



De gecontinueerde gemeenschap, volgens art. 182 Burg. Wetb., in het voormalige en hedendaagsche recht

<https://hdl.handle.net/1874/255536>

I , II.

DE GECONTINUEERDE GEMEENSCHAP,

VOLGENS ARTIKEL 182 BURG. WETB.,

IN HET

VOORMALIGE EN HEDENDAAGSCHE RECHT.

THE
LIBRARY OF THE
MUSEUM OF NATURAL HISTORY
AND
GEOGRAPHY
OF THE
CITY OF BOSTON
RECEIVED
MAY 10 1881



DE GECONTINUEERDE GEMEENSCHAP,

VOLGENS ARTIKEL 182 BURG. WETB.,

in het voormalige en hedendaagsche recht.

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

Doctor in het Romeinsche en Hedendaagsche Recht

AAN DE HOOGESCHOOL TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS,

MR. H. P. G. QUACK,

Gewoon Hoogleraar in de Rechtsgeleerde Faculteit,

MET TOESTEMMING VAN DEN ACADEMISCHEN SENAAAT,

EN

VOLGENS BESLUIT DER RECHTSGELEERDE FACULTEIT

TE VERDEDIGEN,

op Vrijdag den 26sten Juni 1874, des namiddags te 3 uren,

DOOR

SAMUEL JOHAN LAGERWEIJ,

GEBOREN TE WOERDEN.



ARNHEM,

J. W. & C. F. SWAAN.

1874.

AAN MIJNE OUDERS.

Toen, ongeveer een jaar geleden, Professor Fruin mij aanraade, om, alvorens mijne studiën aan de Utrechtsche Hoogeschool te eindigen, mijne krachten te beproeven aan de samenstelling van een Academisch proefschrift, gaf ik, met het oog op mijn' toekomstigen werkring, het verlangen te kennen, om een onderwerp te behandelen, dat zoowel voor de Rechtspraktijk, als voor het Notariaat van eenig bijzonder belang kon zijn. ZHG. wees mij daartoe op de *Continuata Communio*, volgens art. 182 Burg. Wetb., als een onderwerp, dat bij de uiteenlopende gevoelens van Rechtsgeleerden en Notarissen, en bij de tegenstrijdige jurisprudentie van den laatsten tijd, meer dan eenig ander waardig scheen, om tot een punt van nauwkeurig onderzoek te worden gemaakt.

Wellicht zal men zich verwonderen, dat ik dien raad gevolgd, en de uitgebreide litteratuur over genoemd artikel met

eenige bladzijden vermeerderd heb. Want zeer vele schrijvers zijn mij op dit gebied voorgegaan, en hebben getracht, het juiste beginsel der gecontinueerde gemeenschap te ontdekken.

Hij, die de voornaamste dezer geschriften, b. v. van de Kleyn en de Knijper gelezen heeft, zal echter spoedig inzien, dat ik op een ander standpunt sta, en dan ook in vele opzichten tot geheel andere resultaten ben gekomen. In hoeverre ik daartoe recht had, moge de lezer zelf beoordeelen.

Het is mij een aangename plicht, mijnen Hooggeachten Promotor hierbij dank te betuigen, voor de bewijzen van vriendschap, gedurende de bewerking van mijn proefschrift ondervonden, en voor de welwillendheid, waarmede ZHG. mij daarbij met woord en daad heeft ter zijde gestaan.

Ook den overigen Hoogleeraren in de Rechtsgeleerdheid zeg ik dank voor het genoten onderwijs. Moge de toekomst geven, dat hunne lessen voor mij niet vergeefsch geweest zijn!

Allen, wie ik gedurende mijn Academieleven als oprechte vrienden leerde kennen, roep ik hierbij een hartelijk vaarwel toe. Zij kunnen overtuigd zijn, dat met mijn Academietijd niet tevens mijne vriendschap voor hen een einde neemt, en dat de oogenblikken, in hun midden doorgebracht, bij mij steeds in aangename herinnering zullen blijven.

I N H O U D.

I.	Bladz.
De gecontinueerde gemeenschap in het oudvaderlandsche recht.	1
II.	
De gecontinueerde gemeenschap, volgens het Wetboek van Lodewijk Napoleon.	48
III.	
De gecontinueerde gemeenschap, volgens art. 240 der Coutume de Paris, en art. 1442 Code Napoléon.	57
IV.	
De gecontinueerde gemeenschap, volgens de nieuwe Wetgeving.	76
V.	
Art. 182 Burg. Wetb., en de gecontinueerde gemeenschap volgens het hedendaagsche recht.	98

I.

DE GECONTINUEERDE GEMEENSCHAP IN HET OUD- VADERLANDSCHE RECHT.

Er moge over den oorsprong der huwelijksgemeenschap hier te lande, zoowel onder rechtsgeleerden van vroegeren als van lateren tijd, veel verschil van gevoelen bestaan 1), zeker is het, dat het landrecht, dat is de algemeen gebruikelijke costume, reeds vroegtijdig van rechtswege gemeenschap van goederen tusschen de echtgenooten had daargesteld 2). Die gemeenschap van goederen kon door de aanstaande echtgenooten in hunne huwelijksche voorwaarden meer of minder beperkt of geheel uitgesloten worden. Zij was een uitvloeisel van den eigenaardigen band, die alleen tusschen echtgenooten kon bestaan; een aanvang nemende, zoodra het huwelijk was voltrokken, eindigde zij gelijktijdig met

1) Zie *van Nierop*, Academisch Proefschrift, *de bonorum communio inter conjuges origine* etc. Lugd. Bat. 1839.

2) »Want vooreerst hebben wij onze oude herkomen, die nooit beschreven zijn en alleen door het onheugelijk gebruik tot wetten zijn geworden, gelijk op de meeste plaatsen de gemeenschap van goederen in 't huwelijk.» *Van de Spiegel*, *Verhandeling over den oorsprong en de historie der Vaderlandsche rechten*, 113.

de ontbinding daarvan door den dood van een der echtgenooten, naar den bekenden regel van Pomponius, »adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus ut heres etiam succedat societati." 1). Eenen dergelijken toestand nog te laten voortduren, nadat die band verbroken en de ratio verdwenen was, zou een actus societati contrarius geweest zijn. En toch vindt men bij de oudvaderlandsche rechtsgeleerden herhaaldelijk melding gemaakt van eene *communio continuata* na den dood van een der echtgenooten. De verschillende gevallen, waarin men haar bestaan meende te ontdekken, zijn door van der Keessel omschreven als volgt :

»Defuncto alterutro conjuge *communio bonorum inter superstitem et heredes praemortui continuari potest vel ipso jure, idque vel in favorem vel in poenam superstitis, vel voluntate eorum, quorum interest, sive testamento sive conventionem declarata.*" 2)

Deze gecontinueerde gemeenschap vermeldt de Groot in zijne Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid als *boedelmenging buiten huwelijk*, »wanneer de langstlevende blijft in den boedel zitten zonder scheydinge" 3). Toen hij echter op Loevensteijn zijn beroemd werk over het Oud-Hollandsche recht schreef, was de gecontinueerde gemeenschap *in favorem super-*

1) L. 59 Pr. Dig, *Pro socio*. XVII.

