gaan, zoodra hem eene «authentieke akte, waarbij tot de doorhaling wordt gemachtigd, of een authentiek afschrift van zoodanige akte of van het vonnis, daartoe strekkende» wordt overgelegd. Tot zover slechts gaat zijne aansprakelijkheid; alleen wanneer hij doorhalingen zonder de overlegging van de genoemde

stukken verricht, is hij verantwoordelijk, art. 1266, 3^o zegt het uitdrukkelijk. Aldus overwoog ook de Hooge Raad in zijn arrest van 14 April 1843, en sedert dien tijd is het de bijna algemeen aangenomen meening, dat de hypotheekbewaarder alleen verplicht en bevoegd is te onderzoeken, of de overgelegde stukken, machtigende tot doorhaling, «materieel» ¹⁾ aan het voorschrift der wet voldoen. Ons hoogste rechterlijk college overwoog voorts, dat de hypotheekbewaarder «geenszins verplicht is om zich van de qualiteit der verzoekers te vergewissen, noch voor de juistheid van het gedane onderzoek in te staan of voor de gevolgen der gedane doorhaling te verantwoorden, indien dezelve later bleek door onbevoegden of ten onrechte te zijn gevraagd» ²⁾.

Men moge van gevoelen zijn, dat de bevoegdheid om de innerlijke waarde en juistheid der overgelegde stukken te beoordeelen den hypotheekbewaarder jure constituendo behoort te worden verleend; men moge zelfs meenen uit de tegenwoordige wetsbepalingen, door art. 1239 en art. 1240 samen te vatten, te kunnen opmaken, dat ook onder de huidige wetgeving den hypotheekbewaarders die verplichting op straffe van hunne verantwoordelijkheid voor verkeerde doorhalingen is opgelegd ³⁾, geen hypotheek-

¹⁾ Ware het woord „formeel” hier niet juister door den Hoogen Raad gebezigd?

²⁾ Dit arrest is te vinden o. a. in W. v. h. R. 389, Themis, V, 1844, pag. 274 vlg. Recht en Wet, XII, blz. 162 vlg.

³⁾ Aldus Mr. G. M. v. D. LINDEN in Themis IV, 1843, blz. 22—25; Mr. J. J. v. STEENBERGEN in Themis V, 1844, blz. 269. Rb. Heerenveen 16 Oct. 1842, W. v. h. R. 406.

Voor de tegenovergestelde meening zie men Mr. J. E. GOUDSMIT in Themis IV, 1843, blz. 119 vlg. welke schrijver behalve op art. 1240

bewaarder zal waarschijnlijk in afwijking van de genoemde beslissing van den Hoogen Raad handelen, en zich zoodoende buiten noodzakelijkheid een nieuwe verantwoordelijkheid scheppen. Hij zal dus bij overlegging van de vereischte stukken, de doorhaling doen, liever dan, wanneer hij de meening is toegedaan, dat de wet hem wel het recht geeft en de verplichting oplegt om ook de interne geldigheid der akte te onderzoeken, door eene eventueele weigering het oordeel van den rechter uit te lokken; want, hoe ook de oplossing van het verschil moge uitvallen, hij wint er niets mede. Stelt de rechter hem in het ongelijk, dan komen de proceskosten te zijnen laste, en bevestigt de rechter ten slotte het arrest van den Hoogen Raad niet, dan ziet hij zich voortaan weer een groote verantwoordelijkheid voor alle doorhalingen op de schouders gelegd ¹⁾).

Men leide uit dit alles niet af, dat de overlegging van elke akte, die slechts uiterlijk met de in art. 1240 voorgeschrevene overeenkomt, den hypotheekbewaarder direct verplicht de doorhaling te doen. Dit schijnt mij de meening te zijn van Mr. A. DE PINTO in zijn «Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek» ²⁾, waar hij zegt: «hij (d. i. de hypotheekbewaarder) kan derhalve de door-

en 1266, 3^o ook nog op art. 1265 al. 2 wijst, en Mr. A. DE PINTO ter zelfder plaatse blz. 197 vlg., die bij het ontbreken van een uitdrukkelijke wetsbepaling, den hypotheekbewaarder de bevoegdheid moet ontzeggen; hij wijst bovendien op eene uitdrukkelijke uitlating der regeering bij hare toelichting der ontwerp-wet, waaruit het uitgesloten zijn van het recht van onderzoek der bewaarders blijkt. blz. 200.

¹⁾ Vergelijk Mr. v. STEENBERGEN, blz. 274, Themis 1844, V.

²⁾ Deel II, § 712 (zesde druk).

