Het fideicommissum residui volgens de Nederlandsche wetgeving

6

HET FIDEICOMMISSUM RESIDUI

VOLGENS DE NEDERLANDSCHE WETGEVING.

Stoomdruk van J. van Boekhoven, Utrecht.

HET FIDEICOMMISSUM RESIDUI

VOLGENS DE NEDERLANDSCHE WETGEVING.

Academisch Proefschrift

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

DOCTOR IN HET ROMEINSCH EN HEDENDAAGSCH RECHT

AAN DE HOOGESCHOOL TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

DR. C. H. C. GRINWIS,

GEWOON HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER WIS- EN NATUURKUNDE,

MET TOESTEMMING VAN DEN ACADEMISCHEN SENAAT

EN

VOLGENS BESLUIT DER RECHTSGELEERDE FACULTEIT,

TE VERDEDIGEN

op Woensdag den 23sten Juni 1875, des namiddags om 2 uur,

DOOR

CORNELIS ELIS ACHTERBERG,

GEBOREN TE LOENEN a/d VECHT.

UTRECHT

A. J. VAN HUFFEL.

1875.

AAN MIJN VADER.

INHOUD.

INLEIDING.

Onder de vele weldaden, die de Fransche revolutie, op het einde der vorige eeuw, aan de maatschappij bewees, bekleedt voorzeker het verbod der fideicommissaire substitutiën eene voorname plaats.

Deze soort van erfstellingen toch, aan het Romeinsche recht ontleend en daar uit zeer eenvoudige en natuurlijke beweegredenen ontstaan, had langzamerhand — en reeds in het Romeinsche recht zelf — zoowel met betrekking tot het doel, dat de erflater er mede beoogde, als tot de gevolgen die er aan verbonden waren, zulke veranderingen ondergaan, dat de heilzame uitwerking, die zij in haren oorspronkelijken vorm had, geheel verdwenen was, en zij een instituut was geworden, dat, wel verre van nut te stichten, integendeel het maatschappelijk verkeer onnoemelijke bezwaren in den weg legde. Gaan we, om dit wèl te begrijpen, kortelijk den oorsprong en de ontwikkeling der fideicommissaire substitutiën in het Romeinsche recht na.

In de oudste tijden der republiek was de vrijheid om over zijne goederen te beschikken onbepaald toegestaan. «Paterfamilias uti legasset, ita jus esto»: zoo luidde het in de lex XII Tabb. In den loop der tijden werden echter op dit beginsel eenige beperkingen ingevoerd; zoo werden peregrini uitgesloten van het voorrecht om eenig voordeel uit een testament te genieten, en werd dit slechts aan cives Romani toegekend; zoo werd het verboden den vogelvrijverklaarden iets bij testament te schenken; en zoo werd ook, hetgeen misschien wel het meest het ontstaan der fideicommissen heeft in de hand gewerkt, bij de lex Voconia bepaald, dat vrouwen niet boven eene zekere som zouden mogen erven. Deze bepalingen maakten evenwel te veel inbreuk op de heiligste gevoelens van den mensch, dan dat men niet naar een middel zou hebben omgezien, om haar te ontduiken; dit middel nu werd gevonden in de fideicommissaire substitutiën. Wat men niet meer direkt aan een vriend, eene echtgenoote of dochter kon nalaten, dat vermaakte men thans aan iemand, die bevoegd was om uit een testament iets te verkrijgen, terwijl men, op zijn eerlijkheid vertrouwende, hem verzocht, het aldus vermaakte aan den bedoelden onbevoegden persoon uit te keeren.

Er was echter ook nog een andere reden, die het ontstaan der fideicommissaire substitutiën bevorderde. Bij het uitbreiden der grenzen en der macht van het Romeinsche rijk, gebeurde het menigmaal dat iemand, die, zich buiten 's lands bevindende, een testament wilde maken, daarin verhinderd werd omdat hij geen zeven Romeinsche burgers kon vinden om als getuigen daarbij op te treden, hetgeen voor de wettigheid van het testament vereischt werd. Om nu in het ontbreken van een testament in zoodanig geval te voorzien, verzocht men zijne erfgenamen, ingesteld bij een vorig testament, zoo dit gemaakt was, en anders zijne erfgenamen ab intestato, om de erfenis of een gedeelte er van aan een ander bepaald persoon uit te keeren; — en zoo werd dus wederom door een fideicommis aan een anders onoverkomelijk bezwaar te gemoet gekomen.

Ziedaar de bedoelingen, waarmede in de eerste tijden zulke erfstellingen werden gemaakt: het bevoordeelen van personen, die door de wet onbevoegd waren verklaard om uit een testament iets te genieten, het maken van een uitersten wil, wanneer men de strenge vormen, die voor de rechtsgeldigheid daarvan vereischt werden, niet kon naleven. Het spreekt nu van zelf, dat het, om het doel dat men voor had te bereiken, noodzakelijk was, dat de

aldus ingestelde erfgenaam, *dadelijk na het aanvaarden der erfenis*, deze aan den aangewezen persoon uitkeerde, — en, zoo geschiedde het dan ook.

Evenwel dit verzoek, door den erflater aan zijn erfgenaam gedaan, had volstrekt geen rechtskracht; de nakoming er van hing geheel en al van de eerlijkheid van dezen laatsten af. Dit nu ging in het begin goed, doch bij het meer en meer toenemend zedenbederf in de laatste tijden der republiek, scheen het noodzakelijk eenige voorzorgen te nemen, om de uitvoering der beschikking te verzekeren; hiertoe maakte men gebruik van een eed, dien men den erfgenaam liet zweren bij Jupiter of bij eenigen anderen God, of later ook wel *per salutem, per genium Principis*, en waarbij deze beloofde aan het in hem gestelde vertrouwen te zullen voldoen. Doch ook dit was nog niet genoeg; immers meermalen gebeurde het dat zulk een erfgenaam, zijn eed niet tellende, weigerde de erfenis uit te keeren, welke hij dan, steunende op zijn erfgenaamschap, geheel voor zich behield. Om dit te voorkomen, gaf Augustus aan de fideicommissen rechtskracht; hij beval namelijk aan de Consuls, telkens wanneer bij hen geklaagd werd, dat aan het verlangen des erflaters geen gevolg was gegeven, de zaak te onderzoeken en den heres fiduciarius te noodzaken tot de teruggave. Door dezen

maatregel nam het aantal fideicommissen zoozeer toe, dat Claudius zich genoodzaakt zag twee praetores fideicommissarii aan te stellen, die uitsluitend met de rechtspraak over deze zaken belast waren, wier getal echter later door Titus tot één werd teruggebracht.

Eenmaal aan de kennisneming van den rechter onderworpen, ondergingen de fideicommissen weldra een geheele verandering; het was immers op den duur niet mogelijk in rechten gevolg te geven aan eene beschikking, die gemaakt was uitsluitend om de wet te ontduiken. Zoo werd dan ook al spoedig bepaald, dat slechts zij uit een fideicommis eenig voordeel konden genieten, die bevoegd waren uit een testament iets te verkrijgen [1]), en dat slechts zij een fideicommis konden maken, die het jus testandi hadden [2]). Het doel, dat met het maken van zulke beschikkingen beoogd werd, was natuurlijk na dien tijd een geheel ander dan vroeger; was het eertijds een middel ter ontduiking der wet, met het oog op zekere personen, — thans was het de zorg om de goederen in zijne familie te bewaren, die iemand er toe bracht zijn erfgenaam met een fideicommis

---

[1]) Vgl. Gaïi Instit. II. §§ 285, 286 en 287; lex 67 § 3. ad SCtum Trebellianum.

[2]) Lex 2 D. de legatis 3°.

te bezwaren. Hieruit vloeit van zelf voort, dat ook de gevolgen geheel anders waren dan vroeger; terwijl aanvankelijk de fiduciarius dadelijk na de aanvaarding de erfenis uitkeerde, verkreeg deze nu de bevoegdheid om haar gedurende een zekeren tijd, of zelfs tot aan zijn dood te bewaren. [1]) En hierbij bleef het niet; ook de fideicommissarius kon op zijn beurt belast worden de erfenis of een gedeelte er van aan een ander uit te keeren, zooals we zien uit de Instituten van Justinianus, boek II, titel XXIII, de hereditatibus fideicommissariis § 11. Zoo ontwikkelden zich langzamerhand de fideicommissa familiae, waardoor de goederen gedurende verscheidene geslachten onvervreemdbaar in de familie werden bewaard. «Il se forma comme un nouveau «genre de succession arbitraire, où la volonté de «l'homme prit la place de la loi et rendit certains «biens transmissibles d'appelés en appelés et ina«liénables dans leurs mains.» [2])

Zoo waren dus de fideicommissaire substitutiën in het Romeinsche recht in den loop der tijden geheel en al van aard en karakter veranderd;

---

[1]) Lex 75 D. ad SCtum Trebellianum; lex 41 § 13 D. de legatis 3°.

[2]) Troplong, Des donations entre-vifs et des testaments, I, pag. 148.

en in dien vorm, dien zij nu hadden aangenomen, overleefden zij het Romeinsche rijk en verkregen bij de meeste nieuwere volkeren het burgerrecht. Ook in ons vaderland waren zij oudtijds gebruikelijk [1]), maar vooral in Frankrijk waren zij veel in zwang. «Lorsque la feodalité se fut emparée des «fidéicommis et les eut adaptés à ses institutions «politiques, on pratiqua largement les fidéicommis «perpétuels pour continuer à l'infini la richesse des «maisons.» [2])

«Aussi leur faveur fut-elle, en effet, très grande; . . . «On créa des fidéicommis successifs ou graduels, «qui comprenaient plusieurs grevés et plusieurs ap«pelés, et, par conséquent, plusieurs degrés de «substitutions, et on vint aussi aux fidéicommis per«pétuels, qui embrassaient, dans l'avenir, une suite «indéfinie de générations!» [3])

Deze geheele verandering van den aard van het instituut gaf aanleiding tot groote moeielijkheden, en men begreep hierin op de een of andere wijze te

---

[1]) Vgl. Hugo de Groot, Inleiding tot de Holl. rechtsgeleerdheid II, 20; Simon van Leeuwen, Roomsch-Hollandsch recht, III, 8.

[2]) Troplong, t. a. p., pag 149.

[3]) Demolombe, Traité des donations entre-vifs et des testaments, I, pag. 55.

moeten voorzien. Om die reden verscheen in 1560 de Ordonnantie van Orléans, waarbij de substitutiën tot twee graden beperkt werden. Ook de ordonnantiën van Moulins van 1566 en die «concernant les substitutions» van 1747 werden gegeven om eenige beperking der fideicommissen in te voeren, en zoo eenigszins de nadeelen weg te nemen, die er uit ontstonden. Doch dit alles deed de zaak niet beter worden; immers door een hernieuwing van het fideicommis werd de beperking tot een bepaalden graad een ijdele en nutteloze bepaling; de fideicommissaire substitutiën bleven dus, en met haar de nadeelen die er uit voortsproten, — en deze waren niet gering.

«Les substitutions étaient un obstacle énorme au «développement de la richesse publique. Elles avaient, «sans doute, un certain avantage de conservation; «mais elles préféraient une immobilité stérile au «mouvement fécond, qui donne la vie aux intérêts «économiques. Elles favorisaient quelques familles; «elles nuisaient au bien général. Elles conservaient «les biens, mais elles ne conservaient pas le crédit, «la bonne foi, la sûreté, et l'activité dans les affai«res. Elles prétendaient empêcher les terres sub«stituées de se prendre dans d'autres mains; mais «elles n'empêchaient pas leurs propriétaires de se

«perdre de dettes et de se perdre d'honneur, en ne «les payant pas.» [1])

Dat waren de voornaamste nadeelen, die er uit voortvloeiden: zij hielden de goederen gedurende meestal zeer langen tijd onvervreemdbaar, en waren daardoor een groote hinderpaal voor handel en landbouw; zij waren oorzaak, dat iedere erfgenaam, die op zoodanige wijze bezwaard was, zooveel mogelijk voordeel uit de goederen zocht te trekken en daardoor dus de goederen eer in waarde verminderde dan vermeerderde; zij gaven aanleiding tot talrijke processen; door deze erfstellingen werd het grootste deel der familiegoederen in het bezit van één persoon gebracht, terwijl de andere leden der familie verarmden; zij leidden ook tot menigvuldige bedriegerijen, daar verscheidene schuldeischers, vertrouwende op een bezit van vele goederen, een crediet verleenden, hetgeen zij niet op die goederen konden verhalen.

«Ainsi un homme est propriétaire de plusieurs «millions d'immeubles, il mène une vie de prince «et meurt laissant des dettes considérables; les «immeubles de cet homme étaient frappés de sub«stitution au profit de l'ainé de ses enfants mâles;

---

[1]) Troplong, t. a. p., pag. 139 en 140.

«cet ainé prendra les biens à titre de donataire, «appelé par l'auteur de la substitution, et renoncera «comme ses frères et soeurs à la succession de son «père, *qui ne laisse pas de quoi payer ses créan-«ciers*! .... On conçoit que ces ignobles banqueroutes «pouvaient se renouveler souvent; on conçoit de même «quelle haine les enfants réduits à la pauvreté devaient «nourrir contre l'opulence de leur ainé; on comprend «bien facilement aussi les autres inconvénients que «nous venons d'indiquer.» [1])

Was het bij dezen stand van zaken wonder, dat de Fransche revolutie, tegelijk met zooveel andere oude instellingen ook een einde maakte aan deze erfstellingen, die zoo openlijk streden met het beginsel van vrijheid en gelijkheid? Bij decreten van 25 October en 14 November 1792 werden ze dan ook voor goed afgeschaft; «toutes substitutions sont interdites et prohibées à l'avenir», zoo luidde art. 1 dier wet. En op dit beginsel is men later niet teruggekomen. Ook de Code Napoleon bepaalt in art. 896: «Les substitutions sont prohibées», en zoo lezen we ook in art. 926 van ons tegenwoordig

---

[1]) Marcadé, Cours élémentaire de droit civil Français III, pag. 377. Zie meer breedvoerig omtrent dit punt Mr. H. J. H. Modderman, de fideicommissariis substitutionibus, Gron. 1819, pag. 38—52.

Burgerlijk Wetboek: «De erfstellingen over de hand «of fideicommissaire substitutiën zijn verboden.»

Evenwel, onbeperkt kon deze regel niet gelden; immers de nadeelen, waarvan wij spraken, golden alleen die fideicommissaire substitutiën, waarbij de goederen in het bezit van één of meerdere personen onvervreemdbaar waren verklaard; dit begreep de Fransche wetgever, toen hij aan art. 896 C. N. een 2e alinea toevoegde, luidende: «Toute disposition «par laquelle le donateur, l'héritier institué, ou le «légataire sera *chargé de conserver et de rendre à «un tiers*, sera nulle etc.,» hetgeen in al. 2 van ons art. 926 nog duidelijker aldus is overgenomen: «Dienvolgens is..... nietig en van onwaarde elke «beschikking, waarbij dezelve (de erfgenaam of lega«taris) belast wordt *de erfenis of het legaat te bewaren «en aan eenen derde voor het geheel of voor een «gedeelte uit te keeren.*» Men ziet dus, dat de wetgever alleen het oog heeft gehad op de zoodanige erfstellingen over de hand, waarbij de erfgenaam belast is de erfenis aan een derde uit te keeren, nadat hij haar tot aan zijn dood heeft bewaard. [1])

[1]) Dat dit toch de bedoeling is van «conserver et rendre», «bewaren en uitkeeren» wordt door de meeste schrijvers aangenomen; zie Toullier, le droit civil français III, no. 22; Marcadé t. a. p., pag. 379; de Pinto II, § 583; Opzoomer IV, bl. 276 anders echter Diephuis 2e druk IV, bl. 258.

Dit nu is niet het geval bij die soort van erfstellingen over de hand, die bij de Romeinen reeds bekend waren onder den naam van fideicommissa de residuo of de eo quod supererit, ofschoon deze, zooals we later zullen zien, bij hen niet geheel en al dezelfde gevolgen hadden, als die fideicommissen, welke wij tegenwoordig gewoon zijn met dien naam te bestempelen. Bij deze wordt toch aan den erfgenaam volle macht gelaten om met de goederen te handelen, zooals hij wil, en alleen datgene, wat bij zijn overlijden zal blijken overgebleven te zijn, moet aan een bepaald persoon uitgekeerd worden. Het «bewaren» is dus hier geen vereischte, zoodat er volstrekt geen nadeelen voor 't maatschappelijk verkeer uit voortvloeien.

«Dégagées de la charge de conserver, les substi-«tutions n'ont plus aujourd'hui aucun de ces incon-«véniens. Elles ne retirent point les biens donnés «au commerce; le fiduciaire peut les vendre ou les «donner, elles n'exposent point ses créanciers à «perdre, car, à sa mort, ces biens qu'il pouvait «aliéner deviennent le gage de ses créanciers. S'il «pouvait les vendre, il pouvait à plus forte raison «les hypothéquer. Ainsi les substitutions dégagées «de la charge de conserver, ou les fidéicommis de «ce qui restera, n'ont aucun des inconvéniens jus-

«tement reprochés aux substitutions graduelles, et «qui les ont fait proscrire.» [1])

Onze wetgever heeft deze fideicommissen dan ook bij art. 928 uitdrukkelijk voor geoorloofd verklaard, en de gevolgen van zulk een beschikking nader in artt. 1036—1038 geregeld. Het is ons voornemen, de bepalingen onzer wet omtrent dit rechtsinstituut te behandelen en toe te lichten. Vooraf evenwel willen we kortelijk nagaan, wat het Romeinsche recht omtrent deze soort van fideicommissen bepaalt, en welke verschillende regelen daarvoor vroeger hier te lande gegolden hebben.

---

[1]) Toullier t. a. p. pag. 18 in de noot.

HOOFDSTUK I.

Het fideicommissum residui volgens het Romeinsche en het Oud-Hollandsche recht.

---

a. *Volgens het Romeinsche recht.*

Behalve die fideicommissen, waarbij de erflater zijn erfgenaam verzocht, de erfenis of een bepaald gedeelte daarvan, zij het dan dadelijk, na zekeren tijd of bij zijn dood, aan een derde uit te keeren, kenden de Romeinen, zooals we zeiden, ook de zoodanige, waarbij de fideicommissarius slechts gerechtigd zoude zijn tot datgene *quidquid ex hereditate superfuerit.*

Het onderscheid tusschen deze erfstellingen en de fideicommissa hereditatis wordt ons door Pothier [1]) aangewezen, als bestaande in drie punten van verschil die wij hier een voor een willen behandelen.

Het eerste en wel het voornaamste verschil bestaat dan in de bevoegdheid, die den erfgenaam, bezwaard

---

[1]) Pandectae Justinianeae, ad tit. D. ad SCtum Trebell. deel II, pag. 529, no. 25 en volg.

met een fideicommissum de residuo, gegeven is, om de goederen te vervreemden en er naar willekeur mede te handelen, hetgeen bij de andere fideïcommissen niet het geval is. [1]) «In fideicommisso «hereditatis omnes res hereditariae continentur, «etiam illae quae facto heredis exstare desierunt. «In hoc vero de quo hic agimus, id quod heres bona «fide ex hereditate deminuit, fideicommisso non «continetur.» [2]) Evenwel, zoo als we zien, was deze macht om te vervreemden en over de goederen te beschikken niet onbeperkt toegelaten; alleen datgene behoefde, ten minste in den tijd vóór Justinianus, niet teruggegeven, wat de erfgenaam *bona fide* had vervreemd. Zoo toch lezen we in de lex 54 D. ad SCtum Trebell. deze uitspaaak van Papinianus: «Quod medio tempore alienatum, vel deminutum «est, ita quandoque peti non poterit, *si non inter-«vertendi fideicommissi gratia* tale aliquid factum «probetur», terwijl hij zich hierbij beroept op het gevoelen van keizer Marcus Aurelius, die «his verbis: «quidquid ex hereditate mea superfuerit, rogo res-«tituas, et *viri boni arbitrium inesse credidit*;» evenzoo zegt deze zelfde rechtsgeleerde, in de lex 58 § 8,

---

[1]) Zie over dit laatste meer Mr. F. Feith, de fideicommisso residui. Gron. 1835, pag. 6—24.

[2]) Pothier t. a. p. no. 25.

D. ad SCtum Trebell., van den erfgenaam met zulk een fideicommis bezwaard: «pignori res here-«ditarias datas, *si non in fraudem id factum sit*, «liberare non cogitur», — zoodat dus alleen die vervreemding geöorloofd was, die, zooals Pothier (n° 25 in de noot *c*) zich uitdrukt «ex justa ac probabili causa fieret.» Die vervreemdingen moesten daarenboven dan nog omgeslagen worden over de met fideicommis bezwaarde erfenis en het eigen vermogen van den erfgenaam, zooals blijkt uit de lex 3, § 2, D. de usuris: «Ut enim ea, quae fide bona «deminuta sunt, in causa fideicommissi non depre-«henduntur, *si pro modo caeterorum quoque bonorum «deminuantur*», gelijk ook in de aangehaalde lex 54, D. ad SCtum Trebell. van keizer Marcus Aurelius gezegd wordt: «Judicavit enim, erogationes, quae «ex hereditate factae dicebantur, *non ad solam «deminutionem pertinere, sed pro rata patrimonii, «quod heres proprium habet, distribui oportere.*»

Het was echter wel geoorloofd goederen te verkoopen, wanneer men zich daarvoor andere aanschafte [1]), welke laatste dan in de plaats der verkochte goederen moesten teruggegeven worden [2]);

---

[1]) Lex 70 § 3 D. de legatis 2°.

[2]) Lex 71 ibid.

ook werd niet als vervreemding aangemerkt, en moest dus mede terug gegeven worden hetgeen aan eigen schuldeischers uit gelden der erfenis betaald was: «non enim absumitur quod in corpore patrimonii «retinetur.» [1])

Waar we dus zien dat zoowel Papinianus als Marcus Aurelius [2]), slechts die vervreemdingen voor geldig rekenden, waarvoor de erfgenaam een billijke reden kon aanvoeren, niettegenstaande de erflater hem slechts had verzocht datgene uit te keeren «quod «ex hereditate superfuerit», daar rijst ons van zelf de vraag voor den geest: waarom dat? Het antwoord op die vraag vinden we, in de reeds meermalen aangehaalde lex 54 D. ad SCtum Trebellianum, door Papinianus gegeven, waar hij zegt: «Verbis «enim fideicommissi bonam fidem inesse constat.» Gelijk toch vroeger, voordat de fideicommissen nog rechtskracht hadden, de erflater geheel en al had

---

[1]) Lex 72 D. ibid.

[2]) Andere uitspraken hieromtrent komen in de Pandecten niet voor, behalve in een fragment van Ulpianus, in de lex 22 § 4 ad SCtum Trebellianum, waarin de zaak slechts terloops behandeld wordt, doch waarbij Ulpianus dezelfde meening schijnt toegedaan, daar hij een vervreemding, — gedaan om eene bij de Romeinen schier noodzakelijke gewoonte, het geven van een dos, welke vervreemding dus «non posset dici in eversionem fideicommissi «factam», — geldig verklaart, «ac si quod superfuisset, rogata «esset restituere.»

moeten vertrouwen op de eerlijkheid, de bona fides van den erfgenaam, zoo meende men dat, al was aan dezen slechts verzocht het overschot der erfenis uit te keeren, de erflater toch ook hier stilzwijgend op die bona fides van den erfgenaam gerekend, en dus bedoeld had, dat deze als een bonus paterfamilias de goederen zou beheeren. [1])

Die verplichting echter van den erfgenaam om niet meer en niet anders te vervreemden dan het hem ter goeder trouw noodzakelijk voorkwam, was zeer onbepaald; de eene erfgenaam toch had meerdere behoeften dan de andere, terwijl ook de vraag, of eene vervreemding werkelijk ex justa ac probabili causa geschied was, meestal zeer moeielijk te beantwoorden viel. Justinianus nu wilde aan die onzekerheid in het vervolg een einde maken en bepaalde daarom in novella 108, cap. I., dat de erfgenaam niet meer dan drie vierde gedeelten der erfenis mocht vervreemden, doch daarmede dan ook kon handelen zooals hij wilde: «*et licentiam habere eum iis bonis*, «*sicut voluerit uti, quemadmodum perfectis dominis* «*competit*». Had dus nu de erflater niets anders verzocht dan uit te keeren «quidquid superfuerit», dan had de erfgenaam volle recht drie vierden weg te

[1]) Vgl. Feith, t. a. p. bl. 31 en volg.

schenken, ja zelfs daarover bij testament te beschikken. [1]) Het overige een vierde gedeelte moest aan den fideicommissarius uitgekeerd worden (waarvoor de fiduciarius borg moest stellen, tenzij de erflater hem hiervan had vrijgesteld, cap. 2.), behalve nog in drie gevallen, namelijk wanneer de fiduciarius het gebruikt had tot het geven van een dos of wel van eene donatio ante nuptias of tot het vrijkoopen van gevangenen, en hij hiertoe geene andere goederen had; — in welke gevallen hij niet verplicht was het aldus gebruikte terug te geven.

Dit over het eerste verschil. Het tweede wordt door Pothier n° 27 aldus aangeduid: «In fideicom-«misso hereditatis regulariter fructus non continentur. «In fideicommisso autem ejus quod superest fructus «illi continentur qui exstant quum dies fideicommissi «cedit.» Hij beroept zich tot staving hiervan op de lex 3 § 2 D. de usuris, waar Papinianus zegt: «Non-«numquam evenit, ut quamquam fructus hereditatis, «aut pecuniae usura, nominatim relicta non sit, «nihilominus debeatur: ut puta, si quis rogetur post «mortem suam quidquid ex bonis supererit Titio re-«stituere. Ut enim ea, quae fide bona deminuta sunt, «in causa fideicommissi non deprehenduntur, si pro

[1]) Vgl. Troplong, t. a. p. pag. 188 en volg

«modo caeterorum quoque bononum deminuantur, «*ita quod ex fructibus supererit, jure voluntatis restitui* «*oportebit.*» Evenwel deze zaak is niet boven allen twijfel verheven; op een andere plaats toch wordt door Papinianus juist het omgekeerde beweerd, namelijk in de lex 58 § 7 D. ad SCtum Trebellianum, waar hij zegt: «Quod ex hereditate superfuisset quum more«retur, rogatus restituere, fructus superfluos *non* «videtur rogatus, quum ea verba deminutionem «quidem hereditatis admittant, fructuum autem ad«ditamentum non recipiant.» Om dit bezwaar uit den weg te ruimen, meent Pothier, in navolging van Cujacius, dat het woordje «non» hier bij vergissing is ingevoegd, daar ook de tekst zelf dit gevoelen schijnt te versterken door den laatsten volzin welken hij (in de noot *b*) aldus verklaart: «ea verba «non dant *heredi* additamentum fructuum qui ex«stant, sicut dant ipsi liberationem eorum quae «deminuit.»

Volgens eene andere meening zou echter het woordje «non» niet moeten geschrapt worden, en zoude de laatste zin aldus moeten verklaard worden, dat die woorden «quidquid ex hereditate superfuerit, «rogo restituas,» die wel de bevoegdheid geven om te vervreemden, doch tevens den last om het overschot uit te keeren, niet betrekking hebben op de

vruchten, zoodat het overschot van deze niet, evenals dat der erfenis, behoefde uitgekeerd te worden. Als algemeene regel zou dan gelden de bepaling van de lex 58 § 7 D. ad SCtum Trebell., volgens welke de vruchten niet behoefden terug gegeven te worden; als uitzondering die van de lex 2 § 2 D. de usuris volgens welke dit wel een vereischte was, maar slechts dan als de testateur dit uitdrukkelijk of stilzwijgend had gewild: hetgeen ook zoude blijken uit de woorden «quod ex fructibus supererit, *jure voluntatis*, restitui «oportebit.» [1]) Dat dit verschil tusschen de fideicommissa residui en hereditatis werkelijk bestond, wordt dus niet algemeen toegegeven.