De Romeinen kenden geene huwelijksgemeenschap, doch dit neemt niet weg, dat de echtgenooten evenals ieder ander eene contractueele *societas universorum bonorum* konden aangaan.

2) *V. d. Keessel, Theses Selectae*, 266.

3) *De Groot*, Inleiding, II. XIII.

stitis, waarbij voor- en nadeel door den langstlevende en zijne kinderen gelijkelijk gedragen werden, reeds lang verdwenen en in onbruik geraakt. Slechts in oude tijden, zegt hij, was het in Holland gebruikelijk, dat eene weduwe, die jeugdige kinderen had, met hen den boedel gemeen bezat, waarvan de vruchten tot opvoeding der kinderen moesten dienen. Die gecontinueerde gemeenschap duurde voort, tot dat de oudste zoon meerderjarig was geworden. Met die *oude tijden* schijnt de Groot te bedoelen, toen er nog Graven over Holland regeerden 1), terwijl overigens dit recht om met de kinderen in den gemeenen boedel te blijven zitten, *alleen* aan de weduwe schijnt te hebben toebehoord. Immers zoo leest men in de Wetten en Keuren door Graaf Floris aan het platte land van Zeeland gegeven (art. 28):

»Mater tenebit pueros suos cum omni hereditate et rebus mobilibus donec senior habuerit annos discretionis.” Evenzoo vermeldt Groenewegen, in zijne aantekeningen op de Groot's Inleiding, te dezer plaatse een Handvest van Zuid-Holland 2) tot staving van het hierboven aangehaalde, terwijl daarentegen in een ander van Jacob, Grave tot Hoorn, den 18^{den} December van het jaar 1476 aan Stad en Lande van Altena gegeven, geen onderscheid tusschen de langstlevenden der ouders wordt gemaakt. Art. 54 daarvan luidt aldus :

»Een van beyde stervende met wettige geboorte, de lestlevende sal 't goed gebruiken en de kinderen

1) *Arntzenius, Institutiones juris Belgici*, III, VIII, § 3.

2) *Groot Placcantboek*, VI. 1025.

opbrengen, mer geen erfgoed verkopen, sonder d' Heer en twee of drie naeste magen, soo de kinderen onmundigh syn; anders met der kinderen toestaan, ten ware bij nood van schulden, 't gereed niet genoegh synde en tot goetdunkken van 't Gerecht" 1).

Het doel dezer gecontinueerde gemeenschap was ongetwijfeld vereenzelviging van de belangen der kinderen met die van den langstlevende der ouders. Ten einde dit te bevorderen, werden de familiegoederen zoolang mogelijk vereenigd gehouden. In hoeverre nu deze gecontinueerde gemeenschap inderdaad eene voortzetting der huwelijksgemeenschap was, valt hier niet te onderzoeken. In oude tijden schijnt zij algemeen in gebruik geweest te zijn 2), doch later kwam men er van terug. Bij het ontstaan der weeskamers toch werd in de keuren algemeen bevolen, dat na het overlijden van een der echtgenooten een inventaris van den gemeenen boedel zou worden gemaakt, ten einde aldus tot zekerheid te kunnen geraken omtrent het aandeel der kinderen in de nalatenschap van den eerstgestorven echtgenoot. Zoo verdween deze gecontinueerde gemeenschap langzamerhand 3) en De Groot voegde aan de weinige woorden, waarmede hij van haar melding maakte, toe, dat »zulcks en werdt nu niet gepleegt, dan bij *uyterste wille* of bij *overeenkomst*."

Het gebeurde nl. dikwijls, dat echtgenooten, die in gemeenschap van goederen waren gehuwd en geene kinderen hadden, elkander bij mutueel testament tot

1) *Regtsgeleerde Observatiën*, III. 113.

2) Zie *Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland* von R. Schroeder. II. §§ 11.

3) *V. d. Keessel*. Thes. 268.

erfgenaam benoemden, hetzij in eigendom of in vruchtgebruik, met macht van verteering en vervreemding, onder voorwaarde, dat na den dood van den langstlevende de goederen, die er dan aanwezig waren, tusschen beider erfgenamen gelijkelijk zouden worden gedeeld. Deze dispositie was geen fideïcommis, ofschoon het dikwijls »door onkunde van de secretarissen of anderszins als zoodanig werd beschouwd” 1). Naar de meening van Bijnkershoeck toch, hadden de echtgenooten met zulk een mutueel testament geene andere intentie, dan om tusschen de erfgenamen van den eerstgestorven echtgenoot en tusschen den langstlevende tot aan diens dood de gemeenschap van goederen te doen continueeren, die er tusschen de echtgenooten staande huwelijk aanwezig geweest was 2).

In deze gecontinueerde gemeenschap vielen alle aan den langstlevende in dien tusschentijd opkomende giften, legaten en erfenissen, mits in het mutueel testament niet uitdrukkelijk het tegendeel was bepaald 3). Meestal was bij dergelijke mutueele testamenten verboden, om den langstlevende zekerheidsstelling of inventaris van de goederen der gemeenschap te vragen. Zoo kon hij dus daarmede handelen naar willekeur.

Verder kon nog krachtens testament van den eerstgestorven echtgenoot met toestemming van voogden en bloedverwanten eene gecontinueerde gemeenschap tusschen den langstlevende en zijne kinderen bestaan,

1) *Regtsgel. Obs.* I. 112.

2) *Bijnkershoeck, Quaest. Jur. priv.* III. 10.

3) *V. d. Keessel, Thes.* 267.

toddat werd overgegaan tot scheiding. In dit geval moest de legitieme zonder eenige korting voor de kinderen aangewezen worden, zonder dat de langstlevende zelfs de vruchten daarvan tot opvoeding en onderhoud mocht gebruiken 1), terwijl alle erfenissen, legaten en giften, die den langstlevende of den kinderen opkwamen, buiten de gemeenschap bleven 2). Dergelijke testamenten moesten door de weeskamer der plaats, waar zij open vielen, worden bekrachtigd.

De vierde en laatste soort van gecontinueerde gemeenschap, door van der Keessel *in poenam superstitis* genoemd, vond geheel haren grond in de weeskeuren en staat daarmede zoo nauw in verband, dat het niet ondienstig kan zijn, vooraf den aard en de werkring dier colleges eenigszins nader te omschrijven 3).