haling niet weigeren, noch onder voorwendsel van een gebrek in den vorm der akte, noch op grond, dat de schuldeischer onbekwaam is om over zijne rechten te beschikken uit hoofde van minderjarigheid etc....» Liever sluit ik mij aan bij de meening van Prof. DIEPHUIS, die, ook van de juistheid der beslissing van den Hoogen Raad in 1843 overtuigd zijnde, en de bevoegdheid tot onderzoek naar de echtheid der akte en naar de waarheid van haren inhoud ontkennende, toch van oordeel is, dat «de hypotheekbewaarder wèl doet met de doorhaling te weigeren als de akte de toestemming inhoudt van een ander dan den ingeschreven schuldeischer, die ook niet als diens erfgenaam of rechtverkrijgende of als lasthebber optrad, of wanneer den bewaarder bekend is, dat hij, die de toestemming gaf, de noodige bekwaamheid om te handelen miste», daar dan niet van de toestemming der bevoegde belanghebbende partij blijkt, «dus ook niet van het in art. 1239 gesteld vereischte»¹⁾. Eerst, wanneer zóó de taak van den bewaarder der hypotheeken opgevat wordt, komt men m. i. tot goede resultaten. Wel brengt eene ongeldige doorhaling geen nadeel toe aan den werkelijk rechthebbende, gelijk wij hierachter zullen zien, en zou men uit dat oogpunt de zaak beschouwende, de doorhaling geoorloofd kunnen achten na het overleggen van een bloote akte in den voorgeschreven vorm, maar men mag tevens niet uit het oog verliezen, dat eene doorhaling, die zonder gevolg zal blijven, zoo veel mogelijk vermeden moet worden, omdat het publiek

¹⁾ DIEPHUIS „Systeem” VII, blz. 531 en 532.

veel, misschien wel te veel, waarde hecht aan de openbare registers ¹⁾, en onjuiste boekingen het vertrouwen schokken en in elk geval last en moeite veroorzaken aan hen, die de registers raadplegen, zoodat men een streven om de registers zoo betrouwbaar mogelijk te doen zijn, moet begunstigen, voorzover dit met de wettelijke grenzen van de macht der bewaarders te rijmen valt. Bij deze opvatting zal men het meest mogelijke nut trekken van «de bij de wet aangewezenen werktuigen der publiciteit en authenticiteit», zooals Mr. GOUDSMIT de hypotheekbewaarders en nog meerdere ambtenaren noemt ²⁾. Hen geheel als machines te laten werken schijnt mij volgens de wet niet noodig, hoewel dit in de practijk toch schijnt te gebeuren, naar ik meen te mogen opmaken uit eenige woorden in de Memorie van Toelichting op het ontwerp-wet ter vervanging van Titel XX B. W., in 1870 ingediend door de staatscommissie van 1867. Na een voorbeeld uit de practijk aangehaald te hebben, komt men in genoemde M. v. T. tot de uitspraak: «De lijdelijkheid van den bewaarder . . . kan geene akte, zelfs niet als de meest onbevoegde zich daarin tot de hypotheek in betrekking stelt, doen weren» ³⁾.

Ook art. 1268 B. W. geeft reden tot de meening, dat de hypotheekbewaarder, als hij bv. weet, dat de verzoeker geen erfgenaam is van den schuldeischer, de doorhaling kan weigeren; het gewaagt niet van eene aansprakelijkheid voor zijne weigering of vertraging tot

¹⁾ Vergelijk Recht en Wet XII, blz. 169.

²⁾ In Themis IV, 1843, pag. 122.

³⁾ Zie het verslag dezer Staatscommissie op blz. 153.

doorhaling, en dit hangt dan ook samen met het «materieel onderzoek» volgens art. 1240 ¹⁾).

Wanneer den hypotheekbewaarder nu een akte in den juiste vorm wordt overgelegd, waarbij de *toeziende voogd* zijne toestemming tot doorhaling der hypotheek geeft, zal eerstgenoemde zijne werkzaamheid niet mogen weigeren. Het onderzoek naar de bevoegdheid van den toezienenden voogd ligt, als te diep ingrijpend, buiten den machtskring van den hypotheekbewaarder, het is een kwestie, waarover de rechter moet oordeelen. Wanneer uit de overgelegde akte voldoende blijkt van de qualiteit des verzoekers, en wanneer de opgegevene qualiteit dezen in het algemeen tot den bevoegden persoon maakt, dan is verder onderzoek van den hypotheekbewaarder in strijd met de wet. De doorhaling zal dus moeten geschieden. Zoo overwoog ook het Hof van Overijssel bij zijne beslissing van 18 Juli 1842 ²⁾: «Overwegende, dat echter de beoordeeling over de meer of mindere bevoegdheid tot het passeeren van de akte daar vermeld (d. i. in art. 1240), zich geenszins uitstrekt over het inwendige der akte, en over de, naar het oordeel der hypotheekbewaarders, meer of minder nauwgezette uitoefening van die bevoegdheid, maar alleen, of ingeval een toezierende voogd handelt uit kracht van art. 427 van het Wetboek, van de qualiteit van den verzoecker tot vernietiging der inschrijving behoorlijk blijkt»; «overwegende, dat toch de beoordeeling van verdere bevoegdheid, en in hoe-

¹⁾ Aldus ASSER in zijn „Het Nederl. Burg. Wetb. vergeleken met het Wetb. Napoleon” § 655, pag. 446.

²⁾ Te vinden in het Rechtsgeleerd Bijblad, V (1843), blz. 403.

verre die wordt uitgeoefend of verzuimd, te verre zoude leiden, en in allen gevalle bij de wet aan de hypotheekbewaarders niet is opgelegd». En bij het reeds genoemde arrest van den Hoogen Raad van 14 April 1843 werd dit arrest bevestigd.