Eindelijk het derde verschil wijst Pothier (n°. 28) in deze woorden aan: «In fideicommisso hereditatis, «heres deducit id, quod sibi a defuncto debeatur, «in hoc vero fideicommisso id non deducit, nisi «quatenus excederit ea, quae ex hereditate demi-«nuit.»

De erfgenamen van den fiduciarius konden dus van den fideicommissarius niet terugvorderen, hetgeen aan genen door den oorspronkelijken erflater verschuldigd was, voor zooverre de erfenis door dien fiduciarius was verminderd. Dit wordt uitdrukkelijk

---

[1]) Zie hierover meer Feith, t. a. p. bl. 24 en volg.

bevestigd door de lex 80 D ad SCtum Trebell., waar bij een dergelijk geval, dat namelijk de schuldeischers-erfgenamen «non modicam partem bonorum «testatoris consumserunt,» de vraag gesteld wordt of van den fideicommissarius het verschuldigde nog kon opgeëischt worden, waarop Scaevola antwoordt «non posse». De reden hiervan wordt ons in die zelfde lex aldus opgegeven: «Aditione enim heredi«tatis confusa obligatio interciderat; sed fideicom«missi repetitio erat, cujus aequitas deficit his, qui «multa ex hereditate consumpsisse proponuntur.» Men meende dus, dat de schuldeischers genoeg betaald waren door het gebruik, dat zij gemaakt hadden van de hun gegeven bevoegdheid om de goederen te verteeren. [1])

Resumeeren we het gezegde, dan zien we dat de erfgenaam, aan wien de erflater verzocht had aan een derde van de erfenis uit te keeren quidquid superfuerit, vóór Justinianus alleen maar mocht vervreemden of verteeren arbitrio boni viri, doch dat Justinianus bepaalde, dat zoodanige erfgenaam over drie vierden der erfenis vrijelijk kon beschikken, en in drie gevallen zelfs ook nog over het overig een vierde deel; dat sommigen van oordeel zijn, dat, bij

---

[1]) Vgl. Feith, t. a. p. bl. 29.

zulk een erfstelling, ook de vruchten, die nog over waren, moesten terug gegeven worden, terwijl anderen echter het tegendeel beweren, althans als regel; en eindelijk dat hetgeen de erflater aan den fiduciarius schuldig was, door de erfgenamen van dezen niet anders van den fideicommissarius kon gevorderd worden, dan voor zooverre het meer bedroeg dan de fiduciarius uit de erfenis verteerd had.

b. *Volgens het Oud-Hollandsche recht.*

Ook in ons vaderland was oudtijds de erfstelling, waarbij een derde geroepen werd tot hetgeen van de erfenis zou overschieten, niet onbekend. Simon van Leeuwen deelt ons toch in zijn Rooms-Hollands-Regt (boek III, deel VIII) mede: «Gelijk als de ver-«vremding van goedren werd verboden om daar «mê d'erfnis over de hand te doen overgaan, so «werd menigmaal in tegendeel in het verband van «overhandserving, den eersten erfgenaam magt ge-«geven van ondertussen de goedren te mogen «verteren, vervremden, en handlen als met eijgen «goed: onder die last alleen van te laten overgaan «hetgeen na sijn dood daarvan overig zal bevonden «worden: so bij ons veel tussen man en vrouw «geschied.»

In welke andere opzichten het Oud-Hollandsche recht van het Romeinsche recht mocht verschillen, omtrent dit onderwerp althans kwamen de bepalingen van beide vrij wel overeen. Dit blijkt vooral uit hetgeen hieromtrent voorkomt bij Hugo de Groot, Inleijdinge tot de Hollandsche regtsgeleertheijt boek II, deel VIII: «Yemant belast zijnde indien hij zonder kin-«deren sterft 't gunt van de erffenisse zal overschieten «aen een derde over te latē, mag niet meer daer «uijt behouden als drie vierde deel: Ende heeft hij «meer als de drie deelen verdaen, so mag hij ende «zijn erfgenamen, ende ter noot ook de goederen «die laetst zijn vervremt, daer voren aangesproken «werden. Is ook schuldig des versogt, ende bij «uijterste wille daer van niet bevrijt zijnde, hier «voren seker te doen. Doch bij gebrek tot morgen-«gave, ofte noodig huwelijksgoet, ofte tot verlos-«sing van gevangen, mag hij ook het vierde deel «vervremden.»

Over die drie vierde gedeelten mocht de erfgenaam echter niet, evenals volgens het Justinianeïsche recht, naar willekeur beschikken; bij van Leeuwen toch lezen wij na de aangehaalde woorden het volgende: «Hetwelk alhoewel de woorden dikmaals «ruijm gesteld werden, na reedlijkheid te verstaan «zijn, dat sodanig erfgenaam de goedren niet on-

«nutlijk mag verdoen, weggeven of anders tot «verkorting van den overhandsen erfgenaam quijt-«maken. En in allen geval sodanige goederen niet «meer als voor drie vierde delen mogen werden ver-«mindert: voor welk overig vierde deel den over-«handsen erfgenaam beschrijving des boedels doen, «en zeker stellen moet;» — en iets verder: «De «vrije magt van te mogen vervremden en handlen «als met eijge goed in overhandse erflating, mag ook «niet verder uitgerekt werden, als tot vervremding «onder den levendige, sonder dat uit kragt van dien «bij uitterste wil enig bevel mag gedaan werden.» Zoo zegt ook Voet [1]), na vermeld te hebben dat volgens het Romeinsche recht de erfgenaam over drie vierde gedeelten vrijelijk kon beschikken: «Sed moribus «hodiernis magis est, ut factae per fiduciarum dolo-«sae donationes, fideicommissi intervertendi ac fidei-«commissarii fraudandi causa, *probandae non sint*; «cum ita malitiis porta pateret, et fiduciarius suae «studens cognationi, facile, usque ad dodrantem «liberalitate in suae lineae propinquos collata, patri-«monii ex fideicommisso restituendi massam dolo «malo esset imminuturus.» Ter beslissing nu van de vraag, of de fiduciarius werkelijk ter kwader

---

[1]) Ad Pandectas, deel II, pag. 526 n°. 54.

trouw vervreemd heeft, laat hij er een weinig verder op volgen: «Ut tamen in dubio animus intervertendi «fideicommissi in fiduciario praesumendus non sit, «sed probatio ex indiciis manifestis per eum, qui «se fraudatum ait, fieri debeat.»

Verwant met deze erfstelling over de hand, maar verschillend in de gevolgen, was de beschikking, gemaakt bij mutueel testament door man en vrouw, waarbij deze elkander wederkeerig tot erfgenamen instelden met volle macht om de goederen te vervreemden, maar onder bepaling, dat datgene wat bij het overlijden van den langstlevende zoude overblijven in twee deelen moest verdeeld worden tusschen de wettige erfgenamen van den man voor het ééne, en die van de vrouw voor het andere gedeelte. We vinden omtrent deze beschikking bij Voet[1]) het volgende aangeteekend, wat de gevolgen betreft: «Quippe quo casu, sicut id solum videtur dividendum, «quod conjuge postremo moriente supererit, etiamsi «quartam non constituat ejus, quod moriente primo «conjuge in communi conjugum massa repertum fuit, «sicut neque cautio pro quartae partis restitutione, ne«que inventarii confectio peti possit; tum quia per con«cessam expresse alienandi facultatem etiam quartae

---

[1]) T. a. p. 524 n°. 56.

«ipsius alienandae licentia videtur a testatore con-
«cessa esse. Ita quoque e contrario cedet lucro here-
«dum primi morientis, quod superstes forte massam
«patrimonii auxerit admodum industria, labore,
«aliisque modis, eo quod ex utriusque conjugis simul
«testantis voluntate id unum videtur inspiciendum
«esse, quantum ultimus susperstes sive auctum sive
«deminutum post se, cum moritur, relinquat, ut
«inter utriusque conjugis cognatos in duos semisses
«dividatur.»

Nog in 1849 was zulk een beschikking, — die gemaakt was bij een mutueel testament van den 3 December 1789, — het onderwerp van een proces, dat gevoerd werd voor de rechtbank te Haarlem. Bij vonnis van 9 Januari van dat jaar werd toen door dit college verklaard: «dat de erfstelling, bij het bewuste «testament gemaakt, ten opzigte der naaste vrienden «ab intestato van de beide testateuren, een, bij het «Oude Hollandsche Regt bekend, *fideicommissum resi-*
«*dui* daarstelt.» Bij de behandeling in appel voor het provinciaal gerechtshof van Noord-Holland, meende evenwel de procureur-generaal bij dat hof: «dat bij dit testament niet is beschikt over het-
«geen de langstlevende onvervreemd en onver-
«teerd zoude kunnen nalaten uit het aandeel van «den eerststervende in de gemeenschap, maar over

«de gemeenschap zelve, als welke in stand moest «worden gehouden tot op het overlijden van den «langstlevende; .... dat derhalve in deze niet is «gemaakt, zooals echter door den eersten Regter «begrepen is, een *fideicommissum residui*, maar «daarentegen ingevoerd een *continuata bonorum «possessio* enz.» Met dit gevoelen vereenigde zich het hof, bij arrest van 7 Maart 1850, blijkens de navolgende overwegingen: «Overwegende, in «regten, dat door de beschikking bij mutueele tes«tamenten, zooals die onder het Oud-Hollandsch «Regt tusschen echtgenooten zeer frequent waren, «de ter eerster dood geinstitueerde echtgenoot als «eigenaar werd geroepen, zonder verpligting om «eenig behoud of restitutie ten behoeve van de ter «laatster dood geroepene erven des eerstgestorvenen, «doch met deze beperking, dat de geheele gemeene «boedel, zooals die op het overlijden van den langst«levenden echtgenoot vermeerderd of verminderd zou «aanwezig zijn, alsdan zou worden geërfd en ver«kregen door de respectieve erfgenamen van den «eerstgestorvene en van den langstlevende, op de «wijze bij het testament bepaald;

«Overwegende, dat in een dergelijke erfstelling «noch een gewoon *fideicommis* of substitutie gevon«den wordt, daar zulks onvereenigbaar is met de

«magt van verteren en veralieneren, en alzoo met «het gemis van alle verpligting tot behoud en terug-«gave, noch ook een *fideicommissum residui*, dewijl «de testateur, na doode des langstlevenden, zijne «begunstigden niet heeft geroepen in het *residuum* «of overblijvende van dat, wat hij aan den langst-«levende heeft besproken, maar van de helft des «gemeenen boedels, zooals die op het overlijden des «langstlevenden vermeerderd of verminderd zal be-«vonden worden, met dit gevolg, dat zij, regtstreeks «door den eerstgestorvene als erfgenamen geroepen, «echter eerst na het overlijden van den langstlevende «de erfenis zullen erlangen, en eerst dan aanspraak «hebbende, niet op diens boedel, zooals die door «hem met den dood is ontruimd, maar op de helft «van den geheelen gemeenen boedel, tusschen hem «en den eerstgestorvene bezeten, zooals die op zijn «overlijden zal bestaan.» [1])

Evenzoo had reeds, bij een arrest van 4 Maart 1842, de Hooge Raad geoordeeld. Een beschikking bij mutueel testament, gemaakt in den jare 1807, waarbij twee echtgenooten elkander tot erfgenamen hadden ingesteld, met de macht om de goederen te verteeren en te veralieneeren, terwijl hetgeen er bij doode van

---

[1]) Zie Rechtsgeleerd Bijblad XII. 157.

den langstlevende zoude overblijven, verdeeld zou moeten worden in twee deelen, waarvan het eene aan de vrienden van den testateur, het andere aan die der testatrice moest komen, — was ook hier de aanleiding tot het geschil.

Het Bestuur der Registratie, dat eischer in cassatie was, had o. a. in zijne conclusie het volgende aangevoerd:

«Aangezien de testamentaire beschikking . . ., of-«schoon zij dan ook was eene destijds in gebruik zijnde «dispositie, uit haren aard, als bevattende eene in-«stitutie van den langstlevende met magt om te «verteren, en alleen in het overschietende erfge-«namen instellende, was een *fideicommissum residui.*»

Hierop was aan de zijde der verweerders het volgende geantwoord:

«Aangezien het Bestuur zoodanig *fideicommissum* «*residui* (quasi) vermeent aan te treffen in de dispo-«sitie van denzelven A. ten faveure zijner langst-«levende echtgenoote en ter laatster dood ten behoeve van zijne nicht F.;

«Aangezien echter dit beweren van het Bestuur «is geheel erroneus, en door de jurisprudentie van «het oude Hollandsche regt wordt verworpen;

«Aangezien zoodanige beschikking ter laatster dood «niets meerder of anders medebrengt dan een voort-

«durende gemeenschap tusschen den langstlevenden «echtgenoot en de erfgenamen van den eerstge- «storvene;

In overeenstemming hiermede werd ook door den Advokaat-Generaal van Maanen, in zijne conclusie, deze beschikking genaamd «eene voortduring «van gemeenschap van goederen na den dood,» — en de Hooge Raad sprak mede dit gevoelen uit in bewoordingen, bijna gelijkluidend met die van het aangehaalde arrest van het hof van Noord-Holland.[1])

Eene andere leer omtrent een soortgelijke beschikking evenwel werd uitgesproken door de arronrissements-rechtbank te Heereveen, bij vonnis van 31 Januari 1845. 't Gold hier een beschikking, gemaakt bij mutueel testament van 28 Juni 1803, waarbij de echtgenooten, zoo zij kinderloos overleden, «elkander, onder toekenning der legitime portie aan «hunne moeders, over en weder instelden tot erfgena- «men tot aan het hertrouwen, of, niet hertrouwende «hun leven lang met magt van alineatie enz», en eindelijk het naaste bloed van elk hunner riepen in de helft van hetgeen aanwezig zoude zijn bij den dood of het hertrouwen van den langstlevende. De Recht-

---

[1]) Zie van den Honert, Verzameling van Arresten van den Hoogen Raad der Nederlanden: Burgerlijk Regt, Regt van Koophandel en Burgerlijke Regtsvordering, III n°. 66, bl. 193.

bank nu overwoog in dit geval: «dat, wanneer men «het testament in zijn verband en zamenhang be«schouwt, en voorts let op het verbod van aftrek «der trebellianique portie, daarin uitdrukkelijk voor«komende, het aan geenen twijfel onderhevig schijnt, «dat hier aan geen continuate communio is te den«ken, welke in Vriesland minder werd aangenomen, «maar werkelijk aanwezig is een *fideicommissum* «*residui*, hoedanige in Vriesland zeer gangbaar «waren.» [1])

---

[1]) Zie Weekblad van het Regt n°. 583.

HOOFDSTUK II.

Het fideicommissum residui volgens het «Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koningrijk Holland», den Code Napoleon en de nieuwere wetgeving.

Het eerste Wetboek, dat voor geheel Holland heeft gegolden, en, in plaats van de rechtsverscheidenheid, die in vele opzichten tusschen de verschillende provinciën, ja zelfs tusschen de verschillende steden bestond, eenvormigheid van recht aanbracht, — was dat, hetwelk krachtens besluit van 24 Februari 1809 onder den naam van «Wetboek Napoleon, ingericht voor het Koningrijk Holland,» met den 1en Mei van dat jaar rechtskracht verkreeg. In dit wetboek nu, dat een vertaling was van den Code Napoleon, gewijzigd naar de Oud-Hollandsche zeden en gewoonten, waren in het algemeen de fideicommissaire substitutiën toegelaten en uitvoerig in de artt. 730—768 geregeld, — en onder deze artikelen kwamen er drie voor, die betrekking hadden op ons fideicommissum residui en daaromtrent eenige bepalingen inhielden.

Die bepalingen betroffen evenwel alleen de rechten en verplichtingen van den bezwaarden erfgenaam. Wat de rechten aangaat, was men teruggekeerd tot het vóór-Justinianeïsche recht; terwijl aan de eene zijde de verwachter den erfgenaam niet mocht verhinderen om zelfs alles te vervreemden en te verteren, was aan den anderen kant deze niet gerechtigd om te vervreemden met het blijkbaar doel om den verwachter te benadeelen. We zien dit uit deze beide artikelen: Art. 756 «Verleende magt tot vervreem-«ding en vertering, met last om alleen hetgeen bij «overlijden van den bezwaarden erfgenaam nog «overig zal zijn uit te keeren, geeft regt om alles «te vervreemden en te verteren, zonder dat de ver-«wachter zulks mag verhinderen», en Art. 757: «Deze «magt geeft echter geen regt tot wegschenken, of «het doen van eigendunkelijke vervreemding, blijkbaar «ingerigt om den verwachter te benadeelen.»

De bepaling omtrent de verplichtingen van den bezwaarden erfgenaam was een negatieve; terwijl toch ten aanzien van de overige fideicommissen, in de artt. 748—752, bepaald was, dat de erfgenaam zekerheid zou moeten stellen «voor de bewaring, «het behoorlijk gebruik en de wederoplevering van «de goederen» (behalve in zekere aangewezen gevallen), en binnen zes maanden na het overlijden

des testateurs het verband zou moeten doen registreeren bij het gerecht van de plaats, waar de goederen, op welke het gevestigd was, gelegen waren, luidde art. 763: «De verpligting tot het stellen van «zekerheid, en het doen van registratie houdt op, «ten aanzien van die goederen, omtrent welke de «testateur het volkomen regt van vervreemding aan «den bezwaarden erfgenaam heeft toegestaan.»— Of deze bepaling nu juist heilzaam was, mag voorzeker betwijfeld worden; immers wanneer de erfgenaam, niet lettende op het verbod van art. 757, toch goederen weggeschonken of eigendunkelijk vervreemd had, zou het gewis voor den verwachter zekerder geweest zijn indien hij zich eenvoudig op den gestelden borgtocht had kunnen verhalen, en zou het niet minder voor hem, die de goederen had verkregen, nuttig geweest zijn, indien hij door de registratie d. w. z. de inschrijving in de openbare registers, in staat ware gesteld te bemerken, dat de goederen met fideicommissair verband waren bezwaard, — en hij zich aldus aan de nadeelen eener gerechtelijke uitwinning niet had behoeven bloot te te stellen.

Niet lang evenwel zouden deze bepalingen gelden; immers bij Keizerlijk Decreet van 1 Juli 1810 werd

Holland bij het Fransche Keizerrijk ingelijfd, en bij een ander decreet van 6 Januari 1811 werd de Code Napoleon zelf met 1 Maart van dat jaar in ons land ingevoerd. Dit Wetboek heeft hier gegolden tot 1 October 1838, d. i. meer dan zeven en twintig jaren; het is dus niet ongepast dat we eenigszins uitvoeriger stilstaan bij de behandeling der meeningen, die voorgedragen zijn omtrent den invloed, dien dit wetboek op ons onderwerp, het fideicommissum residui, zoude gehad hebben.

Zooals we reeds aanmerkten [1]), verbood de Code in art. 896 al. 1 in het algemeen de substitutiën, terwijl dit artikel in al. 2, zelfs ten aanzien van den begiftigde, erfgenaam of legataris, nietig verklaarde elke beschikking, waarbij dezen gelast zoude zijn «de conserver et rendre.» Van het fideicommissum residui werd in het geheel niet gesproken, en daardoor dus een onzekerheid in het leven geroepen, die aanleiding gaf tot verschillende gevoelens. 't Zij ons voldoende die gevoelens te vermelden met de gronden die er voor aangevoerd werden, zonder in een beoordeeling daarvan te treden.

Wij beginnen met de meening, die vroeger voorgestaan werd door Rolland de Villargues (in eene

---

[1]) Zie hiervoor pag. 10 en 11.

verhandeling, voorkomende in het Recueil van Sirey 1819, tome XIX 2e partie, bl. 52 en volg.), dat ons fideicommissum zou vallen onder de substitutiën verboden door art. 896. Volgens hem zijn in deze beschikking aanwezig de drie kenmerken van een substitutie n. l. 1° een *eerste* persoon, geïnstitucerd in den eigendom der zaak, 2°. een *tweede* persoon, geroepen om te ontvangen na den eersten begiftigde, en eindelijk 3°. de *ordre successif*, d. i. de toetand, waarin de eigendom zich bevindt, die wel berust bij den eersten begiftigde, doch die in het toekomstig en onzeker geval van vóór-overlijden van dezen, moet overgaan op een tweeden begiftigde; de verplichting tot *bewaren* is, zegt hij, geen vereischte voor een wezenlijke substitutie: ten bewijze waarvan hij zich beroept op het gevoelen van Péregrinus en Thévenot; — het fideicommissum residui voldoet dus in alles aan de vereischten om het voor een substitutie te verklaren, en is derhalve verboden door art. 896. [1])

---

[1]) Dit gevoelen is hevig bestreden door Toullier, t. a. p., no. 38 in de noot, die al de argumenten van Rolland de Villargues, ook die uit de aangehaalde auteurs, voor geldig verklaart onder het oude recht, maar niet meer volgens den Code, welke naar zijn oordeel alleen de verplichting tot bewaren en uitkeeren als kenmerk eener verboden substitutie aanneemt.

Op geheel andere wijze wordt deze meening, volgens welke het fideicommissum residui zou vallen onder de bij art. 896 verbodene substitutiën, verdedigd door J. D. Meijer, in het tijdschrift Thémis ou Bibliothèque du JCte, deel V, pag. 457 en volg. Volgens hem is de last om het overschot aan een derde uit te keeren, geen ijdele bepaling die aan den erfgenaam de macht laat om alles naar willekeur op te maken en te vervreemden; de erflater kan dit niet gewild hebben: «il n'a pu vou-«loir subordonner la restitution au caprice de l'in-«stitué ou grevé;» en gelijk nu reeds te Rome de beslissing, dat de fiduciarius slechts bona fide kon verteren, alleen steunde op den veronderstelden wil van den testateur en niet op eenig Edict of Senaats-besluit, zoo moet deze beslissing ook thans nog als de ware aangemerkt worden; er moet dus een maatstaf zijn, naar welken de fideicommissarius slechts mag vervreemden of verteren, — en deze maatstaf is ook thans nog de bona fides. In het fideicommissum residui bestaat dus altijd de verplichting tot uitkeering, en nu zegt Meijer: er is geen uitkeeren mogelijk, zoo er niet tevens een bewaren heeft plaats gehad; is de erfgenaam verplicht tot uitkeeren, dan is hij het ook tot bewaren; dit schijnt ook de meening van den wetgever geweest te zijn,

die in artt. 1048 en 1049 slechts spreekt van «la charge de rendre,» terwijl toch uit de volgende artikelen duidelijk blijkt, dat ook hier wel degelijk de goederen moeten bewaard worden. Bij het fideicommissum residui mag nu alleen arbitrio boni viri verteerd worden: het overige *moet* uitgekeerd en dus ook bewaard worden; ergo heeft men hier een substitutie met verplichting «de conserver et rendre», verboden bij art. 896. [1])

Een tweede meening splitst het fideicommissum residui in twee beschikkingen: die, waarbij de erfgenaam geïnstitueerd, en die waarbij de verwachter gesubstitueerd wordt, en verklaart dan de institutie voor geldig, de substitutie voor niet van waarde.

Het eenvoudigst wordt deze meening verdedigd in eene verhandeling van Mr. W. C. D. Olivier, in

---

[1]) Deze meening wordt bestreden door Demolombe t. a. p., pag. 156 en volg., op grond dat de oude Romeinsche wetten, die den fideicommissarius in zijn recht tot vervreemden beperkten, volgens den C. N. volstrekt geen kracht meer hebben, zoodat de fideicommissarius volstrekt niet belast is iets te bewaren; zoo ook Feith t. a. p., pag. 79 en volg.; — verdedigd in Thémis ou Bibliothèque du JCte VI, pag. 335 en volg. door Cotelle, vooral ook omdat wat teruggegeven zou moeten worden, behoord heeft tot het vermogen van den erflater, waaraan ook de erfgegenaam zijn recht ontleend heeft, zoodat hier plaats zou hebben een ordre successif, die door de wet verboden is. Vgl. hieromtrent Feith. t. a. p., pag. 83.

Themis, 1e verz., deel VIII, 1847, pag. 358 en volg. Deze schrijver argumenteert aldus: art. 896, al. 1 behelst een algemeen verbod van alle substitutiën, al. 2 bevat bepalingen omtrent een bizonder soort van substitutie: die waarbij de erfgenaam wordt verplicht «de conserver et rendre.» De opvatting toch, als zoude al. 2 een nadere verklaring zijn van al. 1, om aan te duiden wat men onder «substitutie» moet verstaan, is ongegrond; men kan dit ten minste niet opmaken uit de woorden van het artikel, daar al. 2 niet zegt: «la substitution est une disposition etc.», maar eenvoudig «toute disposition etc.»; daarbij is het toch wel onwaarschijnlijk dat de wetgever eene definitie van «substitutie» in het algemeen zou hebben gegeven, die alleen past voor een bizonder soort: de fideicommissaire substitutie, — en zoo men al mocht willen aannemen, dat dit het geval was, waartoe dan dat slot «sera nulle même à l'égard etc.», dat toch niet bij een verklaring van het woord «substitutie» te pas kwam? Houdt men al. 2. voor een verklaring van al. 1, dan vervalt men daarenboven in de tegenstrijdigheid, dat al. 1 alleen de substitutie, d. i. *niet de institutie*, verbiedt, terwijl al. 2 ook de institutie nietig verklaart, — zoodat dus de verklaring zou verbieden, wat het verklaarde vrijlaat. In dat geval ware ook

art. 898 onnoodig, daar in de substitutio vulgaris toch wel geen verplichting tot bewaren en uitkeeren zal aanwezig zijn. «Is het aannemelijk», zoo eindigt hij dit gedeelte van zijn betoog, pag. 362, «dat «de wetgever die hier bij eene substitutie (die van «art. 898), die op geenerlei wijze met de natuur van «het fideicommis verwant is, eene uitdrukkelijke van «waarde verklaring noodig oordeelde, even gunstig «gezind jegens het fideicommissum residui, waarvan «hij niet gewaagt, zou kunnen geoordeeld worden, «hoewel dit inderdaad is eene substitutie in een «goed, dat reeds aan een ander is overgegaan?» De slotsom is, dat de substitutie van den verwachter valt onder art. 896, al. 1, en dus verboden is, terwijl de institutie niet valt onder art. 896, al. 2 en dus gehandhaafd moet worden. [1])

Deze zelfde meening, of liever een meening, die

---

[1]) De Fransche schrijvers oordeelen evenwel bijna eenparig, dat al. 2 van art. 896 een nadere verklaring is van al. 1, zoodat door dit artikel alleen verboden wordt de beschikking waarbij de verplichting wordt opgelegd «de conserver et rendre.» Vgl. Toullier t. a. p., no. 38 in de noot; Duranton, Cours de droit Français VIII, no. 74, pag. 74; Rolland de Villargues, des substitutions prohibées, pag. 331, no. 265; Troplong t. a. p. no. 130, pag. 191; Marcadé t. a. p. pag. 379; Demolombe t. a. p. no. 133, pag. 156; Zachariae, Le droit civil Français, uitgegeven door Massé en Vergé III, pag. 186; — zoo ook Feith t. a. p., pag. 59.

onder een ander uiterlijk dezelfde resultaten oplevert als de zoo even behandelde, wordt op natuurlijk geheel andere gronden verdedigd door sommige Fransche schrijvers, zooals Rolland de Villargues, in zijn werk: des substitutions prohibées par le C. C., en Dalloz in zijn Jurisprudence du XIX siècle ou recueil alphabétique des arrêts et décisions, voce substitution.