In vroeger tijden, toen de Graven nog over Holland regeerden, was aan hen als beschermers van weduwen en weezen het opzicht over laatstgenoemden toevertrouwd. Zij hadden het recht van voogdijbenoeming, voornamelijk over de kinderen hunner vasallen.

Blijkens vele handvesten uit dien tijd 4), deden zij later afstand van dat recht ten behoeve van de plaatselijke overheden, die op hunne beurt wederom, toen de stedelijke macht zich meer en meer tegenover die der Edelen uitbreidde, colleges instelden, die met de

1) Zie de aantekening van Groenewegen op deze § van De Groot's Inleiding, II. XIII.

2) *V. d. Keessel*, Thes. 269.

3) »Quia quidquid ejus juris est, non descendit ex jure communi at vero vel ex speciali voluntate alterius conjugis, vel ex legibus pupillaribus singulorum locorum etc.» *Bijnkershoek*, t. a. p. III. 10.

4) *Groot Charterboek van v. Mieris*, II. 708, IV 244 enz..

zorg voor persoon en goederen der weezen werden belast. Aldus kwamen in het begin der 15^{de} eeuw de weeskamers tot stand, die in korten tijd vooral in Holland en Zeeland tot hoogen bloei en ongemeen aanzien geraakten. In Friesland bleven ze onbekend. Aldaar moesten de »Grietluyden ofte Magistraten van steden deselve onmondighe kinderen ten spoedigste versien met voormonden, soo na rechte behoort" 1). Naarmate nu deze instellingen meer invloed verkregen, werden hare rechten en plichten nauwkeurig in keuren en ordonnantiën omschreven, die door de stedelijke besturen, verschillend naar de behoeften van elke stad, werden opgemaakt. Daaruit blijkt, dat het bestuur dier weeskamers gewoonlijk was samengesteld uit drie of vier weesmeesters »eerbare ende notabele personen," die aan verschillende vereischten moesten voldoen en in den regel niet langer dan voor een jaar benoemd werden. Zij volgden in rang na de Schepenen, zoowel in werkelijkheid bij plechtige optochten als in figuurlijken zin, wanneer men hen »misdede met woorden of wercken." Die zich daaraan schuldig maakten, werden gestraft »alsof zij Burgemeesters ende Scheepenen hadden misseyt ofte tegens deselve misdaen" 2).

Verder had iedere weeskamer haar eigen secretaris, die behoorlijk van alles aanteekening hield en

1) Uit het Privilegieboeck anno 1511. Zie *Statuten van Friesland*, 13.

2) *Weeskeuren van Middelburg* (1689) art. 3. — Zie ook de keuren van *Heenvliet*, art. 4: »soo wie de weesmeesteren misdede met woorden of wercken, sal gestraft werden in allen schijn of sulcks aan Drossaart en Burgemeesteren selfs gedaan ware."

bezoldigd werd, wat met de weesmeesters niet altijd het geval was. Overigens waren nog verschillende personen als administrateurs, suppoosten, klerken, boden, enz. enz. aan den dienst der weeskamer verbonden.

Wanneer het nu gebeurde, dat een der ouders kwam te overlijden met achterlating van minderjarige kinderen, dan moest hiervan terstond aan de weeskamer worden kennis gegeven. Ten aanzien van die tijdige kennisgeving vindt men in alle weeskeuren de noodige bepalingen gemaakt. Zoo waren te s'Gravenhage »ten einde de weesmeesters te beeter kennis mogen hebben van 't afsterven,» de begrafenisbidders gehouden, om de veertien dagen ter weeskamer te brengen eene lijst van alle personen »welke tot dien dag in kerk of kerkhoven alhier begraven zijn.» 1) In Rijnland was dit opgedragen aan de Schouten »die onder de vierschare en 't rechtsgebiet van dien ressorteeren,» en die »t elcken ses weken of om de twee maanden ten langste, den voornoemden Bailly ende Weesmannen bij besloten brieven sullen te kennen gheven ende verwittigen wat persoonen binnen denselven tijt in haar Ambacht, ban of bedrijve, deser werelt overleden, ende eenighe Weesen achter hun of haer ghelaten sullen hebben enz.» 2). In Gorcum daarentegen waren »de koster van de Grootte kerk deser stadt alsmede de schoolmeesters ende kosters op de respective Dorpen in den lande van Arckel» hiertoe verplicht, en wel »op poene van suspensie

1) Zie Keuren van *s' Gravenhage*, 403.

2) Weeskeuren van *Rijnland*, art. 10.

van zes weeken voor de eerste maal en privatie van haar officie voor de tweede maal." In Rotterdam was dit ambt eveneens aan den koster opgedragen, »alle Maendachs na noen, clocke twee uren" 1), en in Amsterdam aan den dienaar van de Parochie-kerk, »daer onder sulken man ofte vrouw gestorven sal wesen, die gewoonlyck is de Baer ende Vanen voor 't sterfhuys te bestellen" 2), terwijl eindelijk naar de bovengenoemde statuten van Friesland »de dorprechters ten platten lande, de naeste buyren ende dootgravers in de steden sullen ghehouden wesen den Grietmannen ende Burghemeesteren respectievelyck 't elkens de wete te doen, soo wanneer yemandt minderjarighe oft andere innocente kinderen naghelaten hebbende, gheraken sal te versterven" 3). Ten einde zooveel mogelijk zeker te zijn van die aangifte, was bovendien de langstlevende, en na den dood van beide ouders, waren de naaste bloedverwanten, verplicht om binnen den tijd, door de weeskeuren daartoe aangewezen, voor de Weeskamer te verschijnen, om van haar voogden over de minderjarigen te verzoeken. In den regel stelde zij den langstlevende tot voogd en met hem nog eenige wedervoogden aan. Dezen waren zooveel als toeziende voogden en werden op enkele plaatsen, zooals in Haarlem b. v., alleen aan de langstlevende moeder toegevoegd 4). Zoo somtijds een ander in plaats van

1) Weeskeuren van *Rotterdam*, art. 7.

2) *Handvesten en Privilegiën. . . . der stad Amsterdam*, II: 3. Weeskeuren, art. 2.

3) t. a. p. 13.

4) Weeskeuren van *Haarlem*, art. 10.

den langstlevende tot voogd werd aangesteld, dan was hij het toch, die »altijd behoudt de opsigt, die dezelve na de aengeboren ende gegeven Goddelyke wet toekomt ende over zulks in 't huwelijk van de kinderen het meeste zeggen heeft, gelijk ook in de opvoedinge der kinderen op deszelfs raedt zonderling werdt gelet" 1).