De doorhaling zal dus moeten geschieden, zeide ik, maar daarmee is dan niet uitgesloten, dat later daarop kan worden teruggekomen, dat men later door den rechter kan doen uitmaken, of de toeziende voogd in casu nu werkelijk wel de bevoegde belanghebbende was, die geldig zijne toestemming kon geven. Wat zal dus het gevolg van de doorhaling zijn? Zal zij, als geldig, de inschrijving vernietigen of, als ongeldig, zonder uitwerking blijven? Zoo stelde ik reeds bij den aanvang van dit hoofdstuk mijne vraag, en ik herhaal haar thans.

Ook omtrent de oplossing dezer vraag bestaat niet veel verschil van meening meer, voor ongeveer een halve eeuw was dat anders. Toen betoogde men eenerzijds, dat elke doorhaling, ook die door een onbevoegde gedaan, de hypotheek vernietigt, immers de wet eischt voor het bestaan der hypotheek eene inschrijving, die door de doorhaling verdwijnt en dus met haar de hypotheek zelve. De, door de machtiging van een onbevoegde, van zijn zakelijk recht beroofde schuldeischer kan wel weer een inschrijving krijgen, als de schuldenaar het goed nog bezit, maar deze zal dan rang hebben eerst van het oogenblik, dat zij op nieuw genomen is. Verder heeft de beroofde schuldeischer slechts een verhaal wegens onrechtmatige daad ¹⁾. Anderzijds werd beweerd, dat

¹⁾ Zie aldus Mr. G. M. v. D. LINDEN in Themis IV, 1843, pag. 2

alleen de doorhaling, door een bevoegde toegestemd, de inschrijving en met haar de hypotheek vernietigt. De wet en hare geschiedenis leidden tot die conclusie. Art. 1239 spreekt dit gevolg duidelijk uit. Het geeft een recht aan den bevoegde, ontbreekt de bevoegdheid dan ontbreekt dientengevolge het recht tot doorhaling, en wordt deze beschouwd als niet te zijn geschied. Art. 1265 alinea 2 bevestigt deze meening, de doorhaling wordt daar aangemerkt als een bloot feit, door hetwelk op zichzelf niet over eenig recht wordt beschikt; vandaar het voorschrift, dat de hypotheekbewaarder op zijn afschrift of getuigschrift *van die daadzaak zonder verdere bijzondere aanduiding* moet melding maken. Zoo-doende worden zij, die met den eigenaar van het bewuste goed handelen er op aandachtig gemaakt, dat zij moeten onderzoeken wat die doorhaling heeft teweeggebracht, of de hypotheek ondanks de doorhaling nog bestaat, ja dan neen. Bij de samenstelling der wet werd dit duidelijk uitgesproken en door de aanneming der wet bevestigd. Artikel 1253, handelende over het tenietgaan der hypotheeken, maakt dan ook van de doorhaling als zoodanig geen melding ¹⁾.

Dit is de meening, die ook omhelsd werd in het ge-

vlg. en Mr. J. J. v. STEENBERGEN in Themis V, 1844, pag. 263 vlg.

Ook de heer WATTEL, zie W. N. en R. 1878, n^o. 425, pag. 55, schijnt dit gevoelen toegedaan te zijn, waar hij vraagt: Zal die nieuwe inschrijving hem (d. i. den crediteur) veel baten? Immers alleen nietigheid van de doorhaling zou het gewenschte effect hebben?

¹⁾ Over het gevolg der doorhaling schreven in dezen geest: Mr. J. E. GOUDSMIT Themis IV, 1843, blz. 107 vlg., Mr. A. DE PINTO „Handleiding tot het B. W.” II, § 712 en § 723, 2^o, en in Themis IV, 1843, pag. 193 vlg. Men zie voorts W. N. en R. 1888, n^o. 956.

melde arrest van den Hoogen Raad van 14 April 1843 en die door het arrest van hetzelfde college den 22^{sten} November 1889 is bevestigd ¹⁾, in overeenstemming met de conclusie van den advocaat-generaal Mr. VAN MAANEN ²⁾. Ook Prof. DIEPHUIS ³⁾ en Prof. OPZOOMER ⁴⁾ nemen dit aan, hoewel zij ook aan de geldige doorhaling op zichzelf geen kracht toekennen. «De doorhaling» zegt eerstgenoemde schrijver ⁵⁾, «is het middel om door de openbare registers het te niet gaan eener hypotheek aan te kondigen», meer doet zij niet; zij «is niet voldoende om op zichzelf eene gevestigde hypotheek werkelijk op te heffen door de bekendmaking, dat zij te niet gegaan is, wanneer zij niet ook inderdaad is te niet gegaan.» De inschrijving wordt dan ook niet vernietigd, «maar wordt, terwijl zij zelve (t. w. de inschrijving) in stand blijft, eenvoudig daarnevens aangeteekend, dat de hypotheek heeft opgehouden te bestaan». Deze uitspraak staat in verband met de beteekenis, welke Z.Hgel. aan het woord «doorhaling» hecht. De doorhaling beschouwt Z.Hgel., en Prof. OPZOOMER evenzoo, van een ander standpunt dan de H. R. (bij het arrest van 1843) en de hierboven aangehaalde schrijvers. Hij let meer op de juridische beteekenis, op hetgeen werkelijk geschiedt, hij let op de bepaling

¹⁾ P. v. J. 1889, n^o. 143, W. v. h. R. 5794. Zie ook arr. rb. 's Hage 2 Maart '88. P. v. J. 1888, n^o. 41, W. v. h. R. 5540.