Deze auteurs nemen aan, dat het fideicommissum residui *niet* valt onder de substitutiën, verboden bij art. 896 C. N. «En effet», zoo zegt Rolland de Villargues, no. 265, pag. 331, «l'on ne peut admettre «de substitutions, surtout aujourd'hui qu'elles tendent «à rendre sans effet les dispositions des testateurs, «à moins qu'il n'y ait *charge de conserver et rendre.* «Telle est la disposition formelle de l'art. 896 du «C. civ.» Deze verplichting nu bestaat niet bij het fideicommissum residui: «Celui», zegt Rolland iets verder, «qui peut disposer d'une chose à son gré «n'est obligé ni de la conserver, ni de la rendre»: het valt dus niet onder art. 896; institutie noch substitutie zijn derhalve verboden. Evenwel (en in dit opzicht heeft deze meening dezelfde practische gevolgen als die van Mr. Olivier) al is de substitutie nu wel niet verboden, — de fideicommissarius zal toch uit de beschikking van den erflater volstrekt geen

rechten kunnen doen gelden op hetgeen door den erfgenaam is achtergelaten. Immers, zoo redeneert men, waarom is het fideicommissum residui geene verbodene substitutie? Omdat, nu het niet bevat «la charge de conserver et de rendre», de beschikking ten voordeele van den verwachter niet verbindend is, «L'appelé», zoo zegt alweder Rolland de Villargues no. 268, pag. 352, «ne pourrait avoir de «droits, qu'autant que la seconde disposition serait «obligatoire; or, si elle manque de ce caractère quand «il s'agit d'apprécier si elle renferme une substitu«tion, on ne peut l'en revêtir pour lui donner effet «indépendamment de la première disposition». En waarom is nu de beschikking ten voordeele van den verwachter niet verbindend? Rolland de Villargues en Dalloz geven deze reden [1]): «Si cette obligation «n'est pas obligatoire, c'est qu'elle consiste dans une «condition toute *potestative* (C. civ. art. 1170 et 1174); «et les conditions de la sorte sont réputées non «écrites (art. 900)».

Ook Mr. Feith verdedigt deze meening in zijn aangehaalde dissertatie, doch zijn bewijsvoering is eenigszins anders. Ook hij is van oordeel, dat het fideicommissum residui niet valt onder het verbod

---

[1]) Zie den eersten schrijver t. a. p.

van art. 896 C. N., ofschoon niet alleen op grond van de woorden van dit artikel, van welk argument hij zelfs zegt: «Quamvis ingenue fatear, mihi fere «displicuisse argumentum illud interpretum; . . . «quamvis hoc certe magni non fecerim, utpote quod «argutias sapiat etc.» (zie bl. 78 en 79).

Hij redeneert aldus (bl. 85—94): Iemands uiterste wil moet zooveel mogelijk uitgevoerd worden, zoodat ook datgene wat met de wetten strijdt of onmogelijk is, voor niet geschreven moet worden gehouden (art. 900 C. C.), om daardoor het andere gevolgen te doen hebben: de exceptie van art. 896, die ook de institutie nietig verklaart, moet dus zooveel mogelijk beperkt worden «et continenda finibus suis, quos «ei satis aperte lex, et mens legislatoris posuerunt;» het Romeinsche recht is hier niet van toepassing, dewijl de beschouwing omtrent fideïcommissen daarin geheel anders was dan in den Code; wanneer men nu de woorden van art. 896 en de bedoeling van den wetgever tevens nagaat, dan bestaat er meer reden om aan te nemen dat het fideicommissum residui niet is verboden, dan het omgekeerde, daar de wetgever klaarblijkelijk slechts gedacht heeft aan de oude fideicommissaire substitutiën, waaruit zooveel nadeelen ontstonden, welke niet eigen zijn aan het fideicommissum residui. Derhalve, omdat de

woorden en bedoelingen van den wetgever het toelaten en daardoor nog eenig gevolg wordt gegeven aan de beschikking van den erflater, moet men het fideicommissum residui beschouwen als niet verboden. Daaruit volgt echter nog niet dat de fideicommissarius eenig recht zou kunnen doen gelden op het overschot; want, liet men dit toe, dan zou daardoor weer het kenmerk van een verboden substitutie aanwezig zijn «etiam si vel parum supersit «illibatum et a fiduciario non alienatum»; immers «natura substitutionis non pendet a majore aut minore «rerum copia, quae ad fideicommissarium pervenie«unt, sed ab ordine successionis, quem testator, «imperium exercens in posteros, per plures heredum «aut legatariorum gradus constituit»: dat kenmerk is hier weggenomen, omdat de erflater «voluntatem «suam plane in arbitrio heredis posuit,» maar, zooals we zeiden, het zou er weer bijkomen als de fideicommissarius het overschot kon vorderen, en dus, zegt hij, in dat geval: «iis omnino adsentiendum «putarem, qui fideicommissum residui in numero «habent substitutionum prohibitarum.» (zie bl. 67.)

Hij wordt in zijne meening nog versterkt door de omstandigheid, dat het overschot niet kan aangemerkt worden als in vruchtgebruik geweest zijnde bij den erfgenaam, maar in eigendom bij den ver-

wachter, — daar de vrije macht die de erfgenaam had om te vervreemden en te verteeren, geheel strijdt met het begrip van vruchtgebruik, — en evenmin kan beschouwd worden als een voorwaardelijk legaat aan den verwachter, dewijl een legataris zijn recht ontleent dadelijk aan den erflater en niet aan een tusschenpersoon, den erfgenaam, en, zegt hij, «vix fingere possum delibationem here«ditatis legatario reservatam, postquam heres ple«nissimo domini jure in res ita relictas usus fuisset, «quamque moriens demum in legatarium transfer«ret», pag. 95. Er blijft dus niets anders over dan de substitutie van den verwachter als niet geschreven te beschouwen. [1])

---

[1]) Zie deze meening hevig bestreden in de verhandeling van Mr. Olivier in Themis, bl. 363 en volg., waarin beweerd wordt dat, zoo het fideicommissum residui niet is verboden door al. 1 van 896, dan ook de fideicommissarius zijn recht moet kunnen doen gelden, omdat de vordering van dezen de beschikking van den erflater niet van aard kan doen veranderen. «Kan het resi«duum,» zoo lezen we daar bl. 366, «niet gevorderd worden, dan «moet één van beiden waar zijn: òf het fideicommissum residui «is eene beschikking, bij welke de gesubstitueerde verpligt wordt «tot bewaren en uitkeeren, en dan valt het fideicommissum residui «wel degelijk onder het verbod van art. 896 § 2, wat de Fransche «Regtsgeleerden ontkennen; òf het is onwaar, dat het woord «substitutie niet meer beteekent dan verpligting tot bewaren en «uitkeeren. Een derde zie ik niet.» Ook zijn artt. 1170 en 1177 hier volstrekt niet van toepassing, terwijl er daarenboven in het geheel geene voorwaarde wordt gesteld bij het fideicommissum residui.

Het gevoelen, dat wij het laatst hebben te vermelden en dat de meeste voorstanders telt en door de nieuwere Fransche schrijvers schier eenparig wordt aangenomen, verklaart èn institutie èn substitutie geldig, en kent dus ook aan de tweede beschikking rechtsgevolgen toe. Zij, die deze meening toegedaan zijn, beweren, dat art. 896 C. C. alleen verbiedt de substitutiën, waarbij de verplichting bestaat tot bewaren en uitkeeren: dit is niet het geval bij het fidcicommissum residui, — ergo is het niet verboden. [1])

Het beroep op de potestatieve voorwaarde gaat, volgens hen, niet op, omdat de erfgenaam zich volstrekt niet verbindt en de vervulling van de voorwaarde niet afhangt van den schenker, zooals artt. 1070 en 944 bepalen, maar van den eersten begiftigde. [2]) Daarenboven, is er geen verplichting tot bewaren, wèl die tot uitkeeren, zoo er iets overblijft, en deze verplichting hangt niet af van het merum arbitrium des erfgenaams, maar wordt slechts opgeheven door alles te verteren. [3]) En, voegt Demolombe er tegen de voorstanders der tweede meening

---

[1]) Zie de schrijvers, aangehaald in de noot op bl. 41, behalve Rolland de Villargues en Feith.

[2]) Zie Marcadé, t. a. p., pag. 381; Demolombe, t a. p. pag. 160.

[3]) Zie Troplong, t. a. p., pag. 193 en 194; Demolombe, t. a. p.

bij: «Est ce que cette double liberalité n'est pas «aussi indivisible? Le législateur, dans l'art. 896, «a pensé que la disposition, faite avec charge de «conserver et de rendre, avait ce caractère; et voilà «pourquoi il l'a déclarée nulle tout entière; or, ce «même caractère d'indivisibilité se rencontre égale«ment dans la disposition faite à la charge de rendre «id quod supererit; et il faut, en conséquence, «tout annuler ou tout maintenir.» Hij echter wil alles handhaven; immers ook het bezwaar door de voorstanders der tweede meening geopperd, als zoude de erflater de ordo successivus kunnen regelen,[1]) gaat niet op, want de beschikking is geene substitutie, maar slechts een gift onder de levenden of een gewoon legaat, — zoodat hier de verwachter geconcipieerd moet zijn bij het doen der gift of het overlijden van den erflater, en er dus ook niet van eene beschikking over verscheidene graden loopende, kan sprake zijn.[2])

Ook onze Hooge Raad scheen dit laatste gevoelen toegedaan bij een arrest van 29 Februarij 1844,[3]) waarin overwogen werd: «dat de fideicommissa resi-

---

[1]) Zie o. a. Feith, pag. 96.

[2]) Demolombe, t. a. p. pag. 158 en 159.

[3]) W. 480.

«dui niet zijn verboden, daar bij dezelve de ver-
«pligting niet bestaat om te conserveren». [1])

Tot 1838 duurde, zooals wij reeds aanmerkten, deze onzekerheid voort. Inmiddels echter ontbrak het niet aan pogingen om een nationale wetgeving te verkrijgen. We willen nog kortelijk nagaan, wat in die verschillende ontwerpen en wetten omtrent het fideicommissum residui voorkwam.

Het ontwerp van 1816, het eerste resultaat dier pogingen, keerde omtrent de fideicommissaire substitutiën terug tot het Oud-Hollandsche recht, en verklaarde ze dus, in Titel 19 van het tweede boek, voor geldig, doch slechts voor vier graden, den bezwaarden erfgenaam daaronder begrepen; over het fideicommissum residui werd in het geheel niet gesproken, — doch daar men de overige fideicommissen toeliet, zal men ook dit soort wel niet hebben willen verbieden. Ten gevolge van de vereeniging van Zuid- met Noord-Nederland, werd dit ontwerp in handen gesteld van eenige Zuid-Nederlandsche rechtsgeleerden; het verslag van dezen daarover, met een

---

[1]) Zie omtrent de jurisprudentie betrekkelijk dit punt overigens Rolland de Villargues t. a. p. pag. 333 en volg. in de noot.

antwoord daarop van J. M. Kemper, den eigenlijken auteur van het ontwerp, werd aan den Raad van State verzonden; deze beraadslaagde over een en ander, en zoo ontstond een nieuw ontwerp, dat aan de Staten-Generaal werd aangeboden, dat van 1820. Ook dit ontwerp sprak niet van het fideicommissum residui; onbeperkt waren daarin de fideicommissaire substitutiën niet toegelaten; art. 1743, al. 2 zegt: «*De wet erkent geene andere fideicommissaire beschik-*«*kingen*, dan die welke in de vier volgende artikelen «vermeld zijn» (die ten behoeve van kleinkinderen, kinderen van broeders en zusters enz.). Evenwel, door deze bepaling kan het fideicommissum residui niet uitgesloten zijn; immers volgens de 1e alinea van dat artikel is alleen fideicommissaire erfstelling, die beschikking van den erflater, «waarbij de «erfgenaam verpligt wordt, *de erfenis of een propor-*«*tioneel gedeelte van dezelve*, aan een ander uit te «keeren of na te laten». Men zal dus ook volgens dit ontwerp het fideicommissum residui voor geoorloofd moeten houden, tenzij men mocht meenen dat het viel onder art. 1742, welk artikel, aan het einde van een titel handelende over de substitutio vulgaris, zegt: «Alle andere ondererfstellingen of substitutiën, «welke bij dezen titel niet zijn vermeld, worden als «ongeoorloofd beschouwd en verboden».

Hoe dit zij, bij de behandeling in de Staten-Generaal zou aan deze onzekerheid spoedig een einde komen. Het door de commissie van redactie uit de Tweede Kamer ingediende ontwerp van 24 Oktober 1823 bevatte in artikel 7 eene bepaling, bijna letterlijk vertaald uit art. 896 C. N., terwijl het in art. 8 bepaalde: «Als erfstellingen over de hand worden «onder andere beschouwd: 2° de bepaling, waarbij «een derde mogt zijn geroepen tot het geheel of een «gedeelte van hetgeen de erfgenaam of legataris, «bij zijn overlijden, van de erfenis of het legaat «zoude overlaten». In dit artikel werd eerst het woord «onder andere» vervangen door «almede», terwijl eindelijk de aanhef aldus werd veranderd: «worden almede verboden en als erfstelling over «de hand beschouwd». In dezen vorm werd het in de wet van 28 Februari 1825 (Staatsbl. no. 13) afgekondigd, om, als art. 963, in het Burgerlijk Wetboek van 1830 over te gaan. Zooals uit de verklaring der Regeering, en de toelichting van dit artikel door den heer van Crombrugghe blijkt [1]), rekende men het fideicommissum residui onder de verbodene fideicommissaire substitutiën, en diende deze bepaling alleen om een einde te maken aan de verschillende

---

[1]) Voorduin IV, pag. 56 en 57.

meeningen, die over de geldigheid of ongeldigheid daarvan heerschten.

Evenwel het wetboek van 1830 zou nooit rechtskracht verkrijgen: de afval der Zuidelijke Nederlanden kwam tusschenbeiden en maakte het noodzakelijk de wetboeken te herzien naar de behoeften van Noord-Nederland alleen. Die herziening bracht vooral omtrent ons onderwerp groote verandering. Bij het ontwerp toch, dat den 26 Oktober 1832 werd voorgedragen, was bepaald, dat art. 963 van het wetboek van 1830 zoude wegvallen. De Regeering gaf de volgende reden: «Men heeft geene overwe-«gende redenen gevonden, om zoodanige bepaling, «die niet tegen de goede zeden strijdt, en veeltijds «de meest gewenschte uitkomsten oplevert, te moeten «verbieden, daar toch zoodanige makingen voor de «maatschappij onverschillig zijn, althans bij geene «mogelijkheid bezwaren kunnen opleveren. Heeft de «erflater het regt om, behoudens de uitkeering van «het wettelijk erfdeel, het zijne onvoorwaardelijk «aan wien hem goeddunkt, na te laten, welke zoude «dan de reden zijn, dat hij aan zijne milddadigheid «niet de voorwaarde zoude kunnen hechten, dat «de bevoordeelde, hetgeen hij niet mogt hebben «vervreemd of verteerd, aan een derde zal uit-«keeren?» De Staten Generaal vereenigden zich

met deze meening, en zoo werden bij artt. 6 en 38, *a* tot *c*, der wet van 29 Maart 1833 (Staatsblad no. 25) [1]) afgekondigd de bepalingen, die later als artt. 928 en 1036—1038 in het nieuwe Burgerlijk Wetboek werden opgenomen, en dus sedert 1 Oktober 1838 hier te lande gelden.

Wij willen thans deze bepalingen tot een punt van nader onderzoek maken.

---

[1]) Voorduin IV., pag. 56 en volg., 203.

HOOFDSTUK III.

Het fideicommissum residui volgens de tegenwoordige wetgeving.

---

§ 1. *Wie tot het residuum kunnen geroepen worden.*

De vraag, wie, volgens onze tegenwoordige wetgeving tot hetgeen de erfgenaam of legataris zal overlaten, kunnen geroepen worden, moet beantwoord worden uit art. 928 B. W.[1]), hetwelk in de eerste alinea zegt: «De bepaling, waarbij een derde, «of bij diens vóóroverlijden alle deszelfs wettige «kinderen, reeds geboren of die nog zullen geboren «worden, zijn geroepen tot het geheel of tot een «gedeelte van hetgeen de erfgenaam of legataris, «bij zijn overlijden, van de erfenis of van het legaat «onvervreemd of onverteerd zal overlaten, is geene

---

[1]) Dit artikel staat niet op zijn plaats en had liever het eerste artikel der 8e afdeeling moeten zijn, waarheen door art. 927 immers reeds was verwezen: vgl. Diephuis IV, blz. 371 no 669; Opzoomer IV, blz. 240 in de noot

«verbodene erfstelling over de hand». Deze bewoordingen hebben, met betrekking tot de vereischten die in den verwachter gevorderd worden, aanleiding gegeven tot verschillende vraagpunten, die ik achtereenvolgens zal behandelen.

Voorcerst dan, wat te verstaan onder de woorden: «*een derde?*»

Deze zaak is op zich zelf duidelijk genoeg, doch een onjuiste opvatting van de toelichting dezer woorden, gegeven door Mr. C. Asser, in § 464 van zijn werk «het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon», gaf aanleiding tot verschil van gevoelens. Ter juistere beoordeeling der kwestie zij hier de bewuste plaats uit Asser medegedeeld; men leest daar: «Men behoort vooral «niet uit het oog te verliezen, dat, hoezeer zoodanige «erfstellingen oudtijds binnen deze landen waren «toegelaten, men echter bij de wet heeft voorzien, «dat alleen een *bepaald* persoon, of, bij vóóroverlijden, «alle deszelfs kinderen aan den erfgenaam kunnen «worden ondergeschikt, en alzoo de regel is in acht «genomen (zie art. 946), dat men, om uit krachte «van eenen uitersten wil te genieten, moet bestaan «op het oopenblik van het overlijden des erflaters.

«De erflater zal alzoo niet, even als onder het «oude regt, in algemeene bewoordingen kunnen

«substitueren degenen, die op het overlijden van den «ingestelden erfgenaam zullen bevonden worden des «erflaters naaste erfgenamen te zijn, omdat zulks «in verband stond met de voormaals bekende *con-«tinuata communio* of het *boedelhouderschap*, hetwelk «medebragt, dat de gemeene boedel, zoo wat de «bate als de schade betrof, onverdeeld bleef tot op «den dag van het overlijden van den langstlevende, «op welken dag, door eene fictie, beide de echtge-«nooten geacht werden te zijn overleden».

Men heeft deze woorden verstaan, als werd er mede bedoeld, dat de verwachter moet zijn een «met name» genoemd persoon, en alsof dus een beschikking, waarbij de erflater in algemeene bewoordingen zijne naaste bloedverwanten op het oogenblik van zijn overlijden, den erfgenaam of legataris substitueerde, niet zoude zijn toegelaten [1].

Deze opvatting schijnt mij toe geheel en al bezijden de waarheid te zijn. Wat toch zeggen de aangehaalde woorden? dat de wet eischt een bepaalden persoon, «*en* ALZOO *de regel is in acht genomen van art.* 946»; m. a. w. dat men onder «bepaalden

---

[1]) Vgl. Weekblad van het Regt nos. 229 en 255; Regt en Wet XII, blz. 329, en XIII, blz. 395 en volg.; Juridische Vraagal en Opmerker IV, blz. 261.

persoon» moet verstaan een zoodanigen die bestaat op het oogenblik van het overlijden des erflaters.

Nog sterker komt dit uit in de tweede zinsnede der aangehaalde plaats, waarin als een gevolg van het vereischte, dat «een bepaald persoon» geroepen worde, opgegeven wordt, dat nu niet meer kunnen gesubstitueerd worden degenen, die op het overlijden van den ingestelden erfgenaam zullen bevonden worden, des erflaters naaste erfgenamen te zijn. Wordt hierdoor de erfstelling ten behoeve van de naaste erfgenamen des erflaters bij *zijn* overlijden ook uitgesloten? In geenen deele. Immers juist uit deze zinsnede bemerken wij, waartoe de geheele aanteekening bij dit artikel dient: n. l. om in herinnering te brengen, dat de in het oude recht gebruikelijke communio continuata, die in de nieuwe wetgeving niet meer was toegelaten, ook niet onder den vorm van fideicommissum residui weder zoude kunnen ingevoerd worden, omdat de wetgever met de woorden «een derde» duidelijk heeft te kennen gegeven, dat ook in dit opzicht van den regel van art. 946 in het algemeen niet mag worden afgeweken.[1])

---

[1]) Vgl. Weekblad van het Regt nos 239 en 240; C. van Bell in Nederl. Jaarb. voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving VI, blz. 585 en volg.; Loke, Handboek voor Notarissen, blz. 625—627.

Maar, zoo redeneert een Bestendig Lezer van het Weekblad van het Regt, in no. 255, er wordt dan toch vereischt «een bepaald persoon» en door het roepen in algemeene bewoordingen van de erfgenamen des erflaters bij diens overlijden, worden geen bepaalde personen aangeduid, omdat zij veelal «den «erflater *niet zoodanig bekend zijn, dat hij hen des «noods zou kunnen noemen,*» en «de erflater moet «den erfgenaam, die het fideicommissum residui «beuren zal, *kunnen* noemen, met andere woorden, «ofschoon van gelijke beteekenis, *hij moet hem*, «*zoo al niet* BIJ DEN NAAM, *dan toch als* EEN BEPAALD «PERSOON kennen».

Deze redeneering steunt, naar mijn oordeel, op geen enkelen grond, en is dan ook geenszins, zooals de schrijver meent, afteleiden uit een ander betoog in W. no. 239, waarin we o. a. lezen: «Een «erfgenaam is dan bepaald, wanneer hij zoodanig «aangewezen is, dat men weten kan, wie de erflater «bedoeld heeft, onverschillig of deszelfs naam al of «niet in het testament uitgedrukt is,» — en iets verder: «Wanneer houdt eene erfstelling op, een *bepaald* «persoon te betreffen? Eerst dan, wanneer de erf«genaam, toen de erflater overleed, *nog niet geboren* «*was*; omdat dan de erfstelling geschiedt ten behoeve «van iemand, dien de erflater niet heeft *kunnen*

«kennen, niet heeft KUNNEN *bij name noemen*».

Men bemerkt het onderscheid: volgens dezen schrijver komt het niet aan op het bekend *zijn* van den erfgenaam aan den erflater, maar slechts hierop, dat deze hem heeft *kunnen* kennen, en dit is het geval met iedereen die bestaat. Door dit vereischte, dat de erflater den erfgenaam heeft moeten *kunnen* kennen, wordt dan ook geenszins het kind uitgesloten, dat reeds verwekt was bij het overlijden des erflaters, zooals de schrijver in W. no. 255, meent: immers de wet zelve bepaalt, dat zulk een kind, waar zijn belang het vordert, zal worden *aangemerkt* als een reeds bestaand individu, — als een persoon dus, dien de erflater heeft kunnen kennen. Onder de uitdrukking «bepaald persoon» moet men derhalve, zooals reeds werd opgemerkt, verstaan een zoodanigen, die bestaat bij het overlijden van den erflater, of die door de wet als zoodanig wordt aangemerkt.

Wat er overigens van deze zaak zij, — over het algemeen is men het er vrij wel over eens, dat de wet met de woorden «een derde» voor den fideicommissarius volstrekt geen meerdere vereischten heeft gesteld dan voor andere erfgenamen, zoodat hij wel zoodanig zal moeten aangewezen zijn, dat, bij het overlijden des erflaters, duidelijk blijke, wie

bedoeld is — terwijl hij ook op dat tijdstip moet bestaan — doch volstrekt niet met name zal behoeven genoemd te zijn [1]).

Deze opvatting schijnt mij dan ook toe de ware te zijn; nergens toch vordert de wet, dat een erfgenaam met name genoemd zij; zelfs veroorlooft zij, in art. 924, eene algemeene uitdrukking als «naaste bloedverwanten» en dergelijke, terwijl het eenige algemeene vereischte, dat in den erfgenaam gevorderd wordt, volgens art. 946, is, dat hij besta op het oogenblik van het overlijden des erflaters. Zoo is het bij erfstellingen in het algemeen, en nu bestaat er geen enkele reden om voor de erfstellingen over de hand van art. 928 een andere beslissing aan te nemen, tenzij de woorden van dat artikel daartoe noodzaken. En dit is zoo niet; immers de uitdrukking «een derde», die in dit en in het volgend artikel gebezigd wordt, kan hiertoe geen reden zijn, en is dan ook zeer goed te verklaren, daar er hier sprake is van drie verschillende personen: de erflater, de erfgenaam of legataris en eindelijk de verwachter, welke laatste is aangeduid als «een derde», onder welke benaming men dus

---

[1]) Vgl. Diephuis t. a. p. § 1170, blz. 694; Loke t. a. p. § 117, blz. 629; W 229; Juridische Correspondent II, blz. 300; van Bell t. a. p.; Vernède ad art. 928 aant. 7.

niet anders te verstaan heeft dan: «ieder ander buiten «den erflater en den eerstgeroepen erfgenaam.» [1])

Bij het overlijden van den erflater zal evenwel duidelijk moeten aangewezen kunnen worden, wie als verwachters zijn geroepen, en naar dat tijdstip moet tevens hunne bevoegdheid beoordeeld worden; zoo kunnen dus niet in het algemeen zij als verwachters geroepen worden, die op het oogenblik van het overlijden van den langstlevende der echtgenooten de erfgenamen van den eerststervende zullen blijken te zijn, — eene beschikking waardoor stilzwijgend de continuata communio weder zoude ingevoerd worden.

In dezen geest overwoog dan ook de arrondissements rechtbank te 's Hertogenbosch bij vonnis van van 10 Juni 1846: «dat bij het Nederlandsch Bur«gerlijk Wetboek van het verbod van erfstelling over «de hand wel is uitgezonderd het *fideicommissum «residui*, met substitutie van een *bepaald persoon*, «doch dat daarbij onder de verboden erfstellingen «over de hand begrepen zijn de *fideicommissa de «residuo* met substitutie, *in algemeene bewoordingen*, «van degenen, die, op het overlijden van den inge«stelden erfgenaam, zullen bevonden worden des

---

[1]) Diephuis t. a. p., blz. 695.

«erflaters naaste erfgenamen te zijn, omdat zulks «in verband stond met de voormaals bekende *con-«tinuata communio*, of het regt van boedelhouder-«schap, hetwelk men, uit consideration van alge-«meen belang, uit het wetboek heeft verworpen» [1]).

Evenzoo heeft de rechtbank van Middelburg, bij vonnis van 9 Februari 1870 [2]), beslist, dat een bepaling, ten gevolge waarvan de langstlevende in het bezit van den geheelen boedel blijft, terwijl bij het overlijden van dezen de erfgenamen bij versterf van beide de echtgenooten dien boedel ieder voor de helft erven, ten doel heeft de gemeenschap te doen voortduren, zoodat hier geen sprake kan zijn van een fideicommissum residui.

Anders oordeelde de Hooge Raad, die bij een arrest, waarvan de datum niet wordt opgegeven [3]), overwoog:

«dat nergens is verboden om bij uitersten wil de «personen, die men begunstigen wil, eerst op zeker «tijdstip na het overlijden tot de nalatenschap te «roepen, en hen te begunstigen, die dan op dat

---

[1]) Vgl. W. 992; zie ook eene resolutie van den Minister van Finantiën, van 14 Juli 1868 n°. 29, in het Rechtskundig Weekblad voór het Notarisambt n°. 97.

[2]) Notariële Nieuwsbode IX, 1870 n°. 5.

[3]) Regt en Wet VI, bl. 597 en volg.

«tijdstip den testateur, indien hij nog leefde, het «naaste zouden bestaan».

Ik stem dit gereedelijk toe, doch alleen voor zooverre deze begunstigden reeds bestonden tijdens het overlijden des erflaters; worden echter in het algemeen zij geroepen, die op een later tijdstip dan het overlijden, des erflaters naaste erfgenamen zijn, dan wordt daarmede te kort gedaan aan art. 946, en moet dus zulk een beschikking als niet geschreven worden beschouwd.

Behalve van dien derde spreekt art. 928 ook nog van andere personen, die als verwachters mogen optreden; het veroorlooft immers het roepen van «een derde, *of bij diens vóóroverlijden, alle deszelfs «wettige kinderen, reeds geboren of die nog zullen «worden geboren.*» Deze laatste woorden geven ook tot verscheidene vragen aanleiding.

Gesteld: hij, die door den erflater als verwachter is geroepen, is bij het overlijden van den bezwaarden erfgenaam afwezig en zijn bestaan onzeker, of wel hij is vermoedelijk overleden verklaard; kunnen nu de gesubstitueerde kinderen het overschot toch vorderen, hoewel zij niet kunnen bewijzen, dat werkelijk diegene hunner ouders, bij wiens dood zij gesubstitueerd zijn, overleden is?