Het was een der voornaamste plichten van de Weeskamers om te zorgen, dat zoo spoedig mogelijk na den dood van een der ouders eene behoorlijke boedelbeschrijving werd opgemaakt van de goederen, die vroeger tot de huwelijksgemeenschap hadden behoord, ten einde zodoende met eenige zekerheid te kunnen bepalen, tot welk aandeel de minderjarigen daarin gerechtigd waren. Die boedelbeschrijving moest alles omvatten »zoo tilbaer als ontilbaer met in- ende uyt schulden" 2). Verschillende Weeskeuren, zooals die van Dordrecht, 's Gravenhage, Vlaardingen, Amsterdam enz. hadden dien inhoud nauwkeurig omschreven 3). Werden door den langstlevende eenige goederen *dolo malo* niet op den inventaris gebracht, dan verloor hij hierin zijn aandeel en moest »het verswegen goet, sonder eenige contradictie komen ende blyven ten profyte van de voorschreven kinderen" 4). Op andere plaatsen daarentegen moest de langstlevende het verzwegene dubbel vergoeden,

1) *De Groot*, t. a. p. I. VII. 8.

2) *De Groot*, t. a. p. I. IX. 3.

3) *Arntzenius*, t. a. p. III. VIII. 27. Zie de daar vermelde costumen.

4) Weeskeuren van *Zype en Hasepolder*, *Amsterdam*, *Leyden*, *Oudewater*, ook de stadrechten van *Bommel* (26. 23), *Zutphen* (7. 7.), *Harderwijk* (II. 6. 43.) enz.

zoals te Nieuwkoop, waar »alsulken verswijger sal verbeuren en gehouden sijn op te leggen en te boeten en te beteren nog eens so veel als hij verswegen of uit den inventaris gehouden heeft" 1). Waren echter enkele zaken te goeder trouw vergeten, dan kon men volstaan met daarmede later den inventaris aan te vullen. De langstlevende beloofde dit meestal bij den eed, waarmede de boedelbeschrijving moest worden bekrachtigd, want »alle inventarissen te maecken bij langstlevenden vader ofte moeder van heuren gemeenen boedel, sullen gesterekt worden bij eede, welcken eedt gestaeft ende ontfangen sal worden bij den Weesmeesteren, die daartoe bij desen worden geauthoriscert" 2). Dit was de zoogenaamde boedel-
 eed, »welke een erfuitier niet eerder behoeft te presteeren, dan wanneer die door de erfgenamen of geinteresseerden gevorderd wordt" 3). In de weeskeuren van Dordrecht, in het stadrecht van Harderwijk en elders vindt men de woorden van dien eed opgeteekend 4). Stierf echter de langstlevende, nadat hij den inventaris had opgemaakt, doch voordat hij den eed had afgelegd, dan gold de regel: »Mors cedit pro juramento" 5). Vervolgens moest de inventaris door

1) Weeskeuren van *Nieuwkoop*, art. 19. »Hoewel na rechten die iet willens en wetens verswyght ende uyt den boedelcedule laet het dubbelt van 't selve moet vergoeden." v. *Wassenaer*, *Practijck Judicieel*, 231.

2) Weeskeuren van *Schiedam*, art. 38.

3) Stadrecht van *Zutphen*, 7. 5.

4) Weeskeuren van *Dordrecht*, art. 38. Stadrecht van *Harderwijk* II, 6, 45.

5) »Hujus autem jusjurandi est effectus, ut eo confirmetur in-

de bloedverwanten en voogden worden goedgekeurd en in hunne tegenwoordigheid aan de Weeskamer worden overhandigd. Was de langstlevende zelf voogd, dan werd er een bijzondere curator aangesteld of moesten de naaste bloedverwanten van den overleden echtgenoot er voor waken, dat vooral de rechten der minderjarige kinderen in dit opzicht werden geëerbiedigd 1).

De tijd, binnen welken door den langstlevende de boedelbeschrijving moest worden opgemaakt en met eede bekrachtigd, werd gerekend van het oogenblik af, dat hij daartoe door de voogden was aangezocht 2). In de meeste weeskeuren was die tijd op zes weken bepaald 3). Uitzonderingen op dien regel waren te Rotterdam 4), alwaar hiervoor een termijn van drie en in Rijnland, waar er een van twee weken bepaald was, terwijl te Haarlem 5) drie maanden gegeven

inventarii veritas, quamvis contrarii probandi jus non ideo amittant heredes, quamdiu praescriptione non sit sublatum." *Arntzenius*, t. a. p. III. VIII. 29.

1) *Voet*, ad *Pand.*, tit. *sol. matr.*, 33.

2) Ad inventarii traditionem non est coactus neque in mora, quamdiu illud non petant heredes." *Arntzenius*, t. a. p. III, VIII. 28.

3) Weeskeuren van *Dordrecht* 86, *Schiedam* 34, *Westzanen* enz. 6, *Leyden* 24, *Vlaardingen* 24, *Middelburg* 59, *Medemblik* 34, *Alkmaar* 7, *Brielle* 28, *Gouda* 55, *Vlissingen* 14, *Stadrecht* van *Bommel* 26. 16, *Zutphen* 7. 5, *Harderwijk* II, 6, 41 enz.

4) Weeskeuren van *Rotterdam*, art. 15.

5) Art. 2 der nieuwe ordonnantie voor de weeskamer te *Haarlem*. In de weeskeuren te *Nieuwkoop* was de termijn op twee maanden gesteld.

werden, even als ook te Woerden, waar artikel 6 van de Weeskeuren (1574) dus luidde:

»Item tot welker tyt ymant van onse poorters ofte poortersessen aflyvigh worden ende weeskinderen agterlaten, soo sal de langstlevende ende bezitter van 't erfhuys tot vermaninge van de bloetvoogden ofte geordonneerde voogden uyt de name van de weeskinderen gehouden wesen inventaris ofte repertorium te doen maken van alle de goeden in 't sterfhuys gevallen ende dat binnen drie maanden, naerdad de boedelhouder ofte boedelhoudster daertoe vermaant is als voren, ten ware de langstlevende bij instrumenten ofte dispositie geconsenteerd ware" 1).