²⁾ Cfr. alinea 18 van die conclusie: „het royement creëert geen rechten voor derden, het is eenvoudig een administratieve maatregel.”

³⁾ „Systeem” VII, blz. 533, vlg.

⁴⁾ Mr. C. W. OPZOOMER „Het Burgerlijk Wetboek verklaard,” IV pag. 660 sq.

⁵⁾ t. a. p. blz. 537 en 538.

van art. 15 K. B. van 8 Aug. 1838 Stb. n°. 27, dat de doorhaling «wordt verricht op den kant van de overschrijving van het borderel, door middel van eene door den bewaarder gedagteekende en onderteekende verklaring, in welke de ten kantore overgelegde bewijsstukken worden vermeld», en houdt in het oog, dat er dus geen materieele vernietiging der inschrijving plaats heeft, dat deze niet onleesbaar gemaakt wordt of niet door daarover gehaalde strepen zelve aangetast wordt. ¹⁾

De Hooge Raad bij zijn arrest van 1843 en de boven bedoelde schrijvers daarentegen letten meer op hetgeen de woordelijke beteekenis van «doorhaling» doet denken, en formuleeren daarom het gevolg van de doorhaling in overeenstemming met de letterlijke beteekenis, den dagelijkschen zin van het woord. Als men dit slechts in het oog houdt, ziet men geen verschil tusschen de beide laatstgenoemde opvattingen omtrent het gevolg der doorhaling. De Hooge Raad bij zijn arrest van recenteren datum in de voorlaatste overweging schrijvende «dat het *recht van hypotheek* niet te niet gaat tengevolge van de doorhaling der inschrijving . . . etc.», vermijdt daardoor — wellicht opzettelijk — het woord «doorhaling» in de eene of andere beteekenis te gebruiken, maar bevestigt desniettemin de sedert 1843 geldende leer, die ook mij voorkomt de eenige juiste te zijn.

Verdere uitweiding over de beteekenis en de gevolgen der doorhaling meen ik hier achterwege te kunnen laten, omdat het gevolg van de doorhaling, door een onbevoegde toegestemd, in de practijk vaststaat.

¹⁾ Zie DIEPHUIS „Systeem” VII, blz. 523.

De toeziende voogd, buiten de gevallen van vermindering of vervanging der voogdij-hypotheek in het royement toegestemd hebbende, zal door zijne onrechtmatige handeling den minderjarige dus niet van zijne zekerheid beroofd hebben. De doorhaling heeft geen gevolg, de hypotheek is niet te niet gegaan, en wanneer ter gelegener tijd de uitoefening van zijn zakelijk recht voor den pupil noodzakelijk is, dan zullen derden, die, door des hypotheekbewaarders vermelding van de daadzaak der doorhaling in slaap gewiegd, geen nader onderzoek instelden, maar het onroerend goed van den voogd van hypotheek ontlast waanden en daarom meenden veilig met hem te kunnen handelen, zich ten slotte bedrogen zien en zichzelf dat te wijten hebben.

Dat er «geen hypothecaire waarborg voor minderjarigen ten aanzien hunner voogden» is, als gevolg van het tegenwoordig aangenomen hypotheekstelsel, zooals Mr. VAN STEENBERGEN ¹⁾ beweert, schijnt mij op grond van het voorgaande geheel onaannemelijk, al zij het toegegeven dat het «hypothecair crediet» veel zou winnen bij een absolute betrouwbaarheid der openbare registers. Doch ook bij het tegenwoordige stelsel moet naar dit laatste zooveel mogelijk gestreefd worden. Hoe minder ongeldige doorhalingen, hoe grooter de waarde der openbare registers!

Het is eene zedelijke verplichting der notarissen de waarde der registers door de ambtsuitoefening hunnerzijds te helpen verhoogen. In hunne macht ligt het veelal om ongeldige doorhalingen te voorkomen. Zij moeten

¹⁾ In Themis V, 1844, blz. 273.

onbevoegde personen van toestemming tot doorhaling afbrengen, wanneer deze zich tot hen wenden om een akte van doorhaling te laten opmaken, en zijn niet, zooals Mr. J. E. GOUDSMIT ook ten aanzien van hen betoogt, slechts «werktuigen der publiciteit en authenticiteit», die «daadzaken verhalen en beschrijven, en de beslissing daarvan aan den rechter overlaten», al verrichten zij ook geen onrechtmatige daad, wanneer zij «een akte van hypotheek opmaken van goederen, welke de schuldenaar niet vermag te vervreemden of te bezwaren». ¹⁾ De notaris, moet evenals de hypotheekbewaarder, zooveel dat in zijne macht ligt, voor de geldigheid van zijne akten van doorhaling, zoowel in- als uitwendig, zorg dragen. Hij moet de bevoegdheid der verzoekers onderzoeken en zodoende des hypotheekbewaarders bevoegdheid aanvullen, en twijfelde hij vroeger over de bevoegdheid van den toezienden voogd, het veelmaal geciteerde arrest van den Hoogen Raad van 22 Nov. 1889 wijst hem thans den weg. ²⁾

¹⁾ Cf. Themis IV, 1843, blz. 122.

²⁾ Zie omtrent de verplichting van den notaris te dezen opzichte het opstel van den heer W. H. VAN MEUKEREN in Recht en Wet, XII, blz. 165—170.