Deze vraag vordert eene toestemmende beant-

woording. Immers in art. 546 B. W. lezen we: «Indien aan eenen afwezige, wiens bestaan onzeker «is, eene nalatenschap of legaat opkomt, waartoe, «indien hij niet in leven ware (m. a. w. bij zijn «vóóroverlijden) anderen zouden geregtigd zijn, kan «zoodanige nalatenschap of legaat, door die anderen «in bezit worden genomen, evenals of zoodanig «iemand overleden ware, zonder dat zij verpligt «zijn deszelfs overlijden te bewijzen.» Hier nu doet zich ditzelfde geval voor: er is een derde geroepen in het overschot, waartoe bij diens vóóroverlijden zijn kinderen gerechtigd zijn. Er is dus geen enkele reden om art. 546 ook hier niet toe te passen, zelfs zoo de verwachter reeds bij het overlijden des erflaters afwezig en zijn bestaan onzeker geweest ware.

Een vóóroverlijden, 't zij werkelijk of verondersteld, moet evenwel plaats gehad hebben, zoodat de kinderen bij onwaardigheid van den verwachter of verwerping door hem van de erfenis, geene vordering op grond van art. 928 zullen kunnen instellen. [1])

Welke kinderen moeten verstaan worden onder diegene «welke nog geboren zullen worden?»

In zijne aanteekening 2 op ons artikel, zegt

[1]) Van Bell. t. a. p., blz. 591 en 592; Diephuis t. a. p., § 1171 blz. 695.

Mr. G. J. de Martini: «Door deze laatste worden «bedoeld die nog geboren zullen worden, gedurende «het tijdvak tusschen het maken van den uitersten «wil en het overlijden van den erflater.»

Deze opvatting is, naar mijn oordeel, geheel en al onjuist en in strijd met de woorden van het artikel en den geest der wet. Ik wil er mij niet alleen op beroepen, dat er in het algemeen gesproken wordt van des verwachters kinderen, die nog zullen geboren worden, welke uitdrukking omvat zoowel de kinderen, die nà als die vóór des erflaters overlijden geboren worden, en dat er dus geene reden is om de eersten uit te sluiten [1]: men zou hiertegen kunnen aanvoeren, dat die beperking haar reden vindt in art. 946 B. W. In dit geval meen ik echter eene uitzondering op den regel van dat artikel te mogen aannemen, en dat wel om de woorden van art. 928, in verband vooreerst met het eigenaardige eener erfstelling over de hand en ten tweede en voornamelijk met de natuur van een testament.

«Het eigenaardige van erfstellingen over de hand «is juist dit, dat de devolutie aan den gesubstitueerde «niet op het tijdstip van het overlijden van den «erflater, maar bij den dood van den geïnstituëerde

[1]) Diephuis t. a p. § 1172 bl. 696.

«plaats heeft, en dat de regten van den geroepen «erfgenaam derhalve vooral van zijne bevoegdheid «op het tijdstip, dat het genot van den bezwaarde «ophoudt, afhankelijk zijn.» [1]). Het is dus volgens de natuur van erfstellingen over de hand, dat men, waar de woorden der wet zulks veroorloven, niet zoozeer ziet op het bestaan des verwachters bij het overlijden van den erflater, dan wel bij het ophouden van het genot des bezwaarden. Dit nu kan voor den verwachter zelven niet in toepassing gebracht worden, omdat de wet daar eischt *een derde*, d. i. een bij het overlijden des erflaters bepaald persoon; wèl kan het in aanmerking komen bij de beslissing, wie der kinderen des verwachters hem mogen gesubstitueerd worden, omdat de wet spreekt van ALLE *kinderen die reeds geboren zijn of die nog zullen worden geboren*, en dus volstrekt geene beperking tot sommigen dier kinderen maakt.

Nog sterker evenwel springt de juistheid van ons gevoelen, dat ook kinderen geboren nà het overlijden van den erflater mogen geroepen worden, in het oog, wanneer we de woorden van art. 928 in verband beschouwen met de natuur van testamenten. «Een testament,» zoo zegt art. 922,

---

[2]) V. H. in Regtsgeleerd Bijblad 1 bl. 280.

«of uiterste wil is eene akte, houdende de verkla-«ring, van hetgeen iemand wil dat *na zijnen dood «zal geschieden.»* Zoo had ook reeds Modestinus geleerd: «Testamentum est voluntatis nostrae justa «sententia, de eo quod quis *post mortem suam fieri «vult»* of gelijk Ulpianus zich uitdrukt: «Testamen-«tum est mentis nostrae justa contestatio, in id «solemniter facta, *ut post mortem nostram valeat.»* Uit een en ander blijkt dus, dat voor de werking van een testament volstrekt niet in aanmerking komt het tijdsverloop tusschen het maken van dat testament en het sterven der erflaters, maar dat integendeel alleen met dat oogenblik van het sterven rekening moet gehouden worden, omdat nu eerst de bepalingen van het testament tot uitvoering kunnen komen. Voeg hierbij de herroepelijkheid van het testament, en men zal het mij toegeven, dat men de bepalingen, daarin voorkomende kan beschouwen *als waren ze door den erflater gemaakt op het oogenblik van zijn overlijden.* Wanneer nu een erflater, gebruik makende van de bevoegdheid, hem bij art. 928 gegeven, een derde roept tot hetgeen de erfgenaam of legataris onvervreemd of onverteerd zal overlaten, en dien derde zijne kinderen die reeds geboren zijn of nog zullen geboren worden, substitueert, en we passen op

deze substitutie de vorenstaande beschouwingen omtrent den aard van het testament toe, dan bemerken we, dat de erflater, ingevolge art. 928, op het oogenblik van zijn overlijden heeft geroepen «kinderen die nog zullen worden geboren.»

Men moet hier dus wel degelijk eene uitzondering op den regel van art. 946 aannemen, en dus ook de kinderen toelaten, geboren na het overlijden des erflaters [1]).

Moeten nu evenwel de kinderen den derde gesubstitueerd worden, of is het slechts *veroorloofd*?

Een oplossing dezer kwestie in laatstgemelden zin, komt voorzeker het meest met de bedoelingen des wetgevers en de woorden der wet overeen Waartoe toch dient die vermelding der kinderen? Omdat zonder haar het vereischte, dat het een bij het overlijden des erflaters bepaald persoon zij, die tot het overschot geroepen wordt, bij een substitutie der kinderen, de zoodanigen, die reeds in leven waren bij het overlijden des erflaters, zou bevoordeelen boven de later geborenen; deze onbillijkheid heeft de wetgever, zooals we boven hebben trachten aan te toonen, willen wegnemen; en hiertoe was natuurlijk, omdat het eene uitzondering

---

[1]) Zoo ook Regtsgeleerd Bijblad, II blz. 389 en volg., 452; Schuller ad art.; Vernède ad art. aant. 5; Loke t. a. p., blz. 626.

is op art. 946, eene uitdrukkelijke toelating der later geborenen noodig, die nu is gegeven voor het geval dat zij te gelijk met de reeds geborenen geroepen worden. De vermelding der kinderen diende dus in geenen deele om het substitueeren van hen verplichtend te maken. Dit blijkt ook uit de woorden: ware toch de substitutie der kinderen een vereischte voor de geldigheid der erfstelling, dan had de wetgever moeten veroorloven het roepen van «een derde *en* zijne kinderen;» nu het woordje *of* gebruikt is, is dit een reden te meer om ook in dit geval geene uitzondering toe te laten op het beginsel, dat men in het algemeen niet verplicht is iemand vulgariter aan zijn erfgenaam te substitueeren [1]).

De erflater zal dus den derde alleen kunnen roepen; mag hij hem nu evenwel ook *een ander dan zijne kinderen* vulgariter substitueeren?

De beantwoording dezer vraag hangt van eene andere af, n. l. of art. 928 eene uitzondering bevat op de bepaling van art. 926. Zij, die deze meening zijn toegedaan [2]), geven den erflater deze macht niet, uitgaande van den regel, dat een exceptieve

---

[1]) Vgl. Weekblad van het Regt nos. 239 en 255; Loke t. a. p. bl. 629; Diephuis § 1171 bl. 695; Opzoomer IV bl 241 noot 2.

[2]) W. v. h R. n°. 255; van Bell t. a. p. bl. 593.

wetsbepaling geene uitbreiding toelaat: art. 928 nu spreekt alleen van: een derde of bij diens vooroverlijden zijne kinderen: ergo mag ook niemand anders dan deze kinderen gesubstitueerd worden. Deze kwalificatie van art. 928 is echter, naar ik meen, onjuist. Immers — hoe men ook onder vigueur van art. 896 C. N. over deze zaak mocht denken, — door de bijvoeging van het woordje «diensvolgens» in ons art. 926 is het boven allen twijfel verheven, dat door dit artikel niet in het algemeen alle fideicommissaire substitutien zijn verboden, maar alleen die waarbij de erfgenaam is belast, «te bewaren en uit te keeren». Bij de erfstellingen over de hand in het overschot ontbreekt de last tot «bewaren» geheel en al: zij vallen dus niet onder het verbod van art. 926. Het uitdrukkelijk toelaten dier beschikkingen geschiedde dan ook niet, omdat ze zonder dat ongeoorloofd zouden geweest zijn, maar om allen twijfel daaromtrent te voorkomen.

Hoe kan men nu het toelaten van eene beschikking, die niet valt onder het verbod van zeker artikel, een uitzondering op dat artikel noemen?

Maar, zoo antwoordt men [1]), art 927 B. W. zegt dat de bij de 7e en 8e afdeelingen van dien titel

---

[1]) Van Bell t a. p. in de noot; Regt en Wet XIII bl. 386.

toegelaten erfstellingen over de hand zijn *uitgezonderd* van het verbod van art. 926: de 8e afdeeling handelt over de erfstellingen over de hand in hetgeen de erfgenaam of legataris onvervreemd en onverteerd zal nalaten, en dus zijn ook deze erfstellingen uitzonderingen op art 926.

Dit argument schijnt mij toe al van zeer geringe waarde te zijn. Hoe, omdat art. 927 uitzondering noemt, wat onmogelijk uitzondering kan zijn, zou men het als zoodanig moeten aannemen? Ik geloof het niet, te meer daar de uitdrukking van art. 927, hoewel onjuist, zeer goed te verklaren is. Immers de wetgever gebruikte het woord «erfstelling over de hand» in twee zeer verschillende beteekenissen; in art. 926 verstond hij er onder die soort, waarbij de geroepen erfgenaam of legataris belast is de erfenis of het legaat te bewaren en uit te keeren, — in de 8e afdeeling verstond hij er daarentegen in het algemeen elke beschikking onder, waarbij een derde wordt geroepen tot de erfenis of het legaat, nadat de erfgenaam of legataris die gehad heeft. In beide beteekenissen hetzelfde woord: dit verklaart volkomen, hoe men er toe kwam, als eene uitzondering aan te wijzen wat geen uitzondering is.

We mogen dus, niettegenstaande art. 927, gerustelijk aannemen, dat art. 928 alleen dient om de

geldigheid eener erfenis over de hand in het overschot, te *erkennen*, [1]) — en bij deze opvatting bestaat er geen enkelen grond om den erflater het recht te ontzeggen, den derde een ander dan zijne kinderen te substitueeren; want nu art. 928 geen exceptieve wetsbepaling bevat, zijn er de algemeene beginselen van erfrecht op van toepassing, en dus moet ook van de bij art. 929 van waarde verklaarde vulgaris substitutio bij deze erfstellingen over de hand gebruik kunnen worden gemaakt. [2])

Wanneer echter de erflater aan den verwachter diens kinderen wil substitueeren, moet hij dit dan om de woorden van art. 928, *alle* kinderen doen, of mag hij ten opzichte van sommigen eene uitzondering maken?

De bepaling van artt. 1020 en 1021, waarin het toegestaan wordt, dat ouders hunne kinderen, broeders hunne broeders of zusters belasten de erfenis uit te keeren: «*zoowel* aan derzelver kinderen, die «reeds geboren zijn, *als* aan die welke nog geboren «zullen worden», (gelijk ook art. 1023 de beschikkingen, bij artt. 1020 en 1021 toegelaten, niet anders voor geldig verklaart, dan o. a. voor zooverre ze

---

[1]) Zie W. v. h. R. no. 239; Diephuis, § 1171 blz. 695; Opzoomer t. a. p. bl. 240.

[2]) Zoo ook Loke. blz. 629.

gemaakt zijn: «ten voordeele van *alle* de kinderen «van den bezwaarden persoon, die reeds geboren «zijn en nog geboren zullen worden») heeft sommigen doen meenen, dat de gelijksoortige uitdrukking van art. 928: «alle kinderen, reeds geboren «of die nog geboren zullen worden», eveneens moest opgevat worden alsof er stond: «*zoowel* de reeds «geboren kinderen, *als* die welke nog geboren zullen «worden», waaruit zij dan de gevolgtrekking maakten dat deze substitutie om geldig te zijn *alle* die kinderen moest omvatten.[1])

Ik geef gaarne gewonnen dat het woordje OF hier niet disjunctief gebruikt is, en dat dus de wet met deze woorden slechts het oog heeft op de substitutie van ALLE kinderen, *zoowel* die geboren zijn, *als* die nog geboren zullen worden. Niet toegeven kan ik het echter, dat hierom het roepen van alleen die kinderen, die reeds geboren waren bij het overlijden des erflaters of van sommigen van hen, ongeldig zoude zijn. Kan toch de erflater den derde een geheel vreemd persoon vulgariter substitueeren, zooals ik boven heb getracht aan te toonen, dan zie ik niet in, waarom kinderen des verwachters,

---

[1]) W. v. h. R., nos. 229 en 255; V. H. in Regtsgeleerd Bijblad I, blz. 280 en 400; Schuller ad art.; Vernède ad art.: aant. 6.

die reeds geboren waren bij het overlijden des erflaters, uitgesloten zouden zijn, tenzij zij geroepen werden met *alle* kinderen, ook de nog niet geborenen; en dit te minder dewijl de vermelding der kinderen, in art. 928, hier niet als argument kan gebezigd worden, daar deze, gelijk ik reeds opmerkte, alleen geschiedde, om, ten opzichte van de na het overlijden des erflaters geborene kinderen, eene uitzondering op den regel van art. 946 te *veroorloven*.

En nu moge het waar zijn «dat het tegen de «openbare orde zoude strijden, wanneer men, zonder «inachtneming van *alle* de kinderen, er slechts «*eenige* van dezelve substitueerde; en dat zeker althans «eene dusdanige erfstelling, in stede van gewenschte «uitkomst op te leveren, veeleer gevolgen zoude «kunnen na zich slepen, die dikwijls eenen onver«zoenbaren haat en verbittering tusschen de bevoor«deelde en niet bevoordeelde broeders en zusters te «weeg zoude brengen» [1]), — niet minder waar is het, dat deze bewijsvoering volstrekt geen waarde heeft, dewijl immers de kinderen, reeds geboren bij het overlijden des erflaters, «onmiddelijk als *eerste* «verwachters zouden mogen geroepen worden» [2]); in welk geval toch ook die schrikkelijke gevolgen zou-

[1]) W. v. h. R. n°. 255.
[2]) Loke, blz. 629.

den kunnen voortspruiten uit de erfstelling over de hand in het overschot, zooals de wet die veroorlooft.

Iets anders is het evenwel, wanneer de erflater gebruik wil maken van de vergunning, hem bij art. 928 toegestaan, om ook de kinderen te roepen, die na zijn overlijden zullen geboren worden. Door deze vergunning is eene uitzondering gemaakt op den algemeenen regel van art. 946, dat men, om uit iemands uitersten wil eenig voordeel te kunnen genieten, moet bestaan op het oogenblik van zijn overlijden; — men moet zich daarbij dus streng aan de woorden van art. 928 houden. En aangezien nu dit artikel slechts geldig verklaart de beschikking waarbij geroepen zijn: *alle* kinderen, reeds geboren of die nog geboren zullen worden, mag men, wanneer men ook de kinderen wil roepen, die na zijn overlijden zullen geboren worden, *geen enkel* van de kinderen des verwachters uitsluiten, en moet dus elke substitutie, waarbij in dit geval ook maar één der kinderen, 't zij van de reeds geborenen of van die welke nog geboren zullen worden, niet wordt medegeroepen, als niet geschreven worden beschouwd [1]).

---

[1]) W. v. h. R. n°. 239; Diephuis § 1174 bl. 697.

Wij komen tot de vraag, of, wanneer bij overlijden van den verwachter, ook sommigen van diens kinderen zijn overleden, er, ten voordeele van de afkomelingen dier vóóroverleden kinderen, ook plaatsvervulling moet worden toegelaten?

Men heeft zich tot een bevestigende beantwoording dezer vraag laten verleiden, door een uitdrukkelijke bepaling bij de erfstellingen over de hand ten behoeve van kleinkinderen enz., ook in ons geval voor toepasselijk te houden [1]).

Art. 1022 B. W., zoo redeneert men, staat plaatsvervulling toe, en het is niet te veronderstellen dat de wetgever bij de eene soort van geoorloofde erfstellingen over de hand andere bedoelingen zoude hebben dan bij de andere. Ten onrechte; immers «de ratio legis van art. 1022 is «gelegen in de bijzondere betrekking van den erf«later tot den bezwaarde en de verwachters, eene «betrekking die de grond is der toelating van die «erfstellingen over de hand.» [2]) Bij de erfstellingen over de hand in het overschot is het een geheel andere zaak; hunne toelating is niet, even

---

[1]) V. H. in Regtsgel. Bijbl. I blz. 280; van Bell t. a. p. blz. 593 en volg.; Vernède ad art. aant. 2; Schüller ad art.; Loke t a. p., blz. 629.

[2]) Diephuis § 1186 bl. 704.

als van die welke de 7e afdeeling behandelt, eene uitzondering op art. 926, zooals ik boven reeds trachtte aan te toonen, en heeft ook een geheel anderen grond, n. l. de erkenning van ieders vrijheid om te beschikken over zijne goederen, zooals hij wil, voor zooverre daaruit geen nadeelen voor de maatschappij ontstaan. En, al moge het volkomen juist zijn, dat men «in de 8e afdeeling er «slechts op bedacht is geweest, de zwarigheid om«trent het al of niet geldende der z. g. fideicom«missa de residuo of de eo quod supererit weg te «nemen, terwijl men in de 7e afdeeling den zin «der toegelaten beschikkingen op dezelfde wijze als «zulks bij het Fransche Wetboek geschied was, had «voor te stellen [1],» — daarom gaat het nog niet aan, om, bij zulk een verschil als boven is aangeduid, tusschen de twee soorten van erfstellingen over de hand, die het Burgerlijk Wetboek toelaat, eene uitdrukkelijke bepaling voor de eene ook toepasselijk te willen verklaren voor de andere, vooral wanneer hierdoor, zooals later blijken zal, eene uitzondering zoude gemaakt worden op de algemeene beginselen van erfrecht.

Maar men heeft nog een ander argument: art. 961

---

[1]) Regtsgeleerd Bijblad I. bl. 281.

al. 4 B. W. zegt dat onder «kinderen» worden begrepen de afstammelingen, in welken graad zij ook zijn; deze bepaling mag gerust toepasselijk worden verklaard op alle bepalingen in den titel van uiterste willen, waarin die benaming van kinderen zonder verdere aanduiding voorkomt, zoodat dan ook art. 1022 meer de toepassing is van een algemeen beginsel op een bizonder geval.

Moest men dit toegeven, dan zouden, gelijk terecht door Diephuis t. a. p. wordt opgemerkt, niet alleen art. 1022, maar zelfs de artt. 888—894, die het recht van plaatsvervulling regelen, geheel en al overbodig zijn, hetgeen men toch wel niet zal willen beweren. Maar deze opvatting van art 964 § 4 is geheel en al onjuist: deze 4e alinea zegt toch niets anders dan dat daar, waar sprake is van het berekenen der legitime portie, ook de afstammelingen van een vooroverleden kind moeten medegerekend worden als vertegenwoordigende dat kind volgens art. 889: m. a. w. bij de legitime portie, dat is dat gedeelte der erfenis, dat aan de erfgenamen ab intestato *moet* uitgekeerd worden, wordt, evenals bij de gewone erfopvolging ab intestato plaatsvervulling toegelaten: dus omvat het woord «kinderen» ook de afstammelingen van vooroverleden kinderen. Zeer juist wordt dit uitgedrukt door Mr.

Opzoomer, als hij zegt: «Het is dan ook onwaar, dat «kinderen bij erfstellingen in het algemeen de af«stammelingen beteekent; het heeft die beteekenis «alleen daar, waar het recht van plaatsvervulling «werkzaam moet zijn. Er is plaatsvervulling, dus «omvat het woord kinderen de afstammelingen, zie«daar een gezonde redeneering; het woord kinderen «omvat de afstammelingen, dus is er plaatsvervul«ling, ziedaar een hysteron proteron van de ergste «soort». [1]) Het beroep op art. 949 [2]) bewijst dan ook in deze zaak niets; daar toch is er sprake van het gedeelte, dat een der wettige kinderen geniet d. i. dat gedeelte, dat de wet aan wettige kinderen *verzekert* en waarvoor deze dus als het ware ab intestato opkomen. Hier nu moet plaatsvervulling weder toegelaten worden, volgens art. 889: ergo omvat «kinderen» ook de afstammelingen; ditzelfde kan evenwel, zooals we zullen zien, volstrekt niet gezegd worden van de afstammelingen van kinderen, geroepen volgens art. 928. Opmerkelijk is het dan ook, hoe weinig waarde, in de aangehaalde verhandeling in het Regtsgeleerd Bijblad zelf, gehecht wordt aan dit argument, als zoude bij erfstellingen, in het algemeen het woord «kinderen» de afstammelingen

---

[1]) Opzoomer IV, ad art., blz. 282.

[2]) v. Bell, t a. p. in de noot.

omvatten. Bij de behandeling toch der vraag, of bij vóóroverlijden van kinderen des derden persoons ook zijne kleinkinderen kunnen geroepen worden, is het antwoord: «*Neen, deze fideicommissa gelden «alleen ten behoeve van de* KINDEREN». Door deze woorden is, naar het mij voorkomt, het geheele argument omvergeworpen.

Een laatste argument, dat ten voordeele der plaatsvervulling zoude pleiten, vindt men hierin: «dat «art. 928 de substitutie, bij vóóroverlijden van den «verwachter, *uitsluitend* toestaat ten behoeve van «diens kinderen». [1]) Aangezien ik boven tot een geheel ander resultaat ben gekomen, behoef ik dit argument niet te weêrleggen.

Zijn dus de argumenten die, voor de toelating der plaatsvervulling zijn aangevoerd, niet toereikend, — het zoude ook tegen de natuur der plaatsvervulling strijden, indien deze bij de erfstellingen over de hand van art. 928 moest toegepast worden. Plaatsvervulling is het recht, *door de wet* toegekend aan afkomelingen van vóóroverleden personen om in de plaats hunner ouders een erfenis te verkrijgen, — het kan dus alleen plaats grijpen daar, waar ook *de wet* die ouders tot erfgenamen maakte, m. a. w.

---

[1]) v. Bell t. a. p.

plaatsvervulling komt alleen te pas bij de erfopvolging ab intestato. Zoo begreep het ook onze wetgever, die het recht van plaatsvervulling regelde in den titel, handelende over: «erfopvolging bij versterf.» De erfstellingen over de hand in hetgeen de erfgenaam zal overlaten kunnen evenwel niet anders dan bij uitersten wil geconstitueerd worden; — derhalve mag hierbij, zonder een uitdrukkelijke bepaling — welke niet gemaakt is — geen plaatsvervulling toegelaten worden [1]).

Kleinkinderen des verwachters kunnen alzoo niet bij plaatsvervulling het erfdeel hunner vooroverleden ouders, zoo deze gesubstitueerd waren, verkrijgen; mogen zij nu echter mede den verwachter gesubstitueerd worden?

Na hetgeen omtrent de vulgaris substitutio bij dit onderwerp door mij gezegd is, behoeft het geen betoog dat er geen reden kan gevonden worden om hen uit te sluiten, wanneer zij reeds in leven waren bij het overlijden des erflaters; — is dit niet het geval, dan kunnen zij niet gesubstitueerd worden, omdat de wet op den regel van art. 946 alleen een uitzondering toelaat ten behoeve van de kinderen, niet ook van de kindskinderen, des verwachters. —

---

[1]) Vgl. Diephuis t. a. p.; Opzoomer t. a. p.; W. v. h. R n°. 229; Juridische Vraagal en Opmerker, I bl. 121.

§ 2. *De rechten van den bezwaarden erfgenaam of legataris.*

Na breedvoerig te hebben stilgestaan bij de vraag, wie als verwachters kunnen optreden van hetgeen de erfgenaam of legataris onvervreemd en onverteerd zal nalaten, gaan we thans allereerst over tot de behandeling der rechten, die de wet aan zulk een erfgenaam of legataris heeft toegestaan.

Deze zaak is geregeld in art. 1036 B. W. hetwelk aldus luidt: «In geval van erfstelling, of van «legaat, op den voet als bij art. 928 is vermeld, is «de bezwaarde erfgenaam of legataris bevoegd om «het aan hem gemaakte te vervreemden en te ver«teren, en zelfs bij schenking onder de levenden «daarover te beschikken, tenzij dit laatste door den «erflater, voor het geheel of ten deele, mogt zijn «verboden.»

Men bemerkt, dat hier geheel is afgeweken van de beperkende bepalingen, die zoowel in het Romeinsche als in het oud-Hollandsche recht omtrent de bevoegdheid van den erfgenaam of legataris voorkwamen; — op eene kleine uitzondering na, voor het geval dat de erflater zulks uitdrukkelijk heeft gewild, heeft de erfgenaam of legataris thans het recht om *alles* wat

tot de erfenis of het legaat behoort te vervreemden en te verteren en zelfs bij schenking onder de levenden daarover te beschikken. Dit verschil met de vroegere rechten vindt zijn grond in de geheel verschillende beschouwing omtrent erfstellingen over de hand in het algemeen; vroeger waren deze geoorloofd, ja zoozeer in aanzien, dat zelfs de macht tot vervreemden, die door den erflater was gegeven, tot een bepaald gedeelte was beperkt: thans is het juist die macht tot vervreemden, die de erfstelling over de hand geoorloofd doet zijn en moet deze dus vrijelijk voor al het vermaakte worden toegestaan, gelijk dit zeer juist wordt uitgedrukt door Mr. G. J. de Martini, in zijne aanteekening 1 op art. 1038, waar hij zegt: «Deze beper«kende bepaling is bij de Nederl. Wetg. niet over«genomen, als strijdende met het regtsbeginsel bij «dezelve aangenomen, dat er geene verpligting mag «worden opgelegd door den erflater op zijnen erf«genaam, om de aan dezen vermaakte goederen, «*welke dan ook*, te bewaren, en na afsterven over «te geven aan een derden benoemde».

Deze bevoegdheid van den erfgenaam of legataris, om alles te vervreemden en zich dus als volkomen eigenaar der goederen te gedragen, is hem toegestaan voor zijn geheele leven; een fideicommissum residui

tot een zekeren tijd vóór het overlijden van den erfgenaam, bijv. het hertrouwen van den langstlevenden echtgenoot, is toch, volgens onze wetgeving, niet bekend, — en indien zulk een erfstelling is gemaakt, zal dit dus moeten worden beschouwd als een gewone erfstelling onder een voorwaarde of met tijdsbepaling, zoodat hier de verwachter zal geacht moeten worden, de erfenis of het legaat dadelijk bij het overlijden des erflaters te hebben verkregen, zoodat zijne rechten bij overlijden vóór de vervulling der voorwaarde of het verloop van den bepaalden tijd, overgaan op zijne erfgenamen, onverschillig of deze geboren zijn vóór of na het overlijden des erflaters. In de Juridische Vraagal en Opmerker I, blz. 119 en volg. wordt de vraag behandeld of «eene beschikking, waarbij de «eerststervende echtgenoot aan den langstlevende «vermaakt zijne geheele nalatenschap, onder ver«pligting om daarvan, ingeval van hertrouwen, «het op dat tijdstip aanwezige aan zijne wettelijke «erfgenamen uit te keeren, daarstelt een fideicom«missum de residuo of wel een gewone erfstelling «onder een voorwaarde?» De schrijver beantwoordt deze vraag in laatstgemelden zin, omdat hier niet zijn gesubstitueerd de kinderen des verwachters, en het gemis daarvan, om den exceptioneelen aard van

art. 928, genoeg is om de kwalificatie dezer erfstelling als fideicommissum residui buiten te sluiten. In de voorgaande paragraaf heb ik getracht aan te toonen, dat art. 928 volstrekt geen uitzondering bevat op het verbod van erfstellingen over de hand, bij art. 926 gegeven, en dat het substitueeren der kinderen van den verwachter geen vereischte voor de geldigheid der erfstelling is, zoodat ik aan dit argument geen waarde kan hechten.