In buitengewone omstandigheden, b. v. in tijden van besmettelijke ziekte, kon die termijn door de weeskamer worden verlengd, zooals b. v. te Amsterdam, waar art. 19 van de weeskeuren bepaalde: »Item, alle de voorgaande articulen, sprekende van de vertichtingen binnen ses weken, sal men verstaen als de overleden vader of te moeder aan natuerlycke ofte gemeene sieckte gestorven sal zyn; maar indien iemand van de peste ofte andere heete contagieuse ofte voortspruytende sieckten gestorven waren, soo sal men als dan mogen volstaen, de vertichtinge ofte bewysinghe te doen binnen den tijt van twaelf weken nae de doot

1) In Utrecht was in de costumen geen tijd bepaald voor het opmaken der boedelbeschrijving: »Tempus certum huic edendo inventario apud nos praestitum non est. Illud tamen nostra praxis observat, ut si intra annum et diem exhibeatur inventarium, continens patrimonium quale erat tempore mortis conjugis, nullus prorogandae societati sit locus etc. etc. *Abr. a Wesel, Tract. de conn. bon. soc.* II, IV, 110.

van den lesten overleden, op pene hiervoor van de vertichtinge verklaart." Stierf de langstlevende, voor dat de tijd, bestemd voor het opmaken van den inventaris, was verstreken, dan ging die verplichting op zijne erfgenamen over. Zij moesten de door hem gemaakte boedelbeschrijving ter weeskamer overleggen of, zoo deze nog niet bestond, haar zelf opmaken »quia ejus personam sustinent ejusque factum praestare sunt obligati" en met eede bekrachtigen 1). Te Vlissingen was door de weeskeuren bepaald, dat zoo de langstlevende buiten 's lands was tijdens het sterfgeval en dus in de onmogelijkheid verkeerde, om binnen den bepaalden tijd te inventariseeren, dan door de weeskamer zelve in vereeniging met de naaste bloedverwanten hiertoe zou worden overgegaan. In Amsterdam kon hetzelfde geschieden, als de langstlevende nalatig was. Art. 18 van de weeskeuren dreigde, dat »de weesmeesteren terstondt nae de expiratie van de ses weken mogen gaan ter woonstede van den ongehoorsamigen ende doen aldaer bij haren klerck, ter presentie van vrienden van den overledene ofte indien daer geen van den overleden vrienden en syn van de naeste gebueren, alle de goeden in den huysse inventarieeren enz." In de meeste weeskeuren werd echter die nalatigheid met boete gestraft 2), terwijl, wanneer dit niet hielp, op enkele plaatsen gijzeling

1) *Massario autem mortuo jurabunt heredes, qui inventarium fecerint.* *Arntzenius*, t. a. p. III, VIII § 29.

2) Weeskeuren van *Rotterdam* 17, *Leyden* 24, *Alkmaar* 24, Keuren van *Delfland*, 110. *Lantrecht van Drenthe* III. XV. 94. enz.

of arbitraire correctie volgde, zooals b. v. beschreven is in art. 26 der weeskeuren van Rijnland »ende nog langer in gebreeke blyvende sullen daartoe van wegen den voornoemden Baljuw ende weesmannen by gyzeling of sodanige andere wegen van gereede ende parate executie als hun goet dunken sal, bedwongen mogen werden.»

Op deze algemeene regels waren nu echter twee uitzonderingen, namelijk de uitsluiting der weeskamer en de vrijstelling van inventaris. Op sommige plaatsen toch kon de eerstgestorven echtgenoot in zijn testament de weeskamer van alle bemoeiingen geheel of gedeeltelijk, doch altijd in eerbiedige bevoordingen, uitsluiten naar den regel »beneficiis renuntiare licet». Wanneer dan de langstlevende in zijn beperkt beheer toestemming behoefde b. v. tot onderhandschen verkoop van goederen, dan verzocht hij dit aan den magistraat of aan het Gerecht, en de weeskamer had met niets te maken, noch met het stellen van voogden noch met het opmaken van inventaris. En eenmaal uitgesloten, bleef zij dit. Soms tijds, zooals in Zeeland, moest men hiertoe vergunning hebben van Burgemeesters en Schepenen en mocht zelfs de notaris geene clause van uitsluiting in het testament plaatsen, voordat daartoe autorisatie was verleend. Als bewijs van uitsluiting moest het testament of een authentiek extrakt daarvan ter weeskamer worden vertoond.

Wat betreft het verleenen van vrijstelling van het opmaken van den inventaris, dit kon geschieden door den eerstgestorven echtgenoot in zijn testament, door de weeskamer, of met toestemming van voogden en naaste bloedverwanten. Zoo was in de weeskeuren

van Amsterdam hieromtrent bepaald 1): »t en ware nochtans hem ofte haer overblyvende, bij de vrienden, omme redenen hen daertoe moverende, toegelaten worde, langer tyt te genieten omme bewys te doen, in de goeden ongedeelt te blyven sitten; die daarvan in die gevalle voor den weesmeesteren expresse verklaringe gehouden sullen syn te doen ende te laten teyckenen in 't registre van de weeskamere, in bywesen van den overgeblevene, al binnen den tyt voorsz." Waar nu, krachtens de weeskeuren, zooals te Leijden en te Dordrecht, zulk eene vrijstelling bij testament kon worden verleend, was 't genoeg »om binnen 8 dagen naar d' insinuatie daartoe gedaan 't selve testament ter weeskamer te vertoonen." Was de vrijstelling geschied krachtens testament van den eerstgestorven echtgenoot of met toestemming van voogden en bloedverwanten, dan behield echter de weeskamer altijd aan zich, wat zij in het belang der minderjarigen noodig achtte. Zoo zegt de Groot 2), dat »indien by uysterste wille yemandt ware vry gekent van beschryvinge te leveren ofte de naeste magen niet oorboir en dogten, dat zulks zoude geschieden, zoo werdt by de weeskamer ofte 't Gerechte daer op gelet met bescheydenheyt, ten meesten oorboir van de weesen, zonder dat zy haar dit aengaende 't eene-mael behoeven te binden aan de uysterste wille of ook aan de bewilliging der naeste magen." Eindelijk was te Middelburg nog bepaald 3), dat indien de eerst-

1) Weeskeuren van *Amsterdam*, art. 3.

2) *De Groot*, t. a. p. I. IX. 3.

3) Weeskeuren van *Middelburg*, art. 75.

gestorven echtgenoot bij testament eene bepaalde som had beschikbaar gesteld ten behoeve van de kinderen, eene som nl. die ten minste gelijk stond met de legitieme, 't welk de langstlevende onder eede moest bekrachtigen, dan was de laatste niet verplicht tot het opmaken eener boedelbeschrijving, mits het testament niet ouder was dan vier jaren, of binnen dien tijd herzien.