HOOFDSTUK IV.

Het Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek.

Vele van de op de voogdij-hypotheek betrekking hebbende vragen, waartoe de tegenwoordige wetgeving aanleiding geeft, zijn bij het Ontwerp, dat in 1886 door de in 1880 benoemde Staatscommissie tot herziening van het Burgerlijk Wetboek ingediend werd, opgelost.

De verplichting van elken voogd, met uitzondering van bestuurders van instellingen van weldadigheid als zoodanig, om tot zekerheid van zijn beheer hypotheek te geven tot een bedrag, geëvenredigd aan de uit dat beheer voortvloeiende verantwoordelijkheid, is behouden. Daarnaast is ook voor hen, die geen voor hypotheek vatbare goederen bezitten, de verplichting in het leven geroepen om inschrijvingen op het grootboek der nationale schuld tot hetzelfde bedrag te verbinden, iets wat tot nu toe niet van deze personen geëischt wordt. (art. 422 Ontwerp) Een uitdrukkelijke bepaling legt den kantonrechter op *ambtshalve* bedoeld bedrag te bepalen: *ambtshalve*, zoodat men thans ook aanneemt, doch niet met ronde woorden in de wet leest. Voorts zal eene goede toevoeging zijn de bepaling van den tijd, binnen welken de kanton-

rechter de hoegrootheid van het bedrag der zekerheid moet bepalen. Terwijl de kantonrechter thans wellicht door gebrekkige inlichtingen of onvoldoende medewerking van den voogd en den toezienden voogd zich van de mogelijkheid uitgesloten ziet om eenigszins nauwkeurig de hypotheeksom te kunnen bepalen, en misschien op grond van de onvoldoende gegevens zich van zijn verplichting ontslagen zal achten, legt art. 423 van het Ontwerp hem op om ook bij onvoldoende kennis van den staat van het vermogen van den minderjarige, door de schuld van den voogd en den toezienden voogd, het bedrag der zekerheid te bepalen. De voogd zal zichzelf in dat geval zijne bezwaring, voor meer dan noodig is, te wijten hebben.¹⁾

Voogd en toezienden voogd beiden dwingt het Ontwerp in art. 424 en 427 om uitvoering te geven aan de beschikking van den kantonrechter. Voldoet de voogd niet binnen een maand na des kantonrechters beschikking aan zijne verplichting om goederen, waarop de hypotheek zal gevestigd worden aan te wijzen, dan moet de toeziende voogd zulks doen. Met de zorg voor de inschrijving der hypotheek (en de aantekening van het verband op het grootboek) blijft de toeziende voogd belast, maar het nalaten van die verplichting heeft volgens het Ontwerp meer dan de enkele eigen verantwoordelijkheid van den toezienden voogd tengevolge. (art. 390 al. 4 en 428 B. W.) Art. 427 Ontwerp toch geeft eene bepaling, waardoor voor de nakoming dezer verplichting gewaakt, en dit aan de contrôle van den

¹⁾ Cfr. Mem. v. Toel. ad art. 423 van het Ontwerp.

kantonrechter wordt onderworpen. De toeziende voogd moet binnen drie maanden na de bepaling van het bedrag der zekerheid de bewijzen der gestelde zekerheid ter griffie van het kantongerecht inzenden. Aldus weet nu de kantonrechter, of er werkelijk zekerheid is gesteld, en zoo neen, dan brengt hij de zaak ter kennis van den Officier van Justitie, die de verder noodige maatregelen zal nemen.

Doet het Ontwerp dus een der zwakste punten van onze wet verdwijnen nl. de mogelijkheid, dat de toeziende voogd, zonder dat daaraan iets te doen is, zijne verplichting van art. 390 al. 4 en art. 428 B. W. verwaarloost, — om welke reden dan ook, hetzij omdat hij geen zekerheid noodig acht wegens de soliditeit en nauwgezetheid van den voogd, hetzij uit een zucht tot begunstiging van dezen, hetzij wegens eenvoudige plichtsverzaking, — bij het feit, dat plichtsverzuim op dit punt bij den toezienden voogd niet meer met schadelijk gevolg kan voorkomen, geeft het nieuwe Ontwerp ook eene bepaling omtrent het ophouden der zekerheid gedurende de voogdij. Zagen wij, dat de vraag, of de voogdij-hypothek buiten de gevallen van vermindering of vervanging vóór den afloop van het beheer kan verdwijnen, onder de thans geldende wet ontkennend moet beantwoord worden, op grond van algemeene beginselen, van het groote gewicht door den wetgever aan zekerheid voor de minderjarigen gehecht, en last not least van het stelsel der wet betreffende de voogdij-hypothek, art. 428 van het Ontwerp voorkomt zelfs die vraag en daarmee den strijd over hare oplossing. Dit art. 428 leert ons: «Gedurende de voogdij mag de inschrijving van de

hypotheek, buiten het geval van gerechtelijke rangschikking, niet worden doorgehaald, noch het verband op het grootboek opgeheven dan op bevel van den kantonrechter, na verhoor van den voogd, van den toezienenden voogd en, zoo hij het dienstig acht, van den familieraad.»