Toch ben ook ik van oordeel, dat men hier niet kan denken aan een fideicommissum residui, en zulk eene beschikking althans niet kan vallen onder de regelen, bij de artt. 928 en 1036—1038 B. W., op dit punt voorgeschreven. Art. 928 spreekt immers slechts van die erfstelling over de hand, waar de derde geroepen wordt in hetgeen de erfgenaam of legataris *bij zijn overlijden* zal nalaten, en art. 1036 — en dus ook de beide volgende artikelen — handelt van de erfstelling of het legaat, *op den voet als bij art.* 928 *is vermeld.* In de aangehaalde verhandeling wordt dit argument wat al te lichtvaardig, naar het mij voorkomt, over het hoofd gezien. «Hij die «zijnen nablijvenden echtgenoot», zoo lezen we daar, «zijne nalatenschap wil (mag?) vermaken, «onder verpligting dat, bij diens *overlijden*, het daar«van nog aanwezige aan zijne wettelijke erfgenamen

«zal overgaan, kan *a fortiori* hemzelven die verplig-«ting opleggen, ingeval en zoodra hij *hertrouwt*». Ik wil gaarne toegeven, dat een erfstelling, als de hier bedoelde, volkomen geoorloofd is. Dit neemt evenwel niet weg, dat men haar geen fideicommissum residui, *volgens art.* 928 *geoorloofd*, kan noemen. Dit artikel toch spreekt, gelijk ik reeds aanmerkte, alleen van die beschikkingen, waarbij de erfenis of het legaat *bij het overlijden* des erfgenaams op den verwachter zal overgaan, — en aangezien nu de wetgever in het algemeen bij erfstellingen over de hand slechts het oog heeft gehad op die, waar de overgang plaats heeft bij het overlijden van den erfgenaam of legataris, gelijk de meeste auteurs dit leeren, [1]) zoo zoude ik eene beschikking als de onderwerpelijke liever houden voor een erfstelling of legaat onder een voorwaarde, en wel onder de dubbele voorwaarde, dat de langstlevende echtgenoot hertrouwt en dat er in dit geval van de erfenis of het legaat nog iets is overgebleven [2]).

De macht om alles wat tot de erfenis of het legaat behoort te vervreemden en om de gelden te

---

[1]) Zie de noot op blz. 11.

[2]) Vgl. eene resolutie van den Minister van Finantiën, van 3 September 1867 N°. 8, in Periodiek woordenboek 5293 en het Rechtskundig weekblad voor het Notarisambt N°. 92.

verteren, komt den erfgenaam toe, onverschillig of hij zelf goederen of vermogen heeft. Ten onrechte wordt dus door van Bell, t. a. p. bl. 601, beweerd, dat «de bezwaarde de magt heeft, om alles te ver-«vreemden en te verteren, doch alleen voor zooverre «hij dit niet uit zijne eigene goederen doen kan, «of het vervreemde en verteerde niet op zijne eigene «goederen, bij het ophouden van zijn genot, kan wor-«den verhaald» en dit wel omdat zulk een beperking van de macht des erfgenaams «niet strijdt met den «aard en de bepalingen der erfstellingen, noch met «de bedoeling van den erflater of schenker».

De onjuistheid dezer bewering springt in het oog; de aard der erfstelling brengt immers, zooals de schrijver zelf even te voren had opgemerkt, met zich mede *onbeperkte macht van verteren.* Wanneer die macht dan ook slechts gegeven was voor een bepaald gedeelte of wel voor het geval dat de erfgenaam of legataris daaraan dringend behoefte heeft, dan was er voor een zeker gedeelte der erfenis last gegegeven tot «bewaren en uitkeeren» en zou dus de erfstelling, volgens art. 926, verboden zijn, zoodat dus eene beperking van de macht van den erfgenaam of legataris, zooals de schrijver dit wil, wel degelijk met den aard der erfstelling zoude strijden. Eveneens is deze meening in strijd met de bepalingen der wet: art. 1036

zegt algemeen, dat de erfgenaam of legataris «bevoegd «is het aan hem gemaakte te vervreemden en te «verteren,» zonder daarop eenige beperking, als de hier bedoelde, toetelaten, gelijk dan ook art. 1038 den verwachter het recht geeft om te vorderen, niet de erfenis of het legaat, die met fideicommis bezwaard waren, voor zooverre de nalatenschap des bezwaarden daartoe toereikend is, maar slechts datgene wat van die erfenis of dat legaat «*mogt zijn overgebleven.*»

Ten gevolge van dit een en ander zal men ook eene opvatting van de macht des bezwaarden tot verteren, als door dezen schrijver wordt voorgestaan, moeten beschouwen als in strijd met de bedoelingen des erflaters. Deze toch, die, zooals iedereen, die eene beschikking maakt, moet gerekend worden volkomen bekend te zijn met den aard van, en de bepalingen der wet omtrent eene erfstelling over de hand in het overschot, kan niet gewild hebben dat aan zijne beschikking eene uitlegging worde gegeven, met dien aard en die bepalingen geheel en al in strijd.

De macht van den erfgenaam of legataris tot vervreemden en verteren is dus *onbeperkt;* en ik kan derhalve ook niet instemmen met Loke, die beweert [1])

---

[1]) T. a. p. blz. 631.

«dat de verwachter, zoo dikwijls het hem gelukt te «bewijzen, dat de gereede penningen, of de opbrengst «der goederen aan het fideicommis onderworpen, «zoodanig zijn besteed, dat daardoor voorwerpen in «den boedel worden gevonden, die anders niet voor«handen zouden zijn, geregtigd is ook van deze laatste «afgifte te vorderen.» Volgens dezen auteur is dus de verwachter alleen dan niet gerechtigd, het vervreemde of verteerde op den boedel des bezwaarden te verhalen, wanneer «deze de gedachte goederen «werkelijk heeft verbruikt, en zijne eigene inkomsten «mede heeft verteerd, zonder daardoor rijker te «worden; want,» zoo laat hij er op volgen, «het «fideicommis had met dien boedel niets gemeen, «en zijne bevoegdheid om te verteren, was on«beperkt.» Met deze laatste woorden is, naar mijn oordeel, door den schrijver zelven, zijn geheele stelsel veroordeeld. Het fideicommis heeft niets met den boedel des bezwaarden gemeen, en de macht tot verteren was onbeperkt: ergo doet het er niets toe of de boedel, door de wijze waarop van het fideicommis gebruikt werd gemaakt, grooter of kleiner is geworden, en doet het er evenmin iets toe, met welke doeleinden de met fideicommis bezwaarde goederen zijn vervreemd of verteerd. De regel, dat men zich niet ten koste van een ander

mag verrijken, kan dan ook hier niet toepasselijk gemaakt worden; de erflater heeft immers den verwachter alleen geroepen, *zoo er iets overblijft*, en het geheel en al aan den erfgenaam of legataris overgelaten of dit zal geschieden; laat deze niets of weinig over, op welke wijze hij dan ook van de erfenis of het legaat heeft gebruik gemaakt, zoo benadeelt hij niemand: hij heeft de hem verleende onbeperkte macht uitgeoefend, — en hetgeen hij dus van de erfenis of het legaat heeft verteerd, kan *nooit* op zijn nalatenschap verhaald worden [1]).

Ook dan zelfs zal dit niet plaats kunnen hebben, wanneer de erflater aan zijne beschikking de bepaling heeft verbonden, «dat de verwachter de waarde «der vervreemde of verteerde goederen op de eigen «nalatenschap van den bezwaarden erfgenaam zal «kunnen verhalen» [2]). Niet alleen toch, dat zulk een bepaling strijdig zoude zijn met de artt. 1013, 1014 en 1370 B. W., zooals met groote juistheid is betoogd in eene verhandeling van den heer Dijkhoff [3]), — boven alles zoude hierdoor te kort gedaan worden aan het verbod van art. 926. Door

---

[1]) Diephuis t. a. p. blz. 703; Opzoomer t. a. p. blz. 242 en aldaar ook in noot 2.

[2]) Zie Regt en Wet XIII blz. 223.

[3]) Regt en Wet XIII blz. 384 en volg.

deze bijvoeging zoude immers de erfstelling ontaarden in een gewone erfstelling over de hand, waarbij den erfgenaam de macht werd gegeven om te vervreemden of te verteren, *voor zooverre hij dit uit zijn eigen goederen niet konde doen*, en waarbij dus de last tot bewaren wel degelijk was gegeven voor dat gedeelte, waaraan de erfgenaam of legataris geen behoefte heeft: eene erfstelling derhalve die, ten gevolge van art. 926, nietig zoude moeten worden verklaard [1]).

Omtrent deze macht tot vervreemden doet zich nog een kwestie voor, die zeer belangrijk mag genoemd worden; het geldt n. l. de vraag: óf, wanneer de bezwaarde erfgenaam of legataris in algeheele gemeenschap van goederen een huwelijk aangaat, de helft der bezwaarde goederen, dan krachtens die gemeenschap, toebehoort aan den echtgenoot des bezwaarden, en dus bij het overlijden van den erfgenaam of legataris, als vervreemd moet beschouwd worden?

In twee stukken, voorkomende in de Juridische Correspondent bl. 11 en 131, is deze vraag ontkennend beantwoord, op gronden evenwel, die mij niet hebben kunnen overtuigen en die ik zal trachten te ontzenuwen.

---

[1]) Vgl. v. Meukeren in Regt en Wet XIII blz. 403.

In het eerste stukje wordt beweerd, dat de goederen wel in de gemeenschap komen, doch alleen onder de voorwaarde, waaronder de bezwaarde ze bezat, n. l. deze «dat wat bij zijn overlijden van die «goederen aanwezig zal zijn, verkregen zal worden «door de door den erflater aangewezen verwachters.» Dat deze voorwaarde de goederen blijft aankleven, wordt bij analogie afgeleid uit art. 1136, volgens hetwelk giften, door ouders van den eenen echtgenoot aan den anderen gedaan, nooit aan inbreng zijn onderworpen. De conclusie hieruit is de volgende: «De last tot inbreng, wordt, omdat hij in het geheel «niet rust op den oorspronkelijk begiftigde, zelfs «niet voor de helft verpligtend doordat het geschon«kene in eene gemeenschap valt, waartoe een tot «inbreng verpligte erfgenaam geregtigd is. Evenzoo, «dunkt mij, gaat de verpligting tot uitkeering, «omdat zij geheel rust op een der echtgenooten, «zelfs niet voor de helft verloren door de gemeen«wording».

Deze conclusie is, naar mijn oordeel, geheel en al valsch, en het argument bewijst meer tegen dan voor dit gevoelen. Wat toch leert ons de bepaling van art. 1136? Dat hij, wiens ouders een gift aan zijn echtgenoot hebben gedaan, de helft daarvan verkrijgt *krachtens de gemeenschap*, en dus vrij is

gesteld van inbreng, waartoe hij verplicht zou geweest zijn, zoo de eigendomsverkrijging had plaats gehad ten gevolge van de gift. Bij het fideicommissum residui rust de verplichting tot uitkeering op dengene der echtgenooten, die de goederen onder dezen last heeft verkregen, doch alleen voor zooverre die goederen zijn eigendom nog zijn; — kan men nu echter uit art. 1136 afleiden, dat een last, die één der echtgenooten persoonlijk is opgelegd, ook blijft drukken op het deel, dat de andere echtgenoot krachtens de gemeenschap heeft verkregen? Ik geloof, dat dit artikel ons juist het tegendeel leert.

Nog sterker evenwel tracht men de meening, dat de goederen, met fideicommis bezwaard, slechts in de gemeenschap komen onder de voorwaarde van uitkeering van het overschot, aan te dringen uit het wezen van de huwelijksgemeenschap. Men redeneert aldus: de man alleen is eigenaar der gemeenschap, zoodat men niet kan zeggen, dat hij de door hem aangebrachte goederen vervreemdt; de vrouw heeft alleen recht op de helft der door den man nagelaten goederen; «die *nagelaten* goederen worden, «tot de scheiding, in gemeenschap bezeten tusschen «de vrouw en de erfgenamen van den man. Echter «met uitzondering van die goederen, die, doordat

«ze nagelaten zijn, aan andere personen toebehooren. «Door het feit, dat ze *nagelaten* zijn, behooren ze «niet meer tot de gemeenschap.»

Moest deze redeneering gaafweg aangenomen worden, dan zouden we al dadelijk over een groote moeielijkheid struikelen. Gesteld toch, dat de vrouw bij het huwelijk goederen aanbrengt, met een fideicommissum residui bezwaard, dan vallen die volgens den schrijver, in de gemeenschap, en omdat de man staande huwelijk eigenaar van de gemeenschap is, wordt hij ook van deze goederen *eigenaar*. Nu sterft de vrouw vóór den man; zij laat niets na, want de man alleen is eigenaar der gemeenschap, doch hare erfgenamen hebben, ingevolge art. 183 juncto art. 181 n°. 1 B. W., recht op de helft daarvan. Tot deze gemeenschap blijven de met fideicommis bezwaarde goederen behooren, want ze zijn NIET door de vrouw *nagelaten*, omdat ze behooren tot een gemeenschap, waaruit zij — en dus ook hare erfgenamen — slechts recht had «op datgene, wat, bij «de ontbinding der gemeenschap, zal blijken de ge«schap uit te maken.» Zoo zoude dus van de goederen, door den man aangebracht, *alles* wat over was, van die door de vrouw aangebracht *niets* tot den verwachter komen!

Maar deze geheele opvatting der huwelijksge-

meenschap is zoo onjuist mogelijk; zij grondt zich dan ook alleen op art. 179 B. W., hetwelk bepaalt, dat de man de goederen der gemeenschap kan verkoopen, vervreemden en bezwaren [1]).

Om op grond van dit recht van beheer den man ook recht van eigendom toe te kennen, is, dunkt mij, wat al te kras: op deze wijze zou hij ook eigenaar kunnen genoemd worden van de goederen, aan de vrouw persoonlijk toebehoorende, die hij, volgens art. 160 al 3 B. W., ook beheert, tenzij het tegendeel bedongen zij, — en in elk geval eigenaar zijn van hare roerende goederen, die hij ook mag vervreemden en bezwaren (vgl. art. 160 al 5) [2]). Het woord «gemeenschap» duidt echter reeds aan, dat men hier te denken heeft aan den eigendom, die beiden, man en vrouw, aan dezelfde goederen bezitten. De gevolgen dier gemeenschap zijn dan: «dat de een, pro parte, wordt eigenaar van de «goederen, door den ander ten huwelijk aangebragt, «of wel staande huwelijk te verkrijgen, alleen uitge«zonderd die, omtrent welke een erflater of schen«ker het tegendeel heeft bepaald, zooals dan ook «in den C. N. de bepalingen, betreffende de ge-

---

[1]) Zoo ook Toullier t. a. p. VII. n°. 79 bl. 45.

[2]) Zie deze meening dan ook grondig wederlegd door Diephuis, het Nederlandsch Burgerlijk Regt, 3e druk IV bl. 235.

«meenschap van goederen hare plaats hebben ge-
«vonden in het derde boek, ten opschrift voerende:
«des différentes manières dont on acquiert la pro-
«priété». [1]) Ook het wezen der huwelijksgemeen-
schap geeft dus geene aanleiding tot de meening
dat het overschot der fideicommissaire goederen,
die tot die gemeenschap hebben behoord, geheel
aan den verwachter moet uitgekeerd worden.

Op geheel andere gronden wordt hetzelfde ant-
woord gegeven in het andere stuk in de Juridische
Correspondent. Daar toch wordt beweerd, dat de
met fideicommis bezwaarde goederen niet in de
gemeenschap kunnen vallen, omdat de bezwaarde
erfgenaam of legataris er geen eigenaar van is.
Eigendom, zoo redeneert de schrijver, is het recht
om over eene zaak *op de volstrektste wijze te beschik-
ken*; dit kan de bezwaarde niet: zijn rechten gaan
niet verder dan zijn leven: hij heeft dus geen
eigendom, maar slechts «een *recht* om gedurende
«zijn leven die goederen te genieten, te verteren
«en te vervreemden».

Deze bewijsvoering is zeker al zeer zonderling;
moet men dan, om eigenaar te zijn, *alle* de rechten
van eigendom bezitten? Maar dan zoude ook hij,

---

[1]) W. H. van Meukeren, in Regt en Wet XII blz. 332.

die den blooten eigendom bezit eener zaak, waaraan een ander vruchtgebruik heeft, zoolang dit vruchtgebruik duurt, daarvan geen eigenaar zijn; dan zouden de goederen van hem, die vóór zijn achttiende jaar is gestorven, hem niet in eigendom hebben toebehoord, omdat hij daarover niet bij uitersten wil heeft mogen beschikken; en dan zoude ook dat deel der goederen, waaruit iemands nalatenschap bestaat, hetwelk de legitime portie uitmaakt en waarover de erflater niet heeft mogen beschikken, nooit het eigendom van dien erflater geweest zijn. Deze stelling behoeft geen wederlegging: eigendom bestaat ook dan, wanneer een der attributen daaraan onttrokken is: het is dan wel een gebrekkelijk eigendom, maar het is toch eigendom. Zoo heeft dan ook de bezwaarde erfgenaam of legataris, gedurende zijn leven, wel degelijk eigendom aan het hem vermaakte, en er bestaat dus geen enkele reden, waarom deze goederen niet in de gemeenschap zouden vallen, tenzij de erflater, volgens art. 175, uitdrukkelijk het tegendeel mocht hebben bepaald.

Wanneer men nu aanneemt, dat de goederen, ook al zijn zij met een fideicommissum residui bezwaard, in de huwelijksgemeenschap vallen — hetgeen een onmiddellijk gevolg is van art. 175, het-

welk bepaalt, dat de gemeenschap omvat «ALLE de «roerende en onroerende goederen der echtge«nooten» — dan kan ik niet begrijpen, hoe sommigen er toe gekomen zijn te beweren, dat *al* wat er van de bezwaarde goederen, bij de ontbinding der gemeenschap door het overlijden van den bezwaarden erfgenaam of legataris, over is, aan de verwachters moet uitgekeerd worden. [1]) Men verdedigt deze meening door de stelling, dat de echtgenoot niet meerder recht op die goederen aan de gemeenschap kan overdragen, dan hij zelf heeft. Is evenwel ergens de bekende rechtsregel: «nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet» onwaar, dan is het ten opzichte van goederen, die met een fideicommissum residui zijn bezwaard. Zoolang de erfgenaam of legataris die goederen zelf behoudt, kleeft er de last aan, dat zij bij zijn overlijden aan een bepaalden persoon moeten overgaan; zoodra en voor zooverre ze evenwel aan een ander dan den bezwaarde toebehooren, worden ze van dien last ontheven en heeft dus de verwachter op die

---

[1]) De Pinto II. § 103 blz. 99; Van Bell t. a. p. blz. 596—598. Diephuis, t. a. p. 3e druk blz. 228, zegt, dat het recht des bezwaarden door de gemeenschap «noch in aard, noch in vastheid of duur» verandert; wil dat zeggen, dat het bij de ontbinding der gemeenschap aanwezig overschot geheel aan de verwachters moet worden uitgekeerd?

goederen geen rechten meer; de erfgenaam of legataris draagt hier dus wel degelijk meer rechten over dan hij zelf had. En, zoo dit nu in het algemeen waar is, welke reden zoude er dan wezen om hierop een uitzondering te maken ten opzichte van dat deel dier goederen, dat, krachtens de huwelijksgemeenschap, niet meer aan den bezwaarde, maar aan diens echtgenoot toebehoort?

In dezen zin heeft ook de rechtbank van Goes bij vonnis van 20 Januari 1865 [1]), ten opzichte van met een fideicommissum residui bezwaarde goederen, terecht overwogen:

«dat het de bezwaarde erfgename volkomen vrij-«stond, om bij haar tweede huwelijk eene algeheele «gemeenschap van goederen te doen plaats hebben, «*omdat dit eene vervreemding onder levenden daar-«stelt.*»

Naar aanleiding van dit vonnis hebben de landsadvokaten een advies gegeven van den 20 Maart 1866 n°. 225 [2]), waarin de volgende beschouwing omtrent deze aangelegenheid voorkomt, waarmede ik mij volkomen kan vereenigen, en die ik dan ook niet aarzel geheel over te nemen.

---

[1]) Notariële Nieuwsbode, 1868 N°. 2.

[2]) Notariële Nieuwsbode t. a. p.

«Het fideicommissair goed wordt de gemeenschap-«lijke eigendom van de twee echtgenooten, en wel «van ieder voor de onverdeelde helft. De krachtens «de gemeenschap in dezer voege aan den echtge-«noot van den fiduciarius toekomende onverdeelde «helft in den eigendom van het fideicommissair goed «kan alsdan niet onvervreemd of onverteerd door «dezen worden nagelaten, omdat die helft niet meer «aan hem toebehoort, en kan alzoo niet door «diens overlijden overgaan op de erfgenamen, die «tot het onvervreemd of onverteerd gebleevene ge-«roepen zijn».

Minder juist komt mij het gevoelen voor, in dit advies uitgedrukt, dat de helft van het fideicommissair goed door het aangaan der gemeenschap niet *vervreemd* wordt. Krachtens de wet komt dit goed in gemeenschap; door de gemeenschap krijgt de andere echtgenoot er voor de helft eigendom aan: ergo heeft er een stilzwijgende vervreemding van die helft plaats. Bij eigendomsovergang toch bij het leven en met medewerking van den eigenaar, mag en moet men, naar mijn oordeel, wel degelijk spreken van vervreemding.

Deze kwestie is evenwel van geen practisch belang: de hoofdzaak is, dat ten gevolge van de huwelijks-gemeenschap slechts de helft van het overschot

aan den verwachter behoeft uitgekeerd te worden. [1])

Voor het overige is het dan ook volstrekt niet ongerijmd, dat de andere echtgenoot meer rechten heeft op de helft, dan de bezwaarde op de wederhelft. [2]) Het ligt immers in den aard der erfstelling, dat de last van uitkeering alleen drukt op datgene wat de bezwaarde zelf nalaat; dat zijn echtgenoot dus vrijer over de wederhelft kan beschikken, komt alleen hiervan, dat die helft niet meer toebehoort aan den bezwaarde, en hetzelfde zou het geval geweest zijn, zoo de bezwaarde erfgenaam of legataris, gebruik makende van zijne bevoegdheid, zoo die hem door den erflater niet was ontnomen, de helft der fideicommissaire goederen aan wien ook, had weggeschonken. Strookt nu zulk een bevoordeeling van den echtgenoot des bezwaarden niet met de inzichten van den erflater, dan kan hij gebruik maken van het middel, hem bij art. 175 B. W. gegeven, n. l. uitdrukkelijk bepalen, dat de fideicommissaire goederen niet in de gemeenschap mogen vallen; — heeft hij dit niet gedaan, dan heeft hij het zich zelven te wijten, zoo er in strijd met zijne bedoelingen is gehandeld.

---

[1]) Vgl. v. Meukeren, t. a. p. blz. 333 en volg.

[2]) Zie Juridische Correspondent, I. blz. 135.

De goederen, met eene erfstelling over de hand in het overschot bezwaard, vallen dus in de gemeenschap; alle bepalingen omtrent de gemeenschap zijn daarom op die goederen van toepassing, en er bestaat geen enkele reden, om, met van Bell t. a. p. blz. 597, aan te nemen, dat sommige regels der algeheele gemeenschap van goederen ten deze hunne toepassing missen. Vooral de meening van dezen schrijver, dat de man de goederen niet zal kunnen verkoopen, vervreemden of bezwaren, zonder medewerking der vrouw, zoo deze bezwaarde erfgename is, komt mij ongegrond voor. Zoodra toch het huwelijk in algeheele gemeenschap is aangegaan, behooren ook de fideicommissaire goederen tot die massa, die het eigendom van beide echtgenooten is, en waarvan, krachtens art. 179, het beheer uitsluitend aan den man is toegekend. Daarenboven bepaalt art. 928 volstrekt niet dat de erfgenaam of legataris *zelf* moet vervreemden of verteren: het wijst alleen op datgene, wat bij diens overlijden onvervreemd en onverteerd blijkt te zijn; — en nu zie ik niet in, waarom hij, die in gewone gevallen door de wet als onbeperkte beheerder is geroepen, ook in dit geval niet met die goederen, door zijne echtgenoote in de gemeenschap gebracht, naar goedvinden zal kunnen handelen. — Evenzoo zullen de bepa-

lingen omtrent de ontbinding der gemeenschap en het recht om daarvan afstand te doen op deze goederen van toepassing zijn. Zooals ik toch reeds aanmerkte, moeten ook zij, geheel in overeenstemming met de bepalingen der wet, bij de ontbinding der gemeenschap, bij helfte verdeeld worden tusschen de verwachters en den overblijvenden echtgenoot; de vrouw kan daarom dan ook zeer goed van haar deel in de fideicommissaire goederen afstand doen, hetgeen dan, als behoorende tot de nalatenschap van haren man, den verwachter ten goede zal komen, zoo er ten minste na aftrek der schulden nog iets is overgebleven.

De macht, die, volgens art. 1036, den bezwaarden erfgenaam of legataris toekomt, sluit ook in zich de bevoegdheid om de goederen te verhuren, voor zoo langen tijd en op zoodanige voorwaarden als hij zal goedvinden: hij is toch gedurende zijn leven onbeperkt eigenaar dier goederen, en eigendom brengt ook mede recht van verhuring Dit is dan ook, voor hoe langen tijd de goederen ook verhuurd zijn, geen beschikking na doode: de eigendom toch gaat bij het overlijden des bezwaarden, ingevolge art. 1038 dadelijk op den verwachter over; deze zal evenwel die goederen moeten aanvaarden in den staat, waarin de erfgenaam of legataris ze heeft nagelaten en

dus ook met de lasten, waarmede ze door dezen zijn bezwaard. Zoo moet hij dan ook de huurovereenkomst, door den bezwaarde gesloten, gestand doen, en kan hij deze niet doen vernietigen, te minder dewijl art 1611 B. W. bepaalt, dat de dood des verhuurders de overeenkomst niet te niet doet gaan. Hij mag er zelfs dankbaar voor zijn, dat de bezwaarde de goederen niet heeft weggemaakt, maar daaromtrent eene overeenkomst heeft gesloten, waarvan de revenuen hem toch ten goede komen, zoolang de huur nog duurt [1])

Op deze onbeperkte macht van den erfgenaam kan nu, zooals ik in het begin dezer paragraaf reeds zeide, een kleine uitzondering voorkomen, deze nl. dat de erflater schenking onder de levenden kan verbieden. Deze bepaling kan soms zeer heilzaam zijn, zoo de erflater bevreesd is voor al te groote liberaliteit van den bezwaarde ten opzichte van diens bloedverwanten. Is dit verbod aan de erfstelling verbonden, dan is daarenboven een uitdrukkelijke bepaling, dat de goederen niet in de huwelijksgemeenschap mogen vallen, onnoodig. Door het aangaan der gemeenschap toch schenkt men de helft zijner goederen weg;

---

[1]) Zie Regtsgeleerde Adviezen IV bl. 86 en volg.; Schuller ad art. 1038.

immers, al moge men, ten gevolge dier gemeenschap, eigendom verkrijgen aan even zooveel of aan meer dan men zelf heeft vervreemd, deze eigendomsverkrijging heeft niet plaats *ten gevolge* van de vervreemding zijner eigen goederen, dewijl hetzelfde het geval zoude geweest zijn, ook al had men zelf niets gehad om in de gemeenschap te brengen, zoodat men dus niet kan spreken van vervreemding onder een bezwarenden titel.