Hoewel nu naar den reeds gemelden regel: »morte socii solvitur societas" door den dood van een der echtgenooten de huwelijksgemeenschap, die tusschen hen bestaan had, was ontbonden, zoo werd echter die gemeenschap door eene fictio juris, waarbij de eerstgestorven echtgenoot werd gecenseerd voort te leven in den persoon des langstlevenden, geacht te blijven bestaan, totdat de inventaris binnen den bepaalden tijd was opgemaakt 1). Krachtens deze rechtsfictie bleef de langstlevende, gedurende dien tijd, ongestoord in het bezit van de goederen dier gemeenschap en onderhield daaruit de kinderen. Dit noemde men het jus Massarii, naar Massarius, volgens Arntzenius: »viduus viduave, qui vi legis, post conjugis mortem, in hereditatis possessione manent, eamque perdefinitum lege tempus custodiunt et administrant" 2). In Gelderland en Overijssel werd hij erfuitter genoemd van »uyten" d. w. z. betalen, ieder het zijne geven, en in Utrecht boedelharder, wat naar de meening van sommigen is saamgetrokken uit boedelbeheerder. Hoe het zij, waar het jus Massarii gold, was de langstlevende »sola legis vi possessor sine iudicis

1) Arntzenius, t. a. p. III. VIII. §§ 18—20.

2) Arntzenius, t. a. p. § 16.

auctoritate" 1) en had tegen schuldeischers of erfgenamen, die hem in dat bezit wilden storen, alvorens de tijd, die tot het opmaken van den inventaris bestemd was, was verstreken, de *actio spoli*. Hij bleef het gewone beheer over de goederen der gemeenschap voeren, en kon naar welgevallen de roerende goederen verkoopen en de onroerende verhypothekeeren. Deze laatste verkoopen ging echter niet aan, »*quia tantum est in possessione et administratione*" 2). Even alsof beide echtgenooten nog leefden, werden voor- en nadeel in den boedel gelijkelijk door den langstlevende en de erfgenamen van den eerstgestorven echtgenoot gedragen.

Aan het bestaan van dien fictieven toestand was de stilzwijgende voorwaarde verbonden, dat de inventaris binnen den bepaalden tijd zou worden opgemaakt. De vervulling van die voorwaarde bracht mede, dat de huwelijksgemeenschap werd gerekend een einde genomen te hebben, met den dood van een der echtgenooten, zooals dan ook door het eigenaardig karakter van dit rechtsinstituut werd vereischt. »*Inventario petentibus, quorum intersit, tradito, statim, si qua inter conjuges fuerit, morte censetur sublata communio* 3). Vooral voor de minderjarigen

1) *Arntzenius*, t. a. p. § 17.

2) *Arntzenius*, t. a. p. §§ 20—23.

3) »*Sive jus Massarii sit, sive ignoretur, tum quia illa a matrimonio incepit, eoque soluto est sublata, tum quia per inventarium bona cuique adsignantur, est itaque continuandae societati adversarium, quia significat superstes, sese in ea amplius manere nolle, ad quam cogi nequit invitus ob communionis odium.*" *Arntzenius*, t. a. p. § 31.

was het van zeer veel belang, dat de langstlevende zoo spoedig mogelijk tot de boedelbeschrijving overging, omdat zoodoende alleen met eenige nauwkeurigheid kon worden nagegaan, wat hun toekwam uit de nalatenschap van hun overleden vader of moeder. Hoe langer het opmaken van dien inventaris werd uitgesteld, des te minder waarborg bleef daarvoor bestaan, terwijl intusschen de langstlevende naar willekeur, en misschien zeer ten nadeele van de kinderen, met de goederen der gemeenschap kon handelen. Wanneer nu de langstlevende niet uit eigen beweging, noch ter wille van de aanmaningen of boeten der weeskamers, daartoe overging, maar in gebreke bleef om binnen den bepaalden tijd den inventaris op te maken, dan ontstond dadelijk na de ontbinding der huwelijksgemeenschap tusschen hem en zijne kinderen de laatste soort van gecontinueerde gemeenschap, nl. die »*in poenam superstitis*” 1). In eene menigte keuren en costumen wordt daarvan in zeer verschillende bewoordingen gesproken, doch altijd in dien zin, dat de kinderen steeds voordeel en nimmer nadeel bij deze gecontinueerde gemeenschap zullen hebben 2). De Groot spreekt daarvan

1) »Si vero superstes, quamvis etiam sit Massarius, illud (inventarium) non sua sponte tradat, neque petatur a liberis aetate majoribus etc., ejusque rei hic est singularis effectus ut duret communicio, si qua in matrimonio fuerit et in administrandis rebus communibus sine ulla bonorum divisione pergat, unde superstes appellatur »boedelhouder, boedelhoudersche” —, dicitur etiam »onverscheiden in den boedel blijven zitten,” de vidua autem »op haar weduwenstoel blijven zitten.” *Arntzenius*, t. a. p. § 69.

2) *S. v. Leeuwen*, *R. H. Regt*, IV. XXIII. 7.

in de laatste § van zijne afdeeling over Boedelmen-
ging buiten huwelijk aldus: »Ende daarom, wanneer
een weduvenaer ofte weduwe, kinderen hebbende,
blijft zitten in den boedel, zoo komt de helft van
alle aankomsten, die na de doodt van den eerstover-
leden den boedel aankomen, zoowel by erfenisse als
anderzins voor de helft aan de kinderen, zonder dat
de kinderen de schade, die in deselve tijdt zoude
mogen vallen, helpen dragen, zonder dat ook de
belastinge ofte wat anders bij den langstlevende zou
worden mogen gedaan, de kinderen eenigzints hin-
derlijk kan zijn" 1). In aanmerking genomen de
algemeene bewoordingen, waarvan De Groot zich
hier bedient, zou men tot de gevolgtrekking kunnen
komen, dat het laatste een gevolg was van elke ge-
continueerde gemeenschap, die in het oudvaderlandsche
recht bestond, maar uit de aantekening van Professor
v. d. Keessel op deze plaats blijkt, dat bovenstaande
woorden van De Groot alleen op hem van toepassing
waren, die weigerde om binnen den bepaalden tijd
een inventaris op te maken, en zodoende de huwe-
lijksgemeenschap bij hare ontbinding in eene gecon-
tinueerde gemeenschap deed overgaan 2). In dien
zin luidden de meeste keuren in Holland 3), en al
beschreef nu de Groot alleen het recht, dat in deze

1) *De Groot*, t. a. p. II. XIII.

2) »Male hic intelligunt Grotium fere omnes interpretes — cum potius hoc sibi velit, in poenam parentis inventarium non facientis nec bona assignantis constitutum esse." *V. d. Keessel*, *Thes.* 270.