Daardoor wordt dus de mogelijkheid geschapen om de zekerheid, ook buiten het geval van gerechtelijke rangschikking, gedurende het beheer *geheel* te laten vervallen, maar tegen deze nieuwigheid in onze wetgeving bestaat geen bezwaar, omdat men nu tevens waarborgen heeft, dat zulks niet willekeurig zal geschieden. Wanneer het geval zich gedurende het beheer van den voogd zal voordoen, dat zijne belangen ten zeerste zouden zijn gebaat met eene ontheffing van den last der zekerheid¹⁾, en dat die ontheffing — op grond van de langdurige nauwgezette plichtsvervulling, de soliditeit van den voogd, en op grond bijv. van den aard der handelondernemingen, waarvoor de voogd zijne van last bevrijde goederen zoude willen gebruiken — volgens het oordeel van den kantonrechter zonder gevaar voor den minderjarige zou kunnen worden toegestaan, in zulk een geval zal de nieuwe bepaling eene goede toepassing kunnen vinden. De belangen van den minderjarige zal men genoegzaam verzekerd kunnen achten door de noodzakelijkheid van een *bevel*

¹⁾ „Men denke aan het geval, dat de langstlevende der ouders ten behoeve en tot instandhouding van handel of bedrijf, genoodzaakt is geld op te nemen,” zegt de commentator van het vonnis der rb. te 's Hage van 2 Maart 1888, om te bewijzen hoe het in de practijk kan voorkomen, dat ook de minderjarige er groot belang bij heeft, dat de te zijnen behoeve gestelde hypotheek voor een andere plaats make. Zie het Tijdschr. der Not. VI, blz. 114.

van den kantonrechter tot doorhaling van de hypotheek en de opheffing van het verband op het grootboek; zoodanig bevel zal nooit zonder goeden grond gegeven worden.

Met de nieuwe bepaling, zal zij eenmaal wet geworden zijn, heeft men voorts bewerkt, dat de hypotheekbewaarder aan een akte, waarbij de toeziende voogd machtigt tot doorhaling der voogdij-hypotheek, geen gevolg meer zal geven. De toeziende voogd zal dit onder de tegenwoordige wetgeving kunnen doen; de hypotheekbewaarder zal doorhalen, zooals wij in het voorgaande hoofdstuk zagen, al is eerstgenoemde ook volkomen onbevoegd daartoe, en al zal daarom de hypotheek niettegenstaande de doorhaling blijven bestaan. Toch is het voordeel van art. 428 Ontwerp niet gering; want de minderjarige moge door de doorhaling van zijn hypotheek onder de tegenwoordige omstandigheden niet direct benadeeld worden, de aantekening van die doorhaling in de openbare registers zal die registers in strijd doen zijn met de waarheid, een onjuist beeld van de werkelijkheid geven, en dat is èn voor de zoozeer gewenschte absolute betrouwbaarheid dier openbare registers zeer nadeelig, èn bezorgt den minderjarige of zijne vertegenwoordigers veel last, omdat dikwijls een proces niet te vermijden zal zijn, ten einde het in stand blijven der hypotheek door den rechter te doen uitmaken. Het geding, dat eindigde met het door mij herhaaldelijk genoemde arrest van den Hoogen Raad van 22 November 1889, geeft het duidelijke bewijs hiervan.

Ten slotte zij nog opgemerkt, dat men in genoemd geding, ten betooge, dat de toeziende voogd ook onder de werking der tegenwoordige artikelen 390—399 B. W.

de bevoegdheid bezit, welke wij hem in dit proefschrift ontzegd hebben, een beroep heeft gedaan o. a. op de Memorie van Toelichting op art. 428 van het Ontwerp. Ook Prof. LAND meent een bestaan van deze bevoegdheid van den toezienden voogd in die Toelichting te kunnen lezen. ¹⁾ Deze luidt: «Naar het bestaande recht kan de ten behoeve van minderjarigen gestelde zekerheid zonder rechterlijke tusschenkomst of bewilliging worden doorgehaald. Ook ten aanzien daarvan is de toeziende voogd oppermachtig. De hypotheekbewaarder mag niet weigeren op grond, dat, volgens artikel 398 B. W., zoolang de voogdij duurt, de bedoelde waarborg in stand moet blijven. (Arrest van den Hoogen Raad van 14 April 1843, Nederl. Rechtspr. Dl. 13 § 96.) Wil dus de toeziende voogd op zijne verantwoordelijkheid de doorhaling toestaan, niemand kan er zich tegen verzetten. Daardoor worden practijken mogelijk, die in het verslag der Staatscommissie van 1867 aldus worden aangeduid: «met conniventie van den toezienden voogd wordt de inschrijving eener in het belang van minderjarigen ingeschreven hypotheek doorgehaald, hetzij om tot eene vervreemding van het verbonden goed te geraken, hetzij om daardoor de gelegenheid te verkrijgen tot geldopneming onder eerste hypothecair verband, daar de hypotheek van minderjarigen, later weer ingeschreven, een lageren rang verkrijgt,» zie blz. 176. Het thans voorgedragen artikel is tegen dergelijke handelingen gericht.»