Welke rechten uit dit verbod tot wegschenking door den verwachter voortvloeien, zullen we later zien. Met betrekking tot geldsommen kan het gemakkelijk overtreden worden: hoe zal men toch een schenking van een zekere geldsom bewijzen, zoo deze — 't geen zeer goed kan — in het geheim is geschied?

Men heeft deze bepaling der wet beschouwd als eene uitzondering op art. 931, hetwelk luidt: «De «bepaling, waarbij de nalatenschap of het legaat, of «wel een gedeelte van dezelve, onvervreembaar is «verklaard, wordt voor niet geschreven gehou«den.» [1]) Zeer ten onrechte; men kan toch uit de omstandigheid, dat ééne wijze, waarop vervreemding kan plaats hebben, verboden is, niet besluiten, dat

---

[1]) Zie Vernède, ad art. 1036, aant. 2.

vervreemding in het algemeen niet is toegestaan; de bevoegdheid tot vervreemden en verteren op andere wijze *blijft hier bestaan.* «De bevoegdheid «hiertoe kan niet ontnomen worden, en het bedoelde «verbod moge die bevoegdheid eenigermate beper«ken, opheffen zeker niet; de nalatenschap of het «legaat wordt er niet onvervreemdbaar door, en dan «eerst zou de bepaling, volgens art. 931 B. W., voor «niet geschreven gehouden moeten worden» [1]).

Evenmin kan ik het Mr. Opzoomer gewonnen geven, dat de toelating van een fideicommissum residui met verbod van schenking onder de levenden een uitzondering is op het algemeen verbod van art. 926, omdat dan «het *fideicommissum de residuo* in zoover, «maar ook alleen in zoover, werkelijk eenigermate «gelijksoortig is met de fideicommissaire substitutie «in den zin van art. 926» [2]). Art. 926 vordert, dat, om verboden te zijn, de beschikking moet inhouden een bepaling, volgens welke de goederen moeten bewaard worden: naar mijn oordeel is hierdoor niet de eene of ander wijze van vervreemden buitengesloten, maar is *alle* vervreemding, hoe ook genaamd verboden. In ons geval daarentegen is vervreemding

---

[1]) Diephuis, 2e druk IV n°. 1178 bl. 699.

[2]) Opzoomer t. a. p. bl. 242.

en vertering toegestaan; alleen een enkele beperking is daarop gemaakt, door het verbod van schenking onder de levenden, waardoor evenwel de bezwaarde in geenen deele genoopt wordt om de goederen te *bewaren*. Zijn nu «de last tot bewaren» en «het verbod van schenking onder de levenden» gelijksoortige zaken? Ik geloof het niet, en ben van oordeel, dat men hier dus ook volstrekt niet kan spreken van gelijksoortigheid met de substitutiën verboden bij — veel minder van een uitzondering op het verbod van art. 926 B. W. [1]).

Is evenwel dit verbod door den erflater niet uitdrukkelijk aan de erfstelling verbonden, dan heeft de erfgenaam het recht om de goederen zelfs bij schenking onder de levenden te vervreemden. Heeft hij ook het recht daarover bij uitersten wil te beschikken? Neen, en dit niet zoozeer argumento a contrario, omdat de wet schenking onder de levenden toestaat [2]), dan wel omdat zulk een macht van den bezwaarde geheel en al zou strijden met den aard der erfstelling, zoodat geen uitdrukkelijke vermelding in de wet noodig was.

Een andere vraag is het echter, of de erflater

---

[1]) Vgl. Demolombe t. a. p. n°. 138, bl. 164.

[2]) de Pinto, t. a. p. § 594.

bevoegd is, den bezwaarde de macht toe te kennen om over de goederen bij uitersten wil te beschikken? Men beantwoordt deze vraag over het algemeen bevestigend; [1]) er bestaat dan ook geen reden om den erflater zulk een bevoegdheid te ontzeggen: de bepaling strijdt niet tegen de wet of de goede zeden en is evenmin onmogelijk. Wanneer echter door een erflater van deze bevoegdheid is gebruik gemaakt, stem ik het de Pinto volkomen toe «dat de «beschikking hierdoor het karakter van *fideicom-«missum de residuo* geheel verliest». Het kenmerk van erfstellingen over de hand in het algemeen ligt immers juist in de ordo successivus, in de aanwijzing door den erflater van twee verschillende personen, die nà elkander in het bezit der goederen komen moeten. Op dit kenmerk maakt het fideicommissum residui reeds eenigermate een uitzondering, door het in de macht van den eerstgeroepene gedurende zijn leven, te laten, of er bij zijn overlijden wel goederen aanwezig zullen zijn, die aan den gesubstitueerde, volgens de beschikking van den erflater, moeten komen. Neemt men nu ook datgene, wat van dat kenmerk nog is overgebleven

---

[1]) Diephuis, t. a. p. 2e druk, n°. 1179 bl. 700; de Pinto, t. a. p.; Vernède, ad art. 1036 aant. 3; Schüller, ad art.

weg, en wordt den bezwaarden erfgenaam of legataris ook de macht gegeven om te beschikken over die goederen, die bij zijn overlijden zullen overgebleven zijn, dan kan men zulk een beschikking in het geheel geen fideicommissaire substitutie meer noemen. Waar het kenmerk eener beschikking ontbreekt, is ook die beschikking zelve niet aanwezig. Men zal dus zulk een beschikking, waarbij een derde geroepen wordt tot hetgeen de erfgenaam of legataris onvervreemd en onverteerd zal nalaten, maar waarbij aan dien erfgenaam of legataris tevens de macht wordt verleend om over de bezwaarde goederen bij uitersten wil te beschikken, geen fideicommissum residui kunnen noemen, en er dus ook niet de bepalingen van artt. 928 en 1036—1038 op kunnen toepassen; maar die eenvoudig moeten beschouwen als een erfstelling of legaat onder een voorwaarde, en wel onder de dubbele voorwaarde dat de erfgenaam of legataris de goederen bij zijn leven niet heeft vervreemd of verteerd, en er evenmin bij uitersten wil over heeft beschikt.

§ 3. *De verplichtingen van den bezwaarden erfgenaam of legataris.*

De verplichtingen, die den bezwaarden erfgenaam of legataris zijn opgelegd, zijn uit den aard der zaak

weinige, en die weinige nog van zeer gering gewicht. Tegenover zulk een uitgebreide bevoegdheid, die het geheel aan de willekeur van den erfgenaam of legataris overlaat, hoe hij met de goederen wil handelen, zoodat hij daarvan gedurende zijn leven *onbeperkt* eigenaar is, spreekt het van zelf, dat de wetsbepalingen, die eenige voorzorgen voor het recht der verwachters moesten bevatten, al zeer gering in aantal en in waarde konden zijn. Toch waren ook hier enkele bepalingen noodig: immers voor het geval, dat de bezwaarde geen gebruik had gemaakt van zijn recht tot vervreemden en verteren, en dus alles, of ten minste een gedeelte van hetgeen tot de erfenis of het legaat behoorde, bij zijn overlijden had nagelaten, was het wenschelijk dat de verwachter in staat werd gesteld om te bewijzen, welke der nagelaten goederen behoorden tot de erfenis of het legaat, waarop de last van uitkeering aan hem rustte. Dit nu kan ten opzichte der nog aanwezige roerende en onroerende goederen het gemakkelijkst geschieden, indien de erfgenaam of legataris, bij den aanvang van zijn genot, een nauwkeurige beschrijving doet maken van alles wat tot de erfenis of het legaat behoort. Daarom zegt dan ook art. 1037: «De verplichting tot het maken eener boe-«delbeschrijving of lijst, na het overlijden van den

«erflater, bij artikels 1027 en 1028 voorgeschreven, «is ook toepasselijk op den bezwaarden erfgenaam «of legataris, van welken bij deze afdeeling gehan«deld wordt.» We moeten dus nagaan, welke bepalingen in de hier aangehaalde artikelen voorkomen.

Art. 1027 zegt, dat binnen eene maand na het overlijden van hem, die onder den last van uitkeering over de goederen beschikt heeft, eene boedelbeschrijving zal gemaakt worden van al de goederen, die de nalatenschap (in casu de erfenis of het legaat, welke met een fideicommissum residui bezwaard zijn) uitmaken. Gaat de bezwaarde daartoe niet uit zich zelven over, dan kan dit geschieden «op verzoek [1]) van den gestelden bewindvoerder, «van den belanghebbende of van het openbaar «ministerie.» Van deze drie zal bij een fideicommissum residui natuurlijk de eerste wel nooit voorkomen: waartoe zoude toch bij zulk een erfstelling een bewindvoerder dienen? Evenmin zal het Openbaar Ministerie dikwijls van deze bevoegdheid gebruik maken; de boedelbeschrijving is in dit geval toch volstrekt geen zaak van openbare orde, maar alleen

---

[1]) 't Ware beter geweest hier te spreken van «vordering»; vgl. Opzoomer, t. a. p. bl. 236, noot 2.

een middel tot vergemakkelijking van den op den verwachter rustenden bewijslast bij een nog onzeker geval. De verwachter zal echter wèl doen, de boedelbeschrijving te vorderen, wil hij zich voor later een middel tot bewijs verschaffen. [1]) Deze boedelbeschrijving nu zal gemaakt worden in tegenwoordigheid van den belanghebbende, d. i. den verwachter, of deze ten minste behoorlijk opgeroepen. Zijn niet alle belanghebbenden tegenwoordig dan zal de boedelbeschrijving moeten plaats hebben bij notarieele akte; zijn zij daarentegen tegenwoordig, dan is een onderhandsche akte voldoende, in welk geval echter het stuk binnen veertien dagen na het voleindigen der beschrijving moet worden overgebracht ter griffie van de arrondissements-rechtbank van de plaats, waar de erfenis is opengevallen en de beschrijving dus heeft plaats gehad. De kosten van een en ander komen ten laste van de goederen in de beschikking over de hand begrepen. Van deze laatste bepaling heeft men als reden opgegeven, dat de boedelbeschrijving de rechten van de verwachters der goederen verzekert, met verwijzing naar den rechtsregel: «secundum naturam est, commoda cujusque

---

[1]) Zie omtrent dezen op den verwachter rustenden bewijslast de volgende paragraaf.

«rei eum sequi, quem sequuntur incommoda,» welke rechtsregel hier natuurlijk omgekeerd moet toegepast worden. [1]) Ten opzichte van de erfstellingen over de hand, waarvoor deze bepaling meer opzettelijk gegeven is, gaat deze reden volkomen op: de goederen moeten hier bewaard worden, en de boedelbeschrijving is het die aan deze verplichting kracht verleent, omdat zij beschrijft wàt bewaard moet worden. Doch hieruit reeds volgt dat de bepaling bij het fideicommissum residui, niet in alle gevallen kan goedgekeurd worden: hier is de inventaris toch niets anders dan een middel voor den verwachter om gemakkelijk te kunnen bewijzen, welke der goederen, die door den bezwaarden erfgenaam of legataris zijn nagelaten, tot de erfenis of het legaat hebben behoord en dus nu op hem moeten overgaan. Heeft nu de bezwaarde zelf de inventaris doen opmaken, dan heeft hij gehandeld in het belang van den verwachter; — in dit geval is het billijk, dat de kosten op de goederen verhaald worden, gelijk ook in het zeker zeldzame geval, dat het Openbaar Ministerie de boedelbeschrijving heeft gevorderd: de erfgenaam of legataris zelf heeft er toch geen voordeel bij, en

[1]) Schüller, ad art. 1028.

kan dus nooit voor die kosten aansprakelijk zijn; den verwachter is het nu wel eenigszins gemakkelijk gemaakt voor het geval dat er iets overblijft, doch het is zeer wel mogelijk, dat hij zoo weinig vertrouwen stelt in een zuinig beheer van den bezwaarde, dat het hem de kosten niet waard is, om zich vooraf een middel tot bewijs te verschaffen; er blijft dus niets anders over dan om in deze gevallen de kosten op de bezwaarde goederen te verhalen.

Anders is het, wanneer de beschrijving door den verwachter wordt uitgelokt: dan verschaft hij zich zelven eenige voorzorgen, en het is dus niet meer dan billijk, dat hij ook zelf de kosten drage. Is daarenboven de bezwaarde een zuinig beheerder, dan vindt de verwachter later in de goederen, die nu aan hem komen, de kosten terug; wil daarentegen de bezwaarde een ruim gebruik maken van zijne bevoegdheid, dan is het onbillijk, de bezwaarde goederen, die hem nu nog in vollen eigendom toebehooren, de kosten te laten dragen van eenige handeling, die de verwachter gewild heeft en die dezen alleen te stade komt, — en dus een inbreuk te maken op de vrije macht van verteren, die de erflater den bezwaarde naar *diens* willekeur heeft toegestaan, door een deel der goederen aan de beschrijving op te offeren. Vindt dan later de ver-

wachter alles vervreemd of verteerd en heeft hij dus kosten gemaakt voor niets, dan ligt dit aan hemzelf, daar hij het maken van den inventaris niet had behoeven uit te lokken.

Nog ééne bepaling bevat art. 1027, die betere resultaten zal opleveren bij de erfstellingen over de hand ten behoeve van kleinkinderen enz. (hoewel zij ook daar niet volkomen aan het doel beantwoordt) [1]) dan bij het fideicommissum residui. Ik bedoel de in alinea 3 voorkomende bepaling, dat de boedelbeschrijving zal bevatten de begrooting der roerende goederen. Bij de erfstellingen over de hand, waarvan in de 7e afdeeling gehandeld wordt, moet de bezwaarde alles bewaren: onroerende goederen mogen dan ook niet vervreemd worden dan op verlof van de arrondissements-rechtbank, na verhoor van den verwachter en van het openbaar ministerie; anders is het met de roerende goederen, die over het algemeen wel mogen vervreemd worden, doch waarvan alsdan de opbrengst moet uitgekeerd worden. Om nu ten opzichte dier vervreemde roerende goederen eenigen maatstaf te hebben, dient de begrooting. — Den verwachter van hetgeen van een erfenis of een legaat zal zijn overgebleven, helpt

---

[1]) Vgl. Opzoomer, t. a. p. bl. 237, noot 2.

dit echter nog niet veel: al kan hij nagaan, wat de vervreemde voorwerpen hebben opgebracht, hij zal, zooals we later zullen zien, ook moeten bewijzen, dat die opbrengst nog in de nalatenschap des bezwaarden aanwezig is. Kan hij dit bewijzen, dan kan hij in de meeste gevallen ook wel aantoonen, welke de opbrengst is geweest, — zoodat de begrooting der roerende goederen bij een fideicommissum residui al heel weinig nut zal hebben.

Dit, wanneer een erfenis onder fideicommissair verband is vermaakt; is het een legaat en dus een making «van zekere bepaalde goederen of wel alle «goederen van een zekere soort» (art. 1004 B. W.), dan kan er natuurlijk van boedelbeschrijving geen sprake zijn, daar uit den naam reeds voortvloeit dat zij de beschrijving is van een boedel, een nalatenschap of een gedeelte daarvan, en dus slechts te pas komt bij een erfstelling. In overeenstemming hiermede zegt art. 1027 al 2: «Indien het gemaakte «slechts in een legaat bestaat, zal er een bijzondere «lijst worden gemaakt van alle de daaronder be«grepen voorwerpen.» Bij een legaat moeten we dus spreken van een lijst, waarop dan evenwel alle bepalingen toepasselijk zijn, die we bij de boedelbeschrijving behandeld hebben.

Deze zijn de verplichtingen, waarvan art. 1037

spreekt; andere verplichtingen komen er in deze afdeeling niet uitdrukkelijk voor; doch art. 1037 behelst nog een negatieve bepaling in de woorden: «doch hij (de bezwaarde) is niet gehouden om eenige «zekerheid te stellen.» Deze bepaling is wel zeer natuurlijk: de erfgenaam of legataris heeft het volle recht om de goederen te vervreemden en te verteren en behoeft dus niets over te laten: waartoe zoude dan eenige zekerheidsstelling dienen? [1])

Nog ééne verplichting schijnt Mr. G. J. de Martini den bezwaarde te willen opleggen. In zijne aanteekening 3 op art. 1038 lezen we toch: «een «zoodanige erfgenaam behoort naauwkeurige aan«teekening te houden, wat van het gefideicommit«teerde door hem verteerd is, wat hij verstaan wil «hebben als verteerd of vervreemd te zijn. Het zal «toch anders moeijelijk te beslissen zijn, indien «iemand, middelen van zich zelven hebbende, en een «zoodanig fideicommis, eene schenking doet, of dan «deze schenking geacht moet worden voldaan te «zijn uit de eigene middelen, dan wel uit de «gefideicommitteerde gelden.» Voorzeker zou, met het oog op de belangen des verwachters, zulk een

---

[1]) Diephuis, bl. 701 n°. 1181; de Pinto, II bl. 392 § 596; Schüller, ad art. 1037.

nauwkeurige aanteekening zeer wenschelijk zijn. De wet legt echter die verplichting niet uitdrukkelijk op, zoodat het geheel van den bezwaarden erfgenaam of legataris zelven afhangt, of hij den verwachter eenig bewijsmiddel wil verschaffen of niet. Wat het gevolg zal zijn van het verzuim der aanteekening, behoort meer eigenaardig te huis in de volgende paragraaf, waarin wij zullen handelen over de rechten en verplichtingen des verwachters en de wijze waarop kan uitgemaakt worden, wat er van de erfenis of het legaat is overgebleven.

Behalve deze bizondere verplichtingen is de met een fideicommissum residui bezwaarde ook gehouden tot hetgeen in het algemeen aan erfgenamen of legatarissen is opgelegd, met name tot het uitkeeren der legaten, waarmede hij belast is, en het betalen der schulden (artt. 1006 en 1146.) Beide deze verplichtingen geven echter eenige moeielijkheid ten opzichte van de erfgenamen des bezwaarden.

Met betrekking tot het uitkeeren der legaten is de vraag deze. Zoo de bezwaarde erfgenaam of legataris geen gevolg heeft gegeven aan een hem opgelegden last tot uitkeering van een legaat, gaat dan de verplichting daartoe over op den verwachter of wel op de erfgenamen des bezwaarden? In de Regtsgeleerde Adviezen, VII bl. 82 en volg., wordt deze

vraag in laatstgemelden zin beantwoord, op de navolgende gronden, die ik volkomen beaam. De artt. 1006 en 1146 leggen de verplichting tot uitbetaling der legaten op aan de erfgenamen of daarmee belaste legatarissen: deze verplichting strekt zich ook uit tot de erfgenamen van deze laatsten, tenzij er eene afscheiding heeft plaats gehad van den boedel des erflaters en dien des erfgenaams; dit is alleen het geval, waar de wet zulks uitdrukkelijk bepaalt, zooals in de artt. 1078 en 1153 B. W. Bij een fideicommissum residui kan men aan zulk een afscheiding niet denken, — «ware het anders, het «instellen van deze fideicommissen zoude een gereed «middel worden, om aan de erfgenamen, zonder «dat bij de aanvaarding het voorregt van boedelbe«schrijving werd ingeroepen, toch gelijke voordeelen «te verzekeren,» — zoodat ook hier de verplichting des bezwaarden op *zijne* erfgenamen moet overgaan. Daarenboven het sluit denkbeeld van een residuum eener erfenis, hetgeen aan de verwachters toekomt, van zelf elke verplichting tot uitkeering, van wat ook, uit: een overschot toch kan slechts baten bevatten; en heeft nu de bezwaarde verzuimd de erfenis te likwideeren, dan is er niets onbillijks in gelegen, dat zijne erfgenamen ten gevolge hiervan moeielijkheden ondervinden.

Ook de Hooge Raad heeft, bij arrest van 12 Februarij 1863, een gelijk oordeel uitgesproken. Het gold hier de vraag, wie het legaat moest uitkeeren, waaraan de bezwaarde erfgenaam vruchtgebruik had gehad, — welk geval volkomen gelijk staat met onze kwestie, wanneer de bezwaarde de afgifte heeft verzuimd, dewijl «de tijd, wanneer «het gelegateerde moet worden afgegeven, in den «persoon, op wien de verplichting rust, geene «verandering kan brengen.» Het arrest nu van den H. R. berust op de volgende motieven:

«Overwegende dat, volgens de duidelijke en «algemeene bewoordingen van art. 1006 B. W., «de verpligting tot afgifte der gelegateerde zaak «rust op den erfgenaam; dat deze dientengevolge «gehouden is het gelegateerde terstond af te geven «indien het *pure et simpliciter* is vermaakt, en, «indien het legaat met vruchtgebruik ten zijnen «behoeve was bezwaard, na het eindigen van het «vruchtgebruik; maar dat de tijd, wanneer het «gelegateerde moet worden afgegeven, in den «persoon, op wien die verpligting rust, geene ver«andering kan brengen;

«dat derhalve (ook, wanneer, gelijk *in casu*, de «gelegateerde zaak met een levenslang vruchtgebruik «ten behoeve van den erfgenaam is bezwaard,) zij

«die hem vertegenwoordigen, dat is zijne succes-
«seuren, tot die afgifte verpligt zijn;

«dat op die verpligting van geen den minsten invloed
«is de omstandigheid, dat de erfstelling had plaats
«gehad onder bepaling, dat derden werden geroepen
«tot hetgeen de ingestelde erfgenaam onvervreemd
«of onverteerd zoude nalaten, als zijnde aan die
«making bij de wet geene voorwaarden verbonden,
«noch de verpligting, door den gestelden erfgenaam
«door zijne aanvaarding op zich genomen, op den
«tot het overschot geroepene overgebragt: dat ook
«in dit geval de verpligting van den erfgenaam tot
«afgifte der gelegateerde zaak is algemeen en onaf-
«hankelijk van den tijd, waarop de afgifte kan
«gevorderd worden; en dat derhalve thans op de
«successeuren van den erfgenaam de verpligting
«rust, die op hemzelven zoude gerust hebben, indien
«het gelegateerde bij zijn leven had kunnen worden
«opgevorderd». [1])

De erfgenamen des bezwaarden zijn dus verplicht tot de afgifte der legaten. Zij zullen dit niet mogen doen uit goederen of gelden, tot het overschot behoorende: ik meen toch de vraag, die in het aan-

---

[1]) Regt en Wet XV, bl. 276.

gehaalde opstel der Regtsgeleerde Adviezen gesteld wordt: «of in het algemeen de erfgenamen van den «bezwaarde niet geregtigd zijn, bij de overgifte van «het residuum aan den verwachter, het voor legaten «en andere lasten benoodigde alsnog af te houden», bepaald ontkennend te moeten beantwoorden, en dat wel op grond van de woorden van art. 1038. Dit artikel spreekt van «de dadelijke afgifte van hetgeen «van de erfenis of het legaat *in natura* mogt zijn «overgebleven»: de verwachter wordt dus, bij den dood des bezwaarden, DADELIJK *eigenaar van* AL *wat over is*, zonder dat daarop eenige uitzondering wordt toegelaten of vermeld. Hij moet dus ook *alles* kunnen vorderen, zonder dat daarvan de nog niet uitgekeerde legaten mogen worden afgehouden. [1])

Ook de schulden, die een bezwaarde erfenis of legaat aankleven, moeten, zooals ik reeds zeide, door den erfgenaam of legataris worden betaald. Hij kan dit natuurlijk doen uit gelden, tot de erfenis of het legaat behoorende, of uit de opbrengst der vervreemde voorwerpen. Wanneer hij dit echter niet heeft gedaan, maar hiertoe eigen middelen heeft gebezigd,

---

[1]) Hetgeen gelegateerd is onder den last van vruchtgebruik behoort niet tot het residuum, zoodat dit niet aan den verwachter behoeft uitgekeerd te worden: vgl. Regtsgeleerde Adviezen t. a. p. bl. 83, in de noot.

zullen zijne erfgenamen dan dat bedrag kunnen terugvorderen, of niet?

Verschillende gevoelens omtrent deze zaak worden medegedeeld in eene missive van den Minister van Finantiën, van 29 September 1870 n°. 59 [1]), waaraan ik het volgende ontleen:

«Voor de toestemmende beantwoording der vraag «werd het volgende aangevoerd. De bezwaarde erf«genaam en de geroepen erfgenaam of verwachter «moeten, als een gevolg van hun erfregt, in de schulden «dragen, de eerste naar evenredigheid van de waarde «van hetgeen hij verteerd heeft, de tweede naar «evenredigheid van de waarde van hetgeen hij ont«vangt; de bezwaarde erfgenaam heeft ten opzigte «van het gedeelte der schulden, hetwelk hij boven «zijn aandeel heeft betaald, de zaken van den ver«wachter waargenomen, en heeft, dientengevolge, op «dezen regt tot vergoeding.

«Anderen, die de vraag mede toestemmend meen«den te moeten beantwoorden, motiveerden hunne «meening in dezer voege. De bezwaarde erfgenaam «en de verwachter zijn beiden erfgenaam. Dienten«gevolge is art. 1146 B. W. op hen toepasselijk, en

---

[1]) Periodiek Woordenboek 1870 n°. 5873; Rechtskundig Weekblad voor het Notarisambt n°. 129.

«zij moeten, bij gevolg, de boedelschulden betalen
««in evenredigheid met hetgeen ieder uit de nala-
««tenschap ontvangt»; de erfgenamen van den
«bezwaarden erfgenaam kunnen de schulden, die hij
«boven zijn aandeel betaald heeft, verhalen op den
«verwachter, op grond van art. 1418 b. B. W.

«Daarentegen werd de vraag door anderen ont-
«kennend beantwoord op de volgende gronden. De
«verwachter is tot geene vergoeding verpligt, omdat
«de wet ze hem niet oplegt. Eene uitdrukkelijke
«wetsbepaling te dien aanzien zou daartoe noodig
«zijn, omdat de verpligting tot vergoeding niet uit
«den aard der zaak zelve voortvloeit. De bezwaarde
«erfgenaam had de magt om te vervreemden, dus
«ook om door verkoop van een gedeelte van het
«door hem geërfde goed zich de penningen te ver-
«schaffen, die tot betaling der schulden noodig
«waren. Nu hij niets van het door hem geërfde
«goed verkocht, maar de schulden uit eigen beurs
«betaalde, mag worden aangenomen, dat hij de
«goederen, die hem onder den last van uitkeering
«waren gegeven, voor de verwachters heeft willen
«behouden, dat hij in hun belang van zijn regt
«geen gebruik heeft willen maken. Uit de gegeven
«magt om te verteren enz. volgt niet, dat er ook
«verteerd worden zal Evenzeer als de bezwaarde

«erfgenaam de bevoegdheid heeft om de nalaten-
«schap geheel of gedeeltelijk te verteren, heeft hij
«ook de bevoegdheid om haar op allerhande wijze,
«o. a. door betaling van schulden, te verbeteren.
«Welke ook de beweegredenen van den bezwaarden
«erfgenaam mogen geweest zijn, schijnt in ieder
«geval deze regel te moeten gelden: de verwachter
«treedt, bij het overlijden van den bezwaarden erfge-
«naam, in het genot en de lasten van alles, wat
«van de nalatenschap is overgebleven, zoodat slechts
«de schulden, die op dat oogenblik ten laste der
«nalatenschap bestaan, ten zijnen laste komen.»