3) Weeskeuren v. *Amsterdam* 21, *Leyden* 27, *Brielle* 48, *Dordrecht* 55, *Gouda* 70, *Schiedam* 52, *Wassenaer* 79, *Vlaardingen* 31, *Alkmaar en Edam* 28, *Voorne* 19 enz.

provincie gold, zoodat men wat elders was vastgesteld daarnaar niet mag beoordeelen, wanneer hijzelf er dit niet uitdrukkelijk bijvoegt, zoo kon toch Simon van Leeuwen 1) deze gecontinueerde gemeenschap gerustelijk schetsen als een »algemeen regt van verscheide volken en landen, omdat hetselve ten voordeel van de onnoselheit der jonge kinderen en straf tegens de nalaten ouders tegen het gemeene regt is ingevoerd." Want ook in Zeeland, Utrecht, Gelderland 2), Overijssel 3) en Groningen 4), ja zelfs in Spanje en Frankrijk was deze gecontinueerde gemeenschap bekend. In Friesland, waar slechts de gemeenschap van winst en verlies heerschte, was zij onbekend. »Sed cum hic mos," zegt Joan à Sande 5), »apud Frisios non vigeat, senatus noster hanc quaestionem definiendam esse existimavit ex jure Romano, quo omnis societas morte alterius sociorum finitur." Terecht noemt van Leeuwen deze gecontinueerde gemeenschap »tegen het gemeene regt" ingevoerd, want waar zoodanige keuren niet gevonden werden, ontstond zij na de ontbinding der huwclijksgemeenschap nimmer, zooals Voet zegt: »sed sine statuto aut consuetudine satis manifesta communionis hujus prorogatio, tamquam a jure communi societatis recedens, admittenda non est" 6). Groenewegen ont-

1) *R. H. Regt*, t. a. p.

2) *Schrassert*, Cod. Gelr. in voce *gemeenschap*. *Consult. en adv.* IV. 10. 3.

3) *Lantrecht van Overijssel*, II. III. 15.

4) *V. d. Marck*, *Inst. Jur. civ.* 251—253.

5) *Decisiones Frisicae*, II. 5. 9.

6) *Voet*, ad *Pand.*, tit. sol. matr., 28. Evenzoo *Bijnkershoek*,

wikkelt dit duidelijk in zijn »Tractatus de legibus abrogatis,» en geeft op de vraag: »an conjugalis bonorum societas ob non confectum inventarium inter superstitem ejusque liberos *tacite* continuatur?» dit ontkennend antwoord: »nam cum hujusmodi consuetudo in Hollandia non exstet, deficientibus statutis municipalibus, hanc quaestionem hodie ex jure Romano, quo omnis societas morte alterius sociorum finitur, hic definiendam ideoque ob non confectum inventarium conjugalem bonorum societatem nullatenus continuatam videri constat' 1). En behalve van Leeuwen en de Groot zijn alle schrijvers over dit onderwerp in het oudvaderlandsche recht het eens.

Alvorens duur en inhoud dezer gecontinueerde gemeenschap als strafbepaling na te gaan, is het noodig haar karakter nauwkeurig te bepalen. Over het algemeen beschouwden de oudvaderlandsche rechtsgeleerden de continuata communio niet als eene nieuwe gemeenschap, maar (zeer ten onrechte, zooals later zal blijken) als eene voortzetting der huwelijksge-

Quaest. jur. priv. III. 10. »de his etiam quaeritur, si communio bonorum continetur inter liberos primum defuncti et conjugem superstitem, sed quia, quidquid ejus juris est, *non descendit ex jure communi*, at vero vel ex speciali voluntate alterius conjugis, vel ex legibus pupillaribus singulorum *locorum*, hisce excutiendis nolim me immiscere.»

1) Zie t. a. p. L. 59 pro socio. Zoo schrijft ook *v. Wesel*, t. a. p. 67—68: »verum in contrariam sententiam propensius deducor, in poenam enim non conficientis inventarium talis prorogatio societatis introducta est, ut exulare debeat, si nihil de ea sancitum est, tum namque ex jure Quiritium pronunciatum est, societatem unius morte dissolvi.»

meenschap. Zoo zegt Cos 1): »schoon van veele gestelt word, dat deze geprorogeerde gemeenschap veel eer een nieuwe gemeenschap is als wel deselve, welke tusschen de Egtgenooten plaatse gehad heeft, dunkt ons egter dat de wet, willende, dat de langstlevende afdcolinge geve of anders de kinderen in de winste participeeren sullen, *geen nieuwe gemeenschap stelt, maar de gemeenschap, welke in 't huwelijk geweest is, gedurig maakt, zonder te interrumpceeren.*» Dergelijke voorstelling van het karakter der gecontinueerde gemeenschap is ten eenenmale onjuist, want zij is geene voortzetting der huwelijksgemeenschap, die nooit van het huwelijk kan worden gescheiden en dus door den dood van een der echtgenooten heeft opgehouden te bestaan, maar eene geheel nieuwe gemeenschap, door de weeskeuren enz. ingevoerd tot straf voor den langstlevenden echtgenoot, die verzuimd heeft voor eene tijdige en behoorlijke boedelbeschrijving zorg te dragen. De gecontinueerde gemeenschap heeft haar ontstaan niet te danken aan de stilzwijgende overeenkomst der echtgenooten, maar is alleen een gevolg van het feit, dat de langstlevende ten opzichte van de inventarisatie der goederen in verzuim is. Daarom noemt v. d. Keessel 2) de gecontinueerde gemeenschap zeer juist een *»jus anomalum, in poenam alicujus introductum,*» zegt ook Schrassert 3), dat zij is ingevoerd: *»in odium super-*

1) Cos, Verhandeling over de gemeenschap van goederen in 't huwelijk. 7. 28.

2) V. d. Keessel, t. a. p. thes. 272.

3) Schrassert, observ. pract. obs. 121.

stilis, inventarium conficere negligentis”, en geeft Jodocus Schomaker 1) als reden van haar bestaan op: »quod ea tum in gratiam liberorum primi matrimonii cum parente superstite, tum in poenam et odium superstitis, negligentis facere inventarium fit.” Ook uit de woorden der weeskeuren, die de gecontinueerde gemeenschap hadden ingevoerd, blijkt duidelijk, dat alleen aan strafgemeenschap, niet aan voortzetting der huwelijksgemeenschap, wordt gedacht. De verkeerde voorstelling, dat de gecontinueerde gemeenschap eene voortdoring zou zijn van den toestand, die vroeger tusschen de echtgenooten had bestaan, heeft men in ’t algemeen te danken aan de oudvaderlandsche rechtsgeleerden, die zich door de benaming *continuada communio* lieten misleiden en zich geen rekenschap gaven van ’t geen door de verschillende keuren stellig werd geleerd. De Groot maakte daarop eene loffelijke uitzondering en noemde de gecontinueerde gemeenschap eene »boedelmenging buiten huwelijk.” Doch bij de meeste rechtsgeleerden vindt men gesteld, dat, waar de inventaris niet binnen den bepaalden tijd was opgemaakt, de huwelijksgemeenschap niet door den dood van een der echtgenooten zou zijn ontbonden maar zou blijven voortduren tot dat de behoorlijke inventarisatie geschied was 2). Dezelfde gemeenschap, die tusschen de echtgenooten had bestaan, zou dus ook blijven bestaan tusschen den langstlevende en diens kinderen. Was er b. v. tijdens het leven der

1) *Consult. et. Resp.* IV. cons. 45 no. 627.