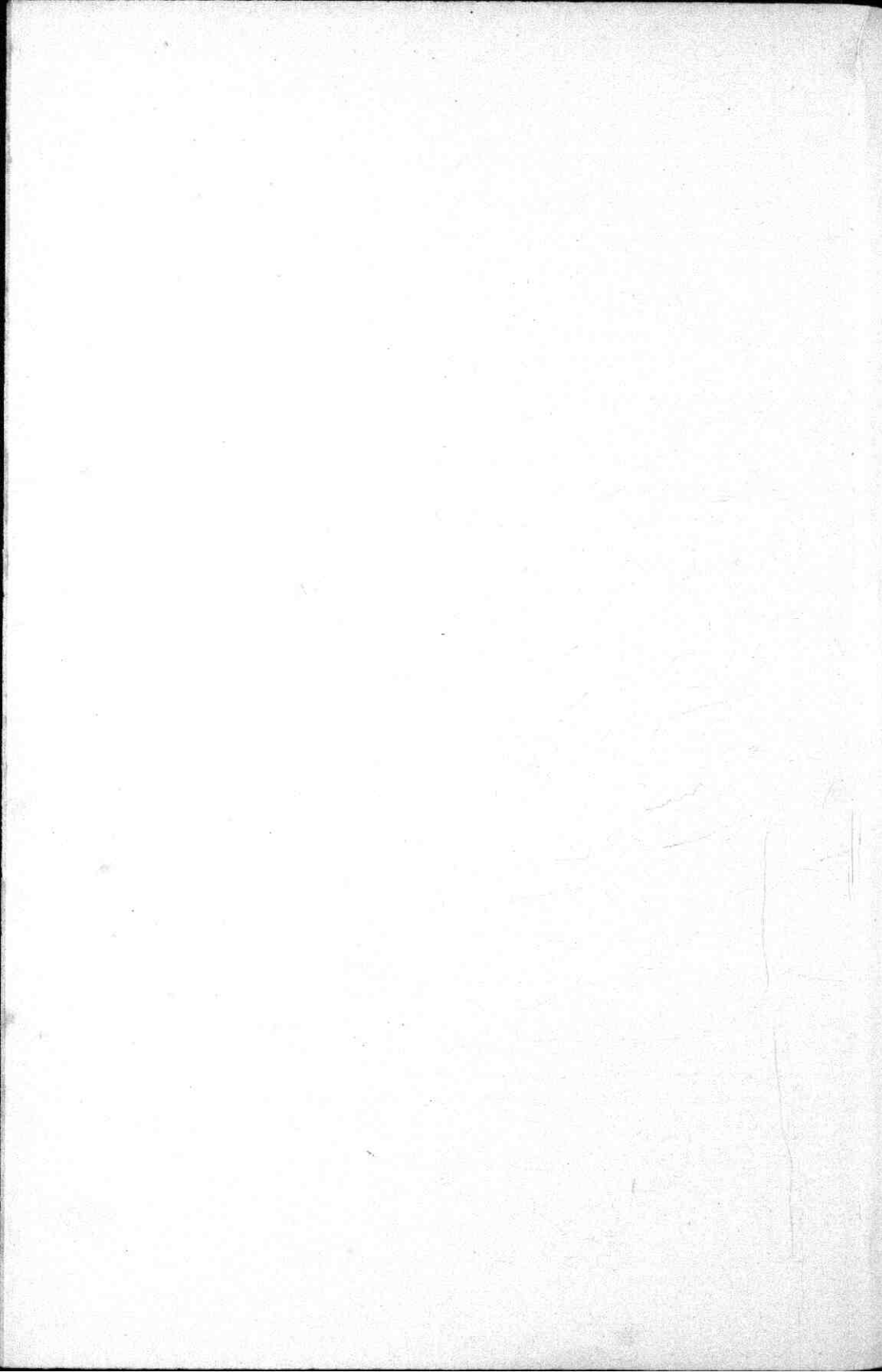
Het komt mij, in alle bescheidenheid gezegd, voor,

¹⁾ Zie zijn „Verklaring van het Burgerlijk Wetboek” deel I, blz. 369, noot 3.

in die woorden niets anders te mogen lezen, dan dat thans de hypotheekbewaarder na overlegging van een machtiging, door den toezienden voogd gegeven, gehouden is de hypotheek te royeeren. Niet anders dus dan wat ik nog zoo even betoogde, kan men in de Memorie van Toelichting lezen, m. a. w. daaruit valt niet op te maken, dat de staatscommissie als haar oordeel heeft willen uitspreken, dat die doorhaling ook de hypotheek doet te niet gaan. Zulk een uitspraak zou men daar ook moeilijk kunnen verwachten, waar niet over de beteekenis der doorhaling gehandeld wordt, maar alleen over de machtsuitoefening door den toezienden voogd. Alleen de volgende zin zou misschien nog twijfel omtrent de bedoeling der staatscommissie kunnen opwekken: «Wil dus de toeziende voogd *op zijne verantwoordelijkheid* de doorhaling toestaan, niemand kan er zich tegen verzetten». Hun, die zulk een gewichtige uitspraak in dien zin willen lezen, zoude ik echter met den advocaat-generaal Mr. A. TELDERS ¹⁾ willen tegenvoeren: «of hij (d. i. de toeziende voogd) zóó zijne toestemming tot doorhaling kan geven, dat de hypotheek *te niet gaat* en dat is de vraag — wordt in de memorie niet beslist. Die vraag is dan ook van te groot belang, dat wij haar beslissing hier zoo «en passant» kunnen verwachten».