Deze ontkennende beantwoording der vraag wordt ook voorgestaan door de Landsadvokaten, in hun advies van den 19 September 1870, n°. 576 F. 14, te vinden in de aangehaalde missive van den Minister van Finantien, in welk advies tevens het andere gevoelen op goede gronden wordt bestreden. Het luidt aldus:

«Wij nemen wel aan, dat zoowel de verwachter
«als de bezwaarde erfgenaam, bij een fideicommissum
«de residuo, regtstreeks erft van den erflater, en dus
«aan dezen zijn regt ontleent, maar beiden zijn niet
«gelijktijdig erfgenamen; tusschen hen wordt geene
«nalatenschap verdeeld; beiden daarentegen volgen
«elkander als erfgenamen op; het regt van den ver-

«wachter begint, als dat van den bezwaarden erf-
«genaam eindigt; vóór dien tijd heeft hij geen regt,
«maar eenvoudig eene hoop of verwachting om later
«erfgenaam te worden. Uit dat alles volgt al dade-
«lijk, dat de bezwaarde erfgenaam, die, gedurende
«den tijd van zijn genot, héréditaire schulden be-
«taalt, waartoe hij als erfgenaam op dat oogenblik
«alleen gehouden is, zijne schulden en niet die van
«een ander kwijt, en wijders, dat de bepalingen van
«de artt. 1146 en 1418 B. W., waarop men zich
«beroept, op dat geval niet van toepassing zijn.

«Daarenboven zou men verkeerd doen met uit de
«uitdrukking van «onvervreemd en onverteerd na-
«laten» van de artt. 928, 1036 sqq B. W. af te
«leiden, dat de verwachter wel minder, maar niet
«meer, kan verkrijgen dan de bezwaarde erfgenaam.
«Het beginsel bij het fideicommissum de residuo is
«eenvoudig, dat de verwachter de nalatenschap
«verkrijgt in den toestand, waarin die zich bevindt,
«bij het einde van het genot van den bezwaarden
«erfgenaam, onverschillig, of die in waarde is ver-
«meerderd of verminderd: hetzij door verbetering
«of achteruitgang van de fideicommissaire goederen,
«hetzij door betaling der schulden. Bij dat alles mag
«ook niet onopgemerkt blijven, dat art. 1038 B. W.
«den verwachter het regt geeft, om op te vorderen

«al hetgeen van de erfenis in natura is overgeble-
«ven, zonder dat dáár of ergens anders gesproken
«wordt van eene verpligting tot verrekening van
«schulden, door den bezwaarden erfgenaam betaald.»

Met deze zienswijze kan ik mij volkomen vereenigen; de bezwaarde heeft schulden, tot de erfenis of het legaat behoorende, die hij als erfgenaam of legataris moest voldoen, betaald; hij had hiertoe gelden of goederen van die erfenis of dat legaat kunnen aanwenden, doch hij heeft de voorkeur gegeven om dit uit eigen middelen te doen. Hij noch zijn erfgenamen kunnen dus hiervoor restitutie vragen, vooreerst omdat, zooals de landsadvokaten terecht opmerken, de bezwaarde zijn *eigen* schulden heeft gekweten, en ten andere omdat de erfgenamen des bezwaarden aan den verwachter moeten afgeven *al* hetgeen er van de erfenis of het legaat in natura over is, zonder dus in rekening te kunnen brengen wat *door hen* zal moeten betaald worden, of door den erfgenaam, als zoodanig, uit eigen middelen betaald is.

§ 4. *De rechten en verplichtingen des verwachters; hoe uit te maken wat er van de erfenis of het legaat is overgebleven.*

De rechten des verwachters nemen hoofdzakelijk een aanvang bij het overlijden van den bezwaarden

erfgenaam of legataris. Wel heeft hij reeds, zooals we gezien hebben, bij het overlijden des erflaters het recht om het opmaken eener boedelbeschrijving of lijst te vorderen; doch dit is slechts een voorzorgsmaatregel ter verzekering van de bevoegdheid die hem bij het overlijden des bezwaarden is toegekend; dàn heeft hij, zooals art. 1038 al. 1 zegt: «het regt, om de dadelijke afgifte te vorderen van «hetgeen van de erfenis of het legaat *in natura* «mogt zijn overgebleven». Deze uitdrukking [1]) is niet zeer juist: oppervlakkig beschouwd, zoude men toch kunnen zeggen, dat de verwachter slechts het recht heeft tot vordering van die goederen, welke, bij het aanvaarden van het genot des bezwaarden, in de erfenis of het legaat aanwezig, en die, bij het einde van dat genot, nog voorhanden waren; de tweede alinea van dat artikel leert ons evenwel, dat, behalve het in natura aanwezige, goederen en gereede gelden, ook nog datgene aan den verwachter zal moeten uitgekeerd worden, wat van de opbrengst der vervreemde voorwerpen nog aanwezig is.

Op welke wijze zal nu kunnen uitgemaakt worden,

---

[1]) Zonder een bepaalde vermelding, had de zaak toch reeds van zelf gesproken; zie van Bell t. a. p., bl. 599; Opzoomer t. a. p., bl. 241 noot 3.

wat de erfgenaam of legataris voor den verwachter heeft overgelaten? Ten opzichte der goederen, zoo roerende als onroerende, die in natura zijn overgebleven, is de zaak meestal niet moeielijk; een vergelijking toch van hetgeen, blijkens de boedelbeschrijving, zoo deze gemaakt is, bij het overlijden des erflaters aanwezig was en nu nog in den boedel des bezwaarden gevonden wordt, zal daarover genoegzaam inlichtingen verschaffen en tot bewijs verstrekken.

Ingewikkelder wordt de zaak met betrekking tot de gereede penningen en de opbrengst der vervreemde voorwerpen; indien toch de bezwaarde van zichzelf niet onbemiddeld was, zal het dikwijls zeer moeielijk zijn, te weten te komen, of hij de eene of andere uitgaaf uit eigen middelen heeft gedaan, dan wel uit gelden, behoorende tot de erfenis of het legaat. Om hierin eenigszins te voorzien zegt art. 1038 al. 2: «Ten aanzien van de gereede pen«ningen of van de opbrengst der vervreemde voor«werpen, kan uit aanteekeningen van den bezwaarden «erfgenaam of legataris, uit huisselijke papieren, «of door alle andere bewijsmiddelen worden opge«maakt, of, en in hoeverre er iets van de erfenis «of van het legaat is overgebleven».

Alle bewijsmiddelen worden dus hier toegestaan,

terwijl nog speciaal worden genoemd aanteekeningen van den bezwaarden erfgenaam of legataris en huisselijke papieren. Geenszins juist komt mij echter voor, hetgeen de Martini in zijne aanteekening 3 op art. 1038 zegt: [1]) «Ten gevolge van «de uitdrukking van het 2e lid van dit artikel zou «men kunnen opmaken, dat het de geest des «wetgevers is, dat bij vervreemding het vermoeden «bestaat, dat zulks uit de gefideicommitteerde nala«tenschap of legaat geschied zij en geenszins uit «de eigen middelen, ten ware het tegendeel blijke.» Onze alinea dient, naar mijn oordeel, niet om eenig vermoeden, welk ook, uit te spreken, maar alleen om het bewijs, voor hem wien dit is opgelegd, eenigermate te vergemakkelijken, door in dit opzicht de meest mogelijke ruimte te laten [2]). Zonder dus juist aan een vermoeden te kunnen denken, hetgeen de wetgever ten nadeele des verwachters heeft willen stellen, zal toch, bij gebreke van bewijsmiddelen, de verwachter de lijdende partij zijn. Tegenover diens recht om afgifte te vorderen van hetgeen van de erfenis of het legaat is overgebleven, rust immers op hem

---

[1]) Zie ook Vernède ad art.

[2]) Vgl. Diephuis, 2e druk, bl. 702 nº. 1184; van Bell t. a. p., bl. 600.

de verplichting om te bewijzen, *wat* er is overgebleven: hij vordert het overschot: ergo moet hij ook bewijzen, waarin dat overschot bestaat.

Verschillend is evenwel het oordeel omtrent deze vraag. Zoo heeft de rechtbank van Gorinchem, bij vonnis van 9 Maart 1858, [1]) beslist, dat de verwachter, zonder eenig bewijs, in het algemeen het overschot konde vorderen, en daarbij het volgende overwogen:

«dat het eischend bestuur, vorderende de afgifte «der algeheelheid van het overschot des boedels «van G. G. V., door het aantoonen der erfstelling «van dezen, heeft bijgebracht al het bewijs, waar«toe het verpligt kan worden geacht; voorts dat «thans en in den tegenwoordigen stand der zaak «tusschen de partijen geen verschil wordt gevoerd «over bijzondere voorwerpen, welke evenmin worden «gevorderd als geweigerd, hetgeen eerst bij de «uitvoering van het tegenwoordig vonnis het geval «zoude kunnen worden, indien de partijen daar«omtrent niet mogten overeenkomen, en dat diens«volgens alhier van het bewijs ten aanzien van «bijzondere voorwerpen geen sprake kan zijn;

«dat wijders de gedaagdesse, zonder zich op eenige

---

[1]) W. v. h. R. n°. 1946.

«onkunde te kunnen beroepen, verpligt is ter goeder «trouw verklaring te doen van hetgeen zij uit den «bewusten boedel bezit, vermits zij den geheelen «boedel der bezwaarde erfgename onder zich, en «bepaaldelijk toegang heeft tot al de hulpmiddelen «en bronnen, bij de wet aangegeven, om tot vol- «doende kennis te geraken».

Deze leer komt geheel overeen met hetgeen de Pinto, t. a. p., blz. 392 § 597, omtrent deze vraag zegt: «De verwachter», zoo lezen we daar, «vraagt «eenvoudig wat er is overgebleven, zonder dat hij «behoeft te zeggen of te bewijzen, *waarin* het «bestaat. Hij kan dit onmogelijk *a priori* weten. «De erfgenamen zijn daarentegen even weinig jegens «hem rekenpligtig, enz.; — zij geven eenvoudig op «wat er is».

Met dit stelsel kan ik mij niet vereenigen. Zoolang toch de vordering betrekking heeft op een onbepaalde hoeveelheid: het overschot en niet op zekere bepaalde goederen of gelden, zal deze vordering, als onbepaald, niet ontvankelijk moeten worden verklaard, zooals terecht geschied is bij arresten van het provinciaal gerechtshof van Zuid-Holland, van 10 Januari 1859 [1]), en van den Hoogen

---

[1]) W. v. h. R. n°. 2037.

Raad, van 24 Juni 1859 [1]). Zoo had dan ook de advocaat-generaal bij den H. R., Mr. Gregory, zich beroepende op Mascardus, aangetoond dat «bij eene «gewone erfstelling over de hand de verwachter, «bij zijne vordering, niet alleen moest opgeven «de goederen, waarop hij vermeende regt te heb-«ben, maar ook bewijzen moest, dat die goederen in «de nalatenschap des erflaters gevonden zijn geworden. «Is dit nu», vraagt hij, «anders bij een fideicommissum «de residuo? Ik heb er geen het minste spoor van «gevonden, en kan mij ook niet voorstellen, waarom «het anders zoude moeten zijn. Bij het fideicom-«missum de residuo toch is de verwachter, die vor-«dert, eveneens actor, en moet dus ook op hem «van toepassing zijn de gewone regtsregel: *actori «incumbit probatio*».

Onjuist schijnt mij ook het argument toe, dat de verwachter a priori niet kan weten, waarin het overschot bestaat. Hij kan dit, ten minste als hij wil, even goed weten als de erfgenamen des bezwaarden. Indien hij toch gebruik heeft gemaakt van de rechten, hem bij artt. 1037 in verband met artt. 1027 en 1028 B. W. en artt.

---

[1]) Van den Honert, Verzameling van Arresten van den Hoogen Raad der Nederlanden: Burgerlijk Regt, Regt van koophandel en Burgerlijke Regtsvordering XXIII, n°. 744, bl. 324 en volg.

659 N°. 1 en 679 B. Rv. toegekend, dan kan hij, door vergelijking der beide boedelbeschrijvingen en door kennisneming van aanteekeningen en andere bewijsmiddelen, die in den boedel des bezwaarden gevonden zijn, zich in staat stellen even goed kennis van het overschot te verkrijgen als de erfgenamen des bezwaarden, en zijne vordering, die hij hierop grondt, met bewijzen te staven. — Het argument wordt dan ook door de Pinto zelven omvergeworpen, als hij op de aangehaalde woorden laat volgen: «Wil de verwachter die opgaven «(van de erfgenamen des bezwaarden) betwisten, «dan is het aan hem de onjuistheid of de onvolle«digheid daarvan te bewijzen, en aan te toonen, dat er «meer is overgebleven.» Hoe toch zal de verwachter, als hij vóór het instellen zijner vordering niet KONDE *weten* wat er is overgebleven, uit de enkele opgave der erfgenamen van den bezwaarde, het bewijs kunnen putten, dat deze onjuist of onvolledig is, en dat er meer is overgebleven?

Door de bijvoeging dezer laatste zinsnede komt men nu evenwel langs een omweg eigenlijk tot hetzelfde resultaat, als de meening die ik heb voorgezet, dat n.l. de verwachter moet bewijzen wat er van de erfenis of het legaat is overgebleven. Immers wanneer de erfgenamen des bezwaarden

opgeven, dat er niets is overgebleven, dan staat het den verwachter te bewijzen, dat deze opgave onjuist is en dat zekere bepaalde voorwerpen of een bepaalde geldsom wel zijn overgebleven; het groote bewijs is dus hier ook den verwachter opgelegd. Om de opgegeven redenen kan ik mij echter met deze redeneering niet vereenigen.

Ook de Advocaat-Generaal bij den Hoogen Raad, Mr. Gregory, deelde in de meening, dat de verwachter niet kan weten, wat er van de erfenis of het legaat is overgebleven, en kwam daardoor, ofschoon de vordering van het overschot in het algemeen, hem niet genoegzaam toescheen, tot een oplossing onzer kwestie, die ik evenzeer ten sterkste moet bestrijden. In zijne conclusie bij het aangehaalde arrest van den Hoogen Raad, van 24 Juni 1859, zeide hij het volgende [1]: «Bij het instellen der «vordering moet hij (de verwachter) zich bepalen «tot die goederen, *welke in de nalatenschap des «erflaters aanwezig waren.* Hij kan niet nagaan, of «zij al dan niet, hetzij geheel, hetzij ten deele zijn «vervreemd of verteerd geworden. Hij weet of kan «alleen weten, welke goederen er aanwezig zijn ge«weest. De vraag, of zij al dan niet eene vermin-

[1]) V. d. Honert, t. a. p. bl. 334.

«dering hebben ondergaan, kan alleen door de «erfgenamen van den bezwaarden erfgenaam beant-«woord worden. Zijn dezen van oordeel, dat deze of «gene voorwerpen zijn vervreemd of verteerd, dan «beroepen zij zich op feiten tot tegenspraak van «eens anders regt, en moeten dus het bestaan van «die feiten bewijzen. Daartoe zijn zij alleen in staat, «omdat zij in het bezit van den boedel zijn, en dit «dus, naar aanleiding van het 2e lid van art. 1038 «B. W., uit de aanteekeningen van den bezwaarden «erfgenaam, uit huisselijke papieren of door andere «bewijsmiddelen kunnen aantoonen. Doen zij dit «niet, dan moet het vermaakte geacht worden niet «te zijn vervreemd of verteerd, daar de wet geene «aanleiding geeft om het tegendeel te vermoeden.»

De erfgenamen des bezwaarden zouden dus moeten bewijzen, dat het een of het ander, dat tot de erfenis of het legaat behoord heeft, niet meer aanwezig is; kunnen zij dit niet, dan moet het aangemerkt worden als niet vervreemd of verteerd, en moeten zij het dus aan den verwachter uitkeeren.

Moest dit toegegeven worden, dan had Mr. C. Asser groot onrecht, toen hij, in § 533 bl. 358, van zijn reeds vroeger aangehaald werk, deze woorden schreef: «Welligt ware het *verkieslijker* geweest, als eene «voorwaarde vast te stellen, dat al hetgeen in den

«boedel wordt gevonden, geacht wordt het overschot «der erfenis of van het legaat te zijn, behoudens «tegenbewijs.» Volgens de redeneering immers van den advocaat-generaal, zoude deze voorwaarde of dit vermoeden niet alleen verkieslijk zijn, maar zelfs werkelijk bestaan. Intusschen blijkt uit de woorden van Mr. Asser, dat de bedoeling des wetgevers eene geheel andere is geweest, hetgeen, naar het mij voorkomt, ook door de woorden van art. 1038 wordt bevestigd. Dit artikel geeft toch den verwachter niet de bevoegdheid om *de erfenis of het legaat* op te vorderen, behoudens bewijs van de erfgenamen des bezwaarden dat het een of het ander is vervreemd of verteerd: hem wordt slechts het recht toegekend om te vorderen, *wat er is overgebleven*, en wanneer hij nu *dat overschot* vordert, zal hij, — om de woorden van den advocaat-generaal te gebruiken, — «niet alleen moeten opgeven de goe«deren, waarop hij vermeent regt te hebben, *maar «ook bewijzen, dat die goederen in de nalatenschap «zijn gevonden geworden.*» Hoe hij dit bewijs kan leveren, is reeds boven gezegd. [1])

Het bewijs rust dus op den verwachter. Ten opzichte van hetgeen in natura is overgebleven, is

[1]) Zie ook Diephuis, 2e druk, § 1185 bl. 702; van Bell, t. a. p., bl. 600; Schüller, ad art; Regt en Wet XIII bl. 20.

dat volstrekt niet onbillijk: door het nemen van de voorzorgsmaatregelen, die de wet hem toekent, is de verwachter zeer gemakkelijk in staat te bewijzen, wat hem, als overschot van de erfenis of het legaat, toekomt. Zeer onbillijk is het echter met betrekking tot de gereede penningen en de opbrengst van vervreemde voorwerpen: het hangt toch voor het grootste gedeelte van den bezwaarde af, of er hieromtrent bewijsmiddelen zullen aan te voeren zijn of niet; heeft hij nauwkeurig aanteekening gehouden van hetgeen hij gedaan heeft met gelden tot de erfenis of het legaat behoorende, dan zal het bewijs ook gemakkelijk te leveren zijn; heeft hij dit evenwel verzuimd, dan zal het meestal voor den verwachter onmogelijk, en in elk geval hoogst moeielijk, zijn te bewijzen, dat zekere gelden of voorwerpen, in den boedel des bezwaarden gevonden, hem toekomen, als behoorende tot de erfenis of het legaat, — en zullen niet zelden de erfgenamen des bezwaarden door diens schuld ten koste van den verwachter verrijkt worden. In zulk een geval zou het niet meer dan billijk zijn, dat de erfgenamen des bezwaarden voor diens schuld of nalatigheid de schade moesten lijden, en ten volle onderschrijf ik dus de aangehaalde woorden van Asser, met dit onderscheid, dat het door hem bedoelde vermoeden

mij niet, «welligt,» maar «*zeer zeker* verkieslijk» voorkomt. [1])

Is het nu evenwel geoorloofd, dat de erflater, voorziende, dat door deze verplichting tot bewijs, de verwachter zal benadeeld worden, aan zijne beschikking de bepaling verbindt, dat, indien de bezwaarde geene aanteekening heeft gehouden, hoe hij met de gereede penningen en de opbrengst der vervreemde voorwerpen heeft gehandeld, bij diens overlijden, het vermoeden ontstaat, dat al die gelden nog aanwezig zijn, voor zooverre de nalatenschap des bezwaarden daarvoor toereikend is?

Voorzeker zoude zulk eene bepaling zeer in den geest des erflaters zijn: deze heeft den bezwaarde wel willen bevoordeelen en hem de macht gegeven om alles te vervreemden en te verteren, onder voorwaarde echter, dat wat hij overlaat niet aan zijne erfgenamen, maar aan een derde zal komen. Deze bedoeling des erflaters zou natuurlijk zeer in de hand gewerkt worden, wanneer den bezwaarde de verplichting werd opgelegd, om nauwkeurige aanteekeningen te houden van zijne administratie der gelden, onder de strafbepaling, dat, bij gebreke hiervan, de gelden zullen beschouwd worden

---

[1]) Vgl. Diephuis t. a. p.

als niet verteerd. Het is echter de vraag: kan de erflater zulk een strafbepaling aan zijne beschikking verbinden? Ik geloof deze vraag toestemmend te mogen beantwoorden. De voorwaarde immers, die de erflater aan zijne beschikking verbindt, dat n.l. de bezwaarde aanteekening moet houden van de gelden, tot de erfenis of het legaat behoorende, is volmaakt wettig; ze is noch onmogelijk, noch strijdig met de goede zeden (integendeel!), noch bij de wet verboden; de erflater wordt dus door niets belet, zulk eene voorwaarde aan zijne beschikking te verbinden. Evenmin is de strafbepaling onwettig: de schade die de bezwaarde, door het niet vervullen der voorwaarde, die hij door de aanvaarding van de erfenis of het legaat had op zich genomen, den verwachter doet lijden, laat zich het best en het volledigst begrooten tot het bedrag van alle de gelden, die in de erfenis of het legaat zijn aanwezig geweest. Daarenboven kan de erflater, ten voordeele van den verwachter, zulk een beding maken, op grond van art. 1353 B. W., hetwelk luidt: «Men kan ook ten «behoeve van eenen derde iets bedingen, wanneer «eene gift, die men aan een ander doet, zulk een «voorwaarde bevat», terwijl eindelijk ook de goederen, en dus ook de nalatenschap des bezwaarden, met zulk een last, als de uitkeering van een bepaald be-

drag is, kunnen worden bezwaard, ten gevolge van de bepaling van art. 1014 B. W., «dat aan den «erfgenaam of legataris, als voorwaarde, de verplig- «ting kan worden opgelegd om aan derden zekere «uitkeeringen uit zijne eigene goederen te doen».

Behalve dit recht tot vordering van de afgifte van het overschot van de erfenis of het legaat, kan den verwachter soms nog een ander recht toekomen. Indien toch de erflater aan zijne beschikking de bepaling heeft verbonden, dat de bezwaarde niet bij schenking onder de levenden over het vermaakte zal mogen beschikken, dan zal de verwachter het recht hebben, om al hetgeen op zoodanige wijze door den bezwaarde is vervreemd of verteerd van den begiftigde op te vorderen, en de onroerende goederen zelfs bij een derde in beslag te doen nemen, onverschillig of deze beperking van de bevoegdheid des bezwaarden is bekend gemaakt of niet. [1]) De wet vordert immers zulk een openbaarmaking door overschrijving in de openbare registers in het geheel niet, en van analogie met art. 1033 B. W. kan, naar mijn oordeel, hier geen sprake zijn, dewijl in dat artikel niet alleen uitdrukkelijk gezegd wordt,

---

[1]) Vgl. Diephuis, § 1182 bl. 701; anders Loke, § 118 bl. 630.

dat het geschreven is voor «de erfstellingen over de «hand, welke bij deze (d. i. de zevende) afdeeling «zijn geoorloofd», maar daarenboven de artikelen, die betrekking hebben op de erfstellingen over de hand ten behoeve van kleinkinderen enz., zonder uitdrukkelijke wetsbepaling niet mogen toegepast worden op het fideicommissum residui, omdat deze erfstellingen onderling geheel en al in aard verschillen. [1])

Evenmin kan ik het argument toegeven, dat het recht des verwachters afhankelijk zoude zijn van de voorwaarde der openbaarmaking, ten gevolge «van «het algemeen beginsel, dat alle lasten, op onroe«rende goederen klevende, om tegen derden te «gelden, openbaar moeten worden gemaakt.» — Dit beginsel is wel bij de meeste «lasten,» zooals erfdienstbaarheden, opstal, erfpacht, hypotheek, door een uitdrukkelijke wetsbepaling toegepast, doch als algemeen beginsel staat het nergens in de wet uitgedrukt; maar, al ware dit zoo, dan kan men toch in geen geval hier spreken van een last, die de onroerende goederen aankleeft. Den bezwaarde is door den erflater verboden de goederen bij schenking onder de levenden te vervreemden:

---

[1]) Zie hiervoor bl. 76 en 77.

elke andere rechtshandeling staat hem vrij: er is dus volstrekt geen last op de goederen gelegd; er is eenvoudig aan den bezwaarde persoonlijk iets verboden. Ik geloof dus, dat de verwachter in elk geval gerechtigd zal zijn, tegen zulk een vervreemding op te komen. — De verplichting tot openbaarmaking in zulk een geval zou echter hoogst wenschelijk zijn.

Ten slotte zij nog herinnerd, dat het recht des verwachters alleen betrekking heeft op dat gedeelte van het overschot van de erfenis of het legaat, waarover de erflater vrijelijk heeft kunnen beschikken. Art. 928 al. 2 zegt, dat door zulk een erfstelling of legaat niet mag worden te kort gedaan aan het wettelijk erfdeel. Evenzoo zal, wanneer iemand zijn echtgenoot tot bezwaarden erfgenaam heeft gemaakt, de verwachter, bij het overlijden des bezwaarden, geen recht hebben op de helft des boedels, zooals die bij dat overlijden aanwezig is, maar alleen op het overschot van de helft van datgene, wat bij het overlijden des erflaters den gemeenschappelijken boedel uitmaakte. [1])

---

[1]) Vgl. Diephuis, bl. 698 §§ 1176 en 1177; W. v. h. R. no. 331.

§ 5. *De gevolgen van het ontbreken van den verwachter, en van het overlijden des bezwaarden vóór den erflater.*

Het genot van den verwachter begint op het oogenblik van den dood des bezwaarden; vóór dat oogenblik heeft hij geen rechten op de erfenis of het legaat, doch slechts de onzekere verwachting van eens daarop rechten te zullen verkrijgen, wanneer het genot des bezwaarden ophoudt. Zijne bekwaamheid om te genieten moet dus beoordeeld worden, niet alleen naar het oogenblik van het overlijden des erflaters, maar ook naar dat van den dood des bezwaarden. Is hij er dàn niet meer, dan kan hij ook het hem tegen dat tijdstip vermaakte niet meer ontvangen en vervalt dus de substitutie. Het overschot zal dan aan de erfgenamen van den bezwaarde ten goede komen: deze toch was, van het oogenblik af dat de verwachter niet meer in staat was als zoodanig op te treden, onbezwaard eigenaar en tot geenerlei uitkeering gehouden. Hem was alleen de verplichting opgelegd om het overschot aan een bepaald aangewezen persoon uit te keeren; overigens had hij alle rechten van eigendom; zoodra de vervulling dezer verplichting hem onmogelijk

werd gemaakt, was zijn recht door geen enkele bezwarende bepaling meer gebonden, en kon hij dus het eens met fideicommis bezwaarde in vollen eigendom aan zijne erfgenamen nalaten. Zoo begreep men het ook reeds in het Romeinsche recht; ofschoon daar de fideicommissen meer ten voordeele des verwachters werden gemaakt, zoodat in de eerste tijden de bezwaarde er zelfs in het geheel geen voordeel uit trok, leerde toch reeds Marcellus [1]: «Si quis Titio decem legaverit, et rogaverit, ut ea «restituat Mocvio, Moeviusque fuerit mortuus, Titii «commodo cedit, non heredis, nisi dumtaxat ut «ministrum Titium elegit». Evenzoo lezen we in de lex 60 D. de leg. 2°.: Julianus ait: si a filio herede «legatum sit Seio, fideique ejus commissum fuerit «sub conditione, ut Titio daret, et Titius, pendente «conditione, decesserit, fideicommissum deficiens apud «Seium manet, non ad filium heredem pertinet, «quia in fideicommissis potiorem causam habere «eum, cujus fides electa sit, Senatus voluit. [2]»

Waren er meerdere verwachters, en zijn niet allen in staat hun aandeel te ontvangen, dan zullen de gewone regelen omtrent het recht van aanwas,

---

[1]) L. 17 D. de leg. 2°.

[2]) Zie ook de lex 38 § 7 D. de leg. 3°.

zoo als die bij de artt. 1049 en 1050 B. W. gegeven zijn, moeten worden in toepassing gebracht. Is dus niet aan elk der verwachters, — die bij eene en dezelfde beschikking geroepen zijn, — zijn bepaald aandeel in het goed aangewezen, of is aan hen bij dezelfde akte eene zaak vermaakt, die, zonder schade te lijden, niet voor verdeeling vatbaar is, dan zal het deel van den ontbrekenden verwachter door de overige verwachters genoten worden; in de andere gevallen zullen de erfgenamen des bezwaarden hierdoor bevoordeeld worden. [1])

Uit het ontbreken des verwachters worden dus geene moeielijkheden geboren: anders is het, zoo de bezwaarde erfgenaam, bij het overlijden des erflaters, niet meer aanwezig is en dus de institutie geen gevolgen kan hebben: hier toch doet zich de vraag voor, of door het vervallen der institutie ook de fideicommissaire substitutie opgeheven wordt, dan wel of men moet aannemen, dat de fideicommissarius den fiduciarius tevens vulgariter is gesubstitueerd, zoodat de fideicommissaire substitutie de vulgaire in zich bevat?