¹⁾ Zie zijne conclusie behoorende bij het arrest van het Hof te 's Hage van 4 Febr. 1889 in T. d. N. VI, blz 275; en voorts de conclusie van den advoc. gen. Mr. VAN MAANEN, voorafgaande aan 't arrest van den H. R. van 22 Nov. 1889. P. v. J. 1889, n^o. 143, W. v. h. R. 5794 (alinea 19 van die conclusie).

STELLINGEN.



STELLINGEN.

I.

Wie een dos geeft, is jure Romano alleen tot vrijwaring gehouden, wanneer deze uitdrukkelijk is beloofd of de zaken bij de overgave zijn geschat.

II.

De toeziende voogd behoeft in het geval van art. 397 B. W. geen machtiging van den kantonrechter om rechts-geldig te kunnen toestemmen in de doorhaling van de hypotheek, door den voogd ten behoeve van den minder-jarige gesteld.

III.

De koper van een erfenis is niet bevoegd de hereditatis petitio in te stellen.

IV.

Hij, die tot betaling eener schuld is veroordeeld, omdat hij de voldoening daarvan niet kon bewijzen, tengevolge van het zoek raken der kwitantie, heeft op grond van het teruggevonden stuk geene *condictio indebiti*.

V.

De aanstelling van een bewindvoerder door den erf-later, overeenkomstig art. 1066 B. W., ontnemt den erfgenaam het recht van beschikking over de onder bewind gestelde goederen.

VI.

Verkeerdelijk brengen sommigen onder het «vernietigen der schuldbekentenis» in art. 1397 al. 2 B. W. ook het te niet gaan der schuld door verjaring.

VII.

Bij een gemeenschap van winst en verlies moet hetgeen door geluk is verkregen als winst aangemerkt worden.

VIII.

De ambtenaar van den burgerlijken stand zal tot de voltrekking van een huwelijk, na plaats gehad hebbende stuiting, mogen overgaan, wanneer hem de opheffing der stuiting bij deurwaarders-exploit is aangezegd.

IX.

Het ware wenschelijk, dat bij pro deo procedures de Staat de vergoeding aan getuigen en deskundigen betaalde, althans voorschoot, voorzover die kosten ten laste van den onvermogende komen.

X.

Terecht neemt de jurisprudentie aan, dat alle getuigen-verhoor met gesloten deuren moet plaats hebben.

XI.

Uit art. 98, 3^o. Wb. v. B. Rv. mag niet afgeleid worden, dat ook rechtsvorderingen «tot vergoeding van schade door den huurder aan het verhuurde goed toegebracht» *boven f. 200* ter beslissing komen van den rechter van het kanton, waarin het goed gelegen is.

XII.

De schadevergoeding bij aanvaring strekt zich uit niet alleen tot de materieele schade, maar ook tot de gederfde winst; de algemeene regel van art. 1282 vlg. B. W. moet bij de berekening van den omvang der schade gevolgd worden.

XIII.

Hij, die krachtens onvolledig endossement houder van eenen wisselbrief is, kan niet in eigen naam in rechte optreden om den inhoud des wisselbriefs te vorderen.

XIV.

Het recht van den curator in een faillissement om de brieven aan den gefailleerde houdende te openen (art. 807 W. v. K.) is in strijd met art. 159 der Grondwet.

XV.

Het koopen van bouwmaterialen om daarvan huizen te bouwen, ten einde die huizen te verhuren of te verkoopen, is geen daad van koophandel.

XVI.

Productieve coöperatie, hoewel in sommige bedrijven en onder zekere omstandigheden misschien goede resul-

taten afwerpende, zal over het algemeen niet met succes bekroond worden.

XVII.

De bepaling van art. 4 der wet van 21 December 1861, Stbl. n^o. 129 (Wet op den Raad van State), dat de staatsraden in buitengewonen dienst ten getale van *hoogstens vijftien* kunnen worden benoemd, verdient afkeuring.

XVIII.

De artikelen 74 der Provinciale Wet en art. 47 der Gemeentewet worden te eng opgevat, als men daarin alleen eene uitsluiting van aansprakelijkheid ziet voor meeningen, geuit in een betoog over een aanhangig voorstel.

XIX.

Den gemeenteraden moet de bevoegdheid worden ontzegd om aan de Staten-Generaal te petitioneeren over de al of niet invoering van den persoonlijken dienstplicht.

XX.

Hoe men in het algemeen ook denken moge over de preventieve hechtenis, in elk geval is het in hooge mate te betreuren, dat voor kinderen tusschen de 10 en 16 jaren de bepaling van art. 2 der Wet van 15 Jan. 1886, Stbl. n^o. 7 niet geldt, en de wet hen te dezen opzichte met verdachten boven de 16 jaren gelijk stelt.

XXI.

De niet-regeerende koningin, de prinsen en prinsessen van het koninklijk geslacht zijn strafrechterlijk niet vervolgbaar.

XXII.

Art. 403 W. v. Sv. verbiedt als wettig bewijsmiddel aan te nemen de bekentenis voor den rechter-commissaris gedurende de voorloopige informatiën afgelegd.

XXIII.

Hij, die zich in preventieve hechtenis bevindt en wien overeenkomstig art. 132 W. v. Sv. door den president der rechtbank een raadsman is toegevoegd, is niet verplicht van diens bijstand gebruik te maken.