Naar mijn oordeel, moet deze vraag in laatstgemel-

---

[1]) Vgl. eene Resolutie van den Minister van Finantiën van 19 December 1871 n°. 6, in Periodiek woordenboek 1871 n°. 6089, en Rechtskundig Weekblad voor het Notarisambt n°. 153.

den zin beantwoord worden. Gaan we slechts na, wat bij deze beschikking de bedoeling des erflaters geweest is. Hij heeft in de eerste plaats geroepen den bezwaarde; wanneer deze het gebruik der goederen heeft gehad gedurende zijn leven, wil hij dat de verwachter in het genot daarvan trede. Hij heeft dus over zijne goederen beschikt ten behoeve van twee verschillende personen, die elkander als erfgenamen of legatarissen zullen opvolgen, en dit, ten opzichte van den laatstgeroepene, niet onder de voorwaarde, dat de eerstgeroepene werkelijk zou genoten hebben, maar eenvoudig onder de voorwaarde, dat er, wanneer hij, dien hij het eerst heeft willen begunstigen, niet meer aanwezig is, alsdan nog iets van het gefideicommitteerde niet vervreemd of verteerd zal over zijn. Het ligt dus in de bedoeling van den erflater om den verwachter te bevoordeelen, wanneer de bezwaarde het genot niet meer kan hebben, en het zal dus ook wel als zijne bedoeling moeten aangemerkt worden om den verwachter te bevoordeelen, als de eerstgeroepene in het geheel geen genot kan hebben: de verwachter is immers door den erflater klaarblijkelijk boven diens erfgenamen ab intestato voorgetrokken. [1])

---

[1]) Diephuis t. a. p. bl. 475; Loke t. a. p. § 117 bl. 620; anders evenwel Opzoomer t. a. p. bl. 234 noot 3.

In het jaar 1871 was deze zaak het onderwerp van een rechtsgeding, dat voor de arrondissements-rechtbank te Rotterdam gevoerd werd. De officier van justitie nam bij deze gelegenheid een conclusie geheel tegenovergesteld aan de door mij verdedigde meening, en dat wel op de navolgende gronden [1]). In het Romeinsche recht, — «waarvan het van het «hoogste belang voor ons is wat daar de leer was «omtrent de zaak in geschil» — gold als algemeene regel, dat de substitutie verviel door renuntiatie, onbekwaamheid of vóóroverlijden van den bezwaarden erfgenaam. — Daarenboven nu de wet niet verbiedt een vulgaire substitutie aan de beschikking toe te voegen, moet, bij het nalaten daarvan, verondersteld worden, dat men den fideicommissarius niet vulgair heeft willen substitueeren. — Eindelijk geldt de reden, die de Fransche schrijvers geven van de omstandigheid, dat niet aanneming eener schenking onder de levenden, ook het recht der verwachting, daaraan verbonden, niet doet ontstaan — dat nl. «dans ce cas il n'y a pas de contrat, «point de donation, mais un simple projet,» — niet minder voor de fideicommissaire erfstellingen. Vervalt daar de erfmaking, dan blijft er ook niets over

---

[1]) Rechtskundig Weekblad voor het Notarisambt n°. 118.

dan «un simple projet» van den erflater om een bezwaarden erfgenaam te benoemen. «Is er geen «schenking, dan vervalt natuurlijk ieder accessorium «van die schenking. Zoo ook, is er geen erfstelling «(doordat die erfstelling vervalt, hetzij door het vóór-«overlijden van den bezwaarden erfgenaam, door «zijne onbekwaamheid of zijne renuntiatie), dan is «er geen accessorium meer van die erfstelling moge-«lijk. Substitutio fideicommissaria is ondenkbaar «zonder hoofdbeschikking.»

Deze gronden komen mij voor, geen van alle houdbaar te zijn. Wat het Romeinsche recht betreft, — het is waar, dat daar door het vervallen der institutie ook de substitutie vernietigd werd. De reden hiervan moet echter gezocht worden in de bizondere vereischten, die in een testament werden gevorderd. Bij de Romeinen was de erfstelling het caput et fundamentum totius testamenti, zoodat, bij het ontbreken daarvan, alle beschikkingen, en dus ook de fideicommissaire substitutie, moesten vervallen. Anders was het echter met de fideicommissaire substitutie verbonden met legaten, gelijk duidelijk blijkt uit de lex 61 § 1 D. de legatis 2e, waarin nog wel sprake is van het deel in de erfenis, dat door een der erfgenamen wordt verworpen en dus door het recht van aanwas aan den

anderen komt, van wien nu wordt gezegd: «post «Rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto «relicta a substitutis debentur, et hic quasi substi- «tutus cum suo onere consequetur accrescentem «portionem» [1]).

Ook het tweede argument komt mij onjuist voor. Wanneer men immers mag aannemen, dat een fideicommissaire erfstelling tevens stilzwijgend een vulgaire substitutie in zich bevat, gelijk ik meen dat het geval is, dan zal toch wel een uitdrukkelijke vermelding dezer laatste substitutie niet noodig zijn.

De vergelijking eindelijk onzer kwestie met een dergelijke bij schenking onder de levenden gaat, naar het mij voorkomt, evenmin op. Wel geef ik toe, dat, bij het vervallen der erfstelling ook slechts «un simple projet» blijft bestaan van den erflater, om een bezwaarden erfgenaam te benoemen, doch op dit gedeelte der aangehaalde woorden ten opzichte van schenking onder de levenden, moest de nadruk niet gelegd worden: daar vervalt het recht van verwachting door het niet aannemen der schenking door den bezwaarde, omdat «dans ce cas, il n'y a *pas de contrat*». Schenking

---

[1]) Vg. Rolland de Villargues t. a. p., n°. 338 bl. 463; Toullier t. a. p., n°. 793 bl. 269.

toch is een overeenkomst, waarbij de toestemming van beide partijen vereischt wordt. «Le donateur «demeure libre de rétracter ces offres jusqu'à l' ac- «ceptation, qui ne peut être faite après sa mort, et «qui ne peut l'être pendant sa vie que par le dona- «taire, avec lequel il entend contracter». [1]) Zoolang de eerste begiftigde dus niet zijne toestemming tot deze overeenkomst heeft gegeven, kan de tweede begiftigde nooit eenig recht verkrijgen, omdat er geen overeenkomst bestaat, waaruit dat recht voor hem zoude geboren worden. Geheel anders is het met de erfstellingen: hieruit ontstaat volstrekt geene overeenkomst tusschen den erflater en den erfgenaam. Zoodra de erflater zijne beschikking door den dood heeft bekrachtigd, kan daaraan niets meer veranderd worden: zij blijft geldig en ieder der begunstigden kan, ingevolge art. 1048, al. 2 B. W., voor zich zelf de uitvoering vorderen van wat de erflater ten zijnen behoeve heeft bepaald. Het recht des verwachters is daarbij volstrekt niet afhankelijk van de voorwaarde, dat de bezwaarde de fideicommissaire beschikking heeft aanvaard: «Vainement objecterait-on «que le premier donataire, étant chargé de rendre «au substitué, il ne peut exécuter cette obligation,

---

[1]) Toullier, t. a. p. n°. 789.

«s'il ne prend pas les biens, qui lui ont été légués, «à cause de la nullité du legs: que le premier «donataire recueille ou non la libéralité faite à son «profit, le droit du second n'en est pas moins fondé «sur la volonté du donateur de faire passer les biens «sur sa tête après l'événement prévu». [1]) De verwachter grondt zijn rechten hier niet op eene overeenkomst tusschen den gever en den begiftigde: hij beroept zich op de erfstelling of het legaat, door den erflater ten zijnen behoeve geconstitueerd, met voorbijgang van alle erfgenamen ab intestato.

Daarenboven, niet altijd vervalt het accessorium door het vervallen der hoofdbeschikking. We lezen hieromtrent bij Rolland de Villargues [2]): «La «règle, qui veut que l'accessoire suive la nature de «son principal, souffre encore, suivant les docteurs, «deux autres exceptions: la première, quand l'acces«soire peut se soutenir par lui même, *quando acces«sorium per se stare potest*; et la seconde, lorsqu'il est «également principal, *quoties aeque principale est.* «Or, quand la substitution serait accessoire, rien «n'empêche, qu'elle ne puisse subsister indépendam«ment de la première; car il emporte peu que le

---

[1]) Rolland de Villargues, t. a. p. n°. 336 bl. 461.
[2]) t. a. p., bl. 460.

«donateur fasse la libéralité en premier ou en second «ordre; elle doit toujours être exécutée en faveur «de celui, au profit de qui elle est faite».

De gronden van den officier van justitie moeten dus als onvoldoende beschouwd worden; de rechtbank heeft dan ook, bij haar vonnis van 25 Oktober 1871 [1]), zich met diens conclusie niet vereenigd, maar het volgend oordeel uitgesproken:

«Overwegende, dat bij de uitlegging van uiterste «wilsbeschikkingen als hoofdbeginsel geldt: dat de «bedoeling van den erflater moet worden nagegaan, «en de beschikking in overeenstemming met die «bedoeling moet worden geëxpliceerd;

«O., dat de erflater in deze, wel is waar, in de «eerste plaats tot zijne nalatenschap heeft geroepen «de overledene jufvrouw . . . . . ., en dat hij den «minderjarige eerst als zijn erfgenaam wilde doen «optreden bij den dood van gemelde jufvrouw en «in die goederen, welke dan nog uit zijne nalaten«schap zouden aanwezig zijn, maar dat niettemin «uit deze beschikking kennelijk het verlangen van «den testateur blijkt, dat de fideicommissair gesub«stitueerde bij voorkeur boven de erfgenamen *ab* «*intestato* in zijne nalatenschap zou opvolgen;

---

[1]) Notariële Nieuwsbode XI, 1872 n° 1.

«O., dat het uit dien hoofde verondersteld moet «worden, in de bedoeling van den testateur te hebben «gelegen, dat, bij vóóroverlijden van de bezwaarde erf-«genaame, de nalatenschap in haar geheel terstond en «regtstreeks op den verwachter zou devolveren; met «andere woorden dat het *fideicommissum de residuo* ge-«acht moet worden stilzwijgend eene vulgaire substi-«tutie ten behoeve van dien verwachter te bevatten;

«O., dat het caduceren van dat gedeelte der be-«schikking, waarbij de bezwaarde erfgenaam tot de «nalatenschap wordt geroepen, alzoo niet medebrengt, «dat ook de dispositie ten faveure van den verwachter «krachteloos wordt, maar integendeel aan dezen het «regt geeft om aanstonds als erfgenaam in den «boedel van den testateur op te treden.»

Tegen dit vonnis zijn door den heer H. A. J. van der Speck Obreen [1]) eenige bedenkingen in het midden gebracht. De bewoordingen van zulk een beschikking zijn, zoo redeneert deze schrijver, duidelijk: men moet zich dus, ingevolge art. 932 B. W., aan die bewoordingen houden, «ook al had de tes-«tateur daarmede eene andere bedoeling kunnen «hebben dan hetgeen zij duidelijk te kennen geven.» Daarenboven een onderzoek naar de bedoeling van

---

[1]) Zie het Rechtskundig Weekblad v. h. Notarisambt, no. 118.

den testateur kwam in dit geval niet te pas, omdat «het verschil van meening, waaruit deze procedure «was geboren, geenszins bestond in eene verschil-«lende opvatting van de bewoordingen der uiterste «wilsbeschikking, maar alleen gold de regtsgevolgen, «die aan elke beschikking, als bedoeld bij art. 928 «B. W., behooren te worden toegekend, voor het «geval dat de eerstgestelde erfgenaam komt te «overlijden vóór den testateur.»

De eerste bewering komt mij voor een petitio principii te zijn: dat die bewoordingen zoo duidelijk zijn is mij toch niet recht helder. De erflater heeft iemand tot zijn erfgenaam gemaakt: hij heeft de beschikking over zijne goederen nog verder uitgestrekt en bepaald, dat, na het genot van dezen erfgenaam, een ander in dit genot trede. Is het nu zoo duidelijk, dat deze laatste alleen dan van deze beschikking zal kunnen gebruik maken, wanneer de eerstgeroepene werkelijk genoten heeft? of kan men uit deze bewoordingen niet evenzeer opmaken, dat de erflater den verwachter in elk geval heeft willen bevoordeelen, daar hij hem toch wel heeft geroepen, maar zijne (des testateurs) erfgenamen ab intestato in het geheel niet heeft genoemd? Een onderzoek naar de bedoelingen des erflaters moet dus zeer zeker toegelaten worden.

En wat nu aangaat de bewering dat het hier niet de bewoordingen van het testament geldt, maar de rechtsgevolgen, die voor dit geval aan het fideicommissum residui moeten toegekend worden, — de wet zelve spreekt nergens van de gevolgen, die het overlijden des bezwaarden vóór den erflater met zich brengt: de rechter zal zich dus, bij de beoordeeling daarvan moeten houden aan de algemeene rechtsbeginselen en aan de bewoordingen van den uitersten wil. De algemeene rechtsbeginselen nu pleiten, zooals ik boven heb betoogd, voor de toelating der vulgaire substitutie bij een erfstelling over de hand, en de bewoordingen van den uitersten wil, wanneer zij zijn vervat in den geest van art. 928, pleiten er niet minder voor, indien ze worden uitgelegd volgens de artt. 933 en 934 B. W. Het moge toch waar zijn, dat het «zeer problematisch blijft, of hij, die wil dat «A. genieten zal nadat B. genoten heeft, daarom «ook wil, dat, als B. niet genoten heeft toch A. «liever dan iemand anders genieten zal» [1]), — niet minder waar is het, dat de toelating der vulgaire substitutie waarschijnlijk meer in de bedoeling des erflaters heeft gelegen dan het tegen-

---

[1]) Opzoomer, t. a. p.

overgestelde. De erflater is immers de erfgenamen ab intestato voorbijgegaan; hij heeft daarentegen den verwachter geroepen, wel nà den bezwaarde, maar hij heeft hem toch geroepen en hem dus willen bevoordeelen. Ontbreekt nu de bezwaarde, dan is het toch veel waarschijnlijker, dat de erflater nu den verwachter in diens plaats heeft willen stellen, dan zijne erfgenamen ab intestato, die hij, blijkens zijn testament, heeft willen uitsluiten. Daarbij komt nog, dat, volgens art. 934, de beslissing bij voorkeur in dier voege moet uitvallen dat de beschikking eenige uitwerking of gevolg hebbe; laat men nu den verwachter dadelijk optreden, dan heeft de beschikking eenig gevolg; door de erfgenamen ab intestato nu gerechtigd te verklaren, heeft de beschikking des erflaters niet de minste uitwerking.

Uit dit een en ander volgt, dat men niet kan zeggen, dat de beschikking des verwachters is gemaakt onder de voorwaarde, dat de bezwaarde eerst genoten hebbe, gelijk de heer Obreen meent. Integendeel, de erfstelling ten behoeve des bezwaarden is de hoofdbeschikking, waaraan de fideicommissaire substitutie als nevenbeschikking is toegevoegd. Nu is het eenvoudig de vraag, of deze nevenbeschikking kan blijven bestaan al heeft de hoofdbeschikking

geen gevolg, — en de toestemmende beantwoording dezer vraag komt mij voor, het meest overeen te komen met de algemeene rechtsbeginselen en de bedoeling van een erflater, terwijl ook art. 1048 B. W. deze opvatting schijnt te bevestigen.

Het provinciaal gerechtshof in Zuid-Holland heeft dan ook het bedoelde vonnis der rechtbank van Rotterdam bevestigd, bij arrest van 10 Juni 1872 [1], en zijn gevoelen aldus gemotiveerd:

«Overwegende, dat in het algemeen de wettelijke «erfgenamen eerst dan tot de nalatenschap eens «overledenen zijn geroepen, wanneer en voor zoo-«verre de overledene daarover niet bij uitersten wil «wettiglijk heeft beschikt;

«O., dat de uiterste wil is in deze het zooge-«naamd *fideicommissum residui*, en dit bij de Neder-«landsche wet is toegelaten;

«O., dat bij dien uitersten wil wel in de eerste «plaats zekere jufvrouw . . . . . tot erfgenaam «is ingesteld en bij haar overlijden des geïntimeerden «pupil voor alles, wat zij onvervreemd of onverteerd «mogt nalaten; doch dat daaruit niet volgt en ook «uit het geheele testament niet blijkt, dat het voor-«afgaand bezit en genot dier nalatenschap door

---

[1]) Zie het Rechtskundig Blad voor het Notarisambt n°. 163.

«gezegde jufvrouw zóó zeer eene onmisbare voor-
«waarde moet uitmaken, dat, bij haar vóóroverlijden,
«de ten gunste van gezegden pupil gemaakte
«beschikking als niet gemaakt of als vervallen zoude
«moeten worden beschouwd, en de wettelijke erf-
«genamen de geregtigden zouden zijn, met voorbij-
«gang van gezegden pupil;

«O., dat integendeel, juist door het aanwijzen
«van dien pupil, in de tweede plaats, terstond na
«de eerstgeroepene, de jufvrouw . . . . . ., de
«wil des erflaters duidelijk en onwedersprekelijk uit
«de bewoordingen zelve des testaments blijkt, om
«dien pupil altijd aan de wettelijke erfgenamen te
«laten voorgaan, en alzoo de vraag over verdere
«interpretatie van den uitersten wil hier buiten
«beschouwing kan blijven;

«O., dat het gevoelen, dat het vóóroverlijden
«van gezegde eerstgeroepene de beschikking, ge-
«maakt ten gunste van den als verwachter in de
«tweede plaats geroepene, niet doet vervallen of van
«uitwerking berooft, bevestigd wordt door den
«inhoud van art. 1048 B. W., welk artikel de aan
«een derde besprokene voordeelen niet doet verval-
«len, al is het, dat zelfs de testamentaire beschikking
«zelve vervalt, ten gevolge van de verwerping der
«erfenis of van het legaat door den erfgenaam

«of legataris, of ten gevolge van dezer onbekwaam-
«heid, tot welke onbekwaamheid, blijkens art. 946
«B. W., in verband met het opschrift der afdeeling,
«waarin dat artikel geschreven staat, ook gerekend
«moet worden het niet bestaan des benoemden
«erfgenaam of legataris op het oogenblik van den
«dood des erflaters». —

STELLINGEN.

STELLINGEN.

I.

De derde, die, volgens art. 928 B. W., kan geroepen worden tot hetgeen de erfgenaam of legataris onvervreemd of onverteerd zal overlaten, behoeft niet met name genoemd te worden, doch moet bestaan tijdens het overlijden des erflaters, terwijl op dat oogenblik duidelijk moet aangewezen zijn, wie bedoeld is. (Bl. 59—63).

II.

De kinderen, die aan zulk een fideicommissarius gesubstitueerd zijn, kunnen hunne rechten doen gelden, ook zoo zij niet kunnen bewijzen, dat die hunner ouders, bij wiens dood zij gesubstitueerd waren, werkelijk is overleden. (Bl. 63 en 64).

III.

Onder de kinderen «die nog geboren zullen worden,» waarvan art. 928 B. W. spreekt, worden bedoeld dezulken, die geboren zullen worden na het overlijden van den erflater. (Bl. 64—68).

IV.

De erflater is niet verplicht aan den fideicommissarius residui diens kinderen te substitueeren. (Bl. 68 en 69).

V.

Hij kan hem zelfs een geheel vreemd persoon vulgariter substitueeren. (Bl. 69—72).

VI.

De erflater kan alleen de kinderen die reeds bij zijn overlijden geboren zijn of wel sommigen van hen roepen; wanneer hij echter ook de kinderen die na zijn overlijden zullen geboren worden wil substitueeren, dan mag hij geen enkele van de kinderen des verwachters uitsluiten. (Bl. 72—75).

VII.

Plaatsvervulling wordt niet toegelaten ten opzichte van afkomelingen van vóóroverleden kinderen des verwachters, die hem gesubstitueerd waren. (Bl. 76—81).

VIII.

Kleinkinderen des verwachters kunnen hem alleen gesubstitueerd worden, zoo zij reeds in leven waren bij het overlijden des erflaters. (Bl. 81).

IX.

Een beschikking, waarbij de langslevende echtgenoot door den eerststervende tot erfgenaam wordt benoemd, onder verplichting, om, ingeval van hertrouwen, het alsdan van de erfenis nog aanwezige aan zijne wettelijke erfgenamen uit te keeren, is geen fideicommissum residui, maar een gewone erfstelling onder een voorwaarde. (Bl. 83—86).

X.

De macht van een met een fideicommissum residui bezwaarden erfgenaam om te vervreemden en te

verteren is onbeperkt, onverschillig, of hij zelf vermogen heeft of niet, en of hij door het verbruiken der bezwaarde goederen, zijne eigene inkomsten al of niet heeft bespaard. (Bl. 86—90).

XI.

De bepaling van den erflater, dat de verwachter van een fideicommissum residui, de waarde der vervreemde of verteerde goederen op de eigen nalatenschap van den bezwaarden erfgenaam zal kunnen verhalen, doet de geheele beschikking, ingevolge art. 926 B. W., krachteloos zijn. (Bl. 90 en 91).

XII.

Door het aangaan van een huwelijk in algeheele gemeenschap van goederen, vervreemdt de met een fideicommissum residui bezwaarde, de helft der bezwaarde goederen. (Bl. 91—101).

XIII.

De regels omtrent de gemeenschap van goederen zijn ook van toepassing op de aldus bezwaarde goederen, zoo deze in gemeenschap zijn gebracht. (Bl. 102 en 103).

XIV.

De verwachter heeft geen recht de ontbinding te vorderen van een door den bezwaarde gesloten huurovereenkomst. (Bl. 103 en 104).

XV.

Verbod van schenking onder de levenden, volgens art. 1036 B. W., brengt tevens met zich verbod om de goederen in de huwelijksgemeenschap te doen vallen. (Bl. 104 en 105.)

XVI.

Zulk een verbod is geen uitzondering op art. 931, noch op art. 926 B. W. (Bl. 105—107).

XVII.

De met een fideicommissum residui bezwaarde, mag niet bij uitersten wil over de goederen beschikken, tenzij hem dit door den erflater uitdrukkelijk is toegestaan; is dit echter het geval, dan is de beschikking geen fideicommissum residui meer (en zijn dus de artt. 928 en 1036—1038 er niet

op toepasselijk), maar is het een erfstelling of legaat onder een voorwaarde. (Bl. 107—109).

XVIII.

't Ware wenschelijk dat, indien de boedelbeschrijving, ingevolge art. 1038 B. W., door den verwachter werd gevorderd, de kosten daarvan ook door hem moesten worden betaald. (Bl. 113—115).

XIX.

De verplichting tot het uitkeeren van legaten, gaat, bij verzuim van eenen met een fideicommissum residui bezwaarde, op diens erfgenamen over, die het bedrag daarvan, niet van het residuum mogen afhouden. (Bl. 118—122).

XX.

De erfgenamen des bezwaarden zullen het bedrag der schulden, die door dezen uit eigen middelen betaald zijn, niet aan den verwachter kunnen in rekening brengen. (Bl. 122—127)

XXI.

De verwachter zal bij zijne vordering van het overschot, moeten opgeven, welke bepaalde goederen hij vordert, en tevens moeten bewijzen, dat deze goederen tot het overschot behooren (Bl. 130—137).

XXII.

Het is wenschelijk, dat bij de wet bepaald worde, dat hetgeen in den boedel eens bezwaarden wordt gevonden geacht wordt het overschot van de bezwaarde erfenis of van het legaat te zijn, behoudens tegenbewijs. (Bl. 138).

XXIII.

De erflater mag aan zijne beschikking de bepaling verbinden, dat de bezwaarde nauwkeurige aanteekening der gelden moet houden, onder de strafbepaling, dat bij gebreke hiervan, het vermoeden ontstaat, dat alle die gelden nog aanwezig zijn, voor zooverre de nalatenschap des bezwaarden hiervoor toereikend is. (Bl. 139— 141).

XXIV.

Bij verbod van den schenking onder de levenden, volgens art. 1036 B. W., heeft de verwachter het recht, om al het op zoodanige wijze vervreemde op te vorderen, onverschillig of deze beperking van de macht des bezwaarden in de openbare registers is ingeschreven of niet (Bl. 141—143).

XXV.

De fideicommissaire substitutie bevat stilzwijgend een vulgaire substitutie in zich. (Bl. 146—160).

I.

In den regel werden, bij het fideicommissum residui, de vruchten niet aan den verwachter uitgekeerd.

II.

Het gevoelen der Sabiniani (Gajus II § 195) is in het Justinianeïsche recht aangenomen.

III.

Ten onrechte beweert Windscheid (Archiv. f. d. Civil. Praxis 32 bl. 321): «Man muss aber annehmen: «Africanus habe hier — lex 17 pr. D. ad Sctum «Vell. (16. 1.) — den Satz dass die Frau geschützt «werde, wenn sie eine aliena obligatio übernommen «habe, zu äusserlich aufgefasst.»

IV.

Bij de ontbinding eener algeheele gemeenschap van goederen bij tweede of verder huwelijk, moet de staande huwelijk verkregen winst bij helfte tusschen den eenen echtgenoot en de erfgenamen van den anderen verdeeld worden.

V.

Ten onrechte beweren sommigen, dat de verkoop van delfstoffen die nog uitgegraven moeten worden, vruchten die nog afgezonderd, hout dat nog gehakt moet worden, als een verkoop van roerend goed moet worden beschouwd.

VI.

Het ware wenschelijk, dat, ingeval der langstlevende moeder een raadsman is toegevoegd, deze tevens tot toeziende voogd benoemd werd.

VII.

Niet juist schijnt mij het gevoelen van Mr. A. de Pinto, Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek, 4e druk, II bl. 419: «Het is duidelijk, dat de Wet «in art. 1132 n°. 1 B. W., sprekende van *kinderen*, «het meest gewone geval der erfopvolging *ab intestato* «heeft op het oog gehad.»

VIII.

Tegen het vermoeden van art. 135 W. v. K. is tegenbewijs toegelaten.

IX.

De, ingevolge art. 778a W. v. K. opeischbaar geworden schulden, zijn voor geen compensatie vatbaar.

X.

Een tweede verzekering, die, tengevolge van art. 252 W. v. K., nietig is, blijft nietig, ook nadat de eerste verzekering reeds heeft opgehouden te bestaan.

XI.

De rechter mag de verliezende partij niet ambtshalve in de kosten veroordeelen.

XII.

Medeplichtigheid bij zelfmoord diende strafbaar te worden gesteld.

XIII.

Hij, die eens anders goed verkoopt en daardoor aanleiding geeft dat de kooper te goeder trouw de zaak aan den rechtmatigen eigenaar onttrekt, begaat diefstal.

XIV.

Hoon en laster jegens overledenen is, volgens den C. P. niet strafbaar. Het ware echter te wenschen, dat hierin verandering werd gebracht.

XV.

De betrekking van Minister moest onvereenigbaar zijn met het lidmaatschap der Staten-Generaal.

XVI.

Het afstemmen door de Staten-Generaal van de begrooting, om redenen daarbuiten gelegen, verdient afkeuring.

XVII.

Het toezicht, bedoeld bij art. 161 Sv., is, als een inbreuk op het recht der vrije verdediging, af te keuren.

XVIII.

Een hooge belasting op gedistilleerd kan niet goedgekeurd worden.

XIX.

De arbeiderskwestie zal alleen kunnen opgelost worden door een degelijk volksonderwijs.

XX.

Uit een staathuishoudkundig oogpunt is het vieren van *enkele* kerkelijke feestdagen, ten sterkste aan te bevelen.