2) »Ab illo momento demum intelligitur separata societas, desinitque pristina bonorum communio, cum fit actus societatis contrarius.” *Goris. Adv. jur. duc. Gebr. et comit. Zutph.* 1. 9. 4.

chtgenooten algeheele gemeenschap geweest, dan was ook de gecontinueerde gemeenschap van gelijken omvang, met uitzondering, dat de kinderen niet deelden in de lasten, terwijl wanneer daarentegen vroeger slechts gemeenschap van winst en verlies was geweest, daarna ook slechts eene gecontinueerde gemeenschap van winst kon ontstaan.

Zoo zegt Arntzenius 1): »Continuatur autem eadem, quae in priori fuit matrimonio, sive universalis, sive particularis communio; unde sequitur, si in matrimonio tabulis nuptialibus sublata fuerit universalis pacta autum singularis, in continuatam non posse universalem cadere" 2). Wanneer men die woorden toetst aan den letterlijken inhoud der keuren, die dan toch de eenige ware bron zijn om het karakter der gecontinueerde gemeenschap te kennen, dan blijft daarvan bitter weinig over. Men neme b. v. art. 21 der weeskeuren van Amsterdam, waar geschreven is, dat *»alle aenwasse ofte profyete, 't sy by fortuyne van coopmanschap, ofte by besterfenisse ende anders, hoe 't selve genoemt mach werden, 't welk vader ofte moeder aenkomen sal mogen, nae den voorsz. geprefigeerden tydt van bewys te doen, sal soo wel wesen ende komen tot profyete van den kinderen, als van*

1) Arntzenius, t. a. p. § 73.

2) Zoo ook Voet: »Quod an tunc demum obtineat cum et inter ipsos conjuges ea intercessit, an vero etiam cum pacto dotali universalis communio exclusa fuit, ac sola reservata communio acquaeustum, merito dubites. Etenim si tantum societatis continuatio sit, non ultra acquaeustum se potest extendere, quoties non ultra communio ipsis conjugibus probata fuit." Voet, ad Pand. Tit. sol. matr. § 29.

vader oft moeder, sonder dat de kinderen eenige schade, die den boel eenighsins overkomen soude mogen, hebben, ofte lyden sullen, maer zal deselve schade alleen gedragen ende geleden werden by vader ofte moeder, die hem onwilligh gemaekt sal hebben bewys te doen."

Uit de woorden van het aangehaalde artikel blijkt duidelijk:

- 1°. dat hier volstrekt niet aan voortzetting der huwelijks-gemeenschap gedacht wordt, maar dat na de ontbinding daarvan alles wat de overblijvende echtgenoot verkrijgt, voor de helft komt aan de kinderen, als een gevolg van het verzuim van »vader ofte moeder, die hem onwilligh gemaekt sal hebben bewys te doen."
- 2°. dat het bij deze gecontinueerde gemeenschap tusschen den langstlevende en de kinderen niet verschilde, of de echtgenooten vroeger in algeheele dan wel beperkte gemeenschap waren gehuwd. De woorden der weeskeur hebben eene algemeene strekking en laten volstrekt geen onderscheid toe in de gevolgen der gecontinueerde gemeenschap. Die gevolgen zijn steeds dezelfde, onverschillig wat er tusschen de echtgenooten is voorafgegaan. Waren zij in gemeenschap van winst en verlies gehuwd en overleed een hunner onder vigeur van de Amsterdamsche keur, dan zou toch alles wat de langstlevende, die in verzuim is, later verkrijgt »'t sy by besterfenisse ende anders hoe 't selve genoemd mach werden" in de gecontinueerde gemeenschap vallen.

Omgekeerd geldt 't zelfde waar, zooals naar de Costumen van Utrecht, erfenissen en legaten enz. buiten de gecontinueerde gemeenschap gehouden worden. Indien daar ter stede de echtgenooten in algeheele gemeenschap waren gehuwd, dan zou, indien de gecontinueerde gemeenschap eene voortzetting daarvan was, ook erfenissen en legaten, die den nalatigen langstlevenden echtgenoot aankwamen, in de gecontinueerde gemeenschap moeten vallen, wat stellig wordt weersproken in de aldus luidende costume 1):

»Item wat een weduwnaer of weduwe onverdeyht van hare kinderen verkryght, dat werdt ghemeyne tusschen den verkrijgere ende den kinderen, als verkregen metter gemene have, maer wat een yegelyck van hen, 't sy man of wijf of kinderen, by makinge of besterfenisse aankomt, zullen zij alleen behouden sonder 't selve gemeen boedel te werden.»

Arntzenius beroept zich, ter bevestiging van zijn gevoelen, op art. 19 der weeskeuren van Vlissingen, en wil daaruit bewijzen, dat na de gemeenschap van winst en verlies geene *communio continuata omnium bonorum* kan ontstaan. Dat artikel luidt als volgt: »De overgebleven vader ofte moeder, naaste vrienden ofte voogden, in gebreke blyvende binnen de ses weeken den staat en inventaris ter weeskamer over te brengen, zullen elk vervallen in eene boete van tien gulden, uit haare eigene goederen te voldoen, ten waare zij wettige reedenen voor het expireeren van de ses weeken aan weesmeesteren quamen te vertoonen; als wanneer aan hun nog den termyn van

1) *Costumen van Utrecht*, 23. 4.

een maand zal mogen worden toegestaan omme zulks te doen, op poene van dubbele boete; *zullende bovendien in cas van verder dilay de gemeenschap van goederen (alwaar deselve by contracte antenuptiaal niet is uitgesloten) blyven continueeren, wel ten baate dog geensints ten nadeele van de weesen, mitsgaders de langstleevende, naaste maagen of voogden, tot het overbrengen van den staat en inventaris by gyzelinge zonder eenig procedures worden geconstringeert."*

Uit deze weeskeur blijkt wederom duidelijk:

- 1°. dat, evenals te Amsterdam, »in cas van verder dilay" geene huwelijksgemeenschap zal worden gecontinueerd, maar eene »gemeenschap van goederen", d. i. *communio omnium bonorum*, zoodanig, dat die steeds ten voordeele van de kinderen zal zijn;
- 2°. dat die gecontinueerde gemeenschap steeds in denzelfden omvang zal aanwezig zijn, onverschillig welke huwelijksgemeenschap vroeger tusschen de echtgenooten aanwezig is geweest, mits er slechts cenige gemeenschap hebbe bestaan en »deselve bij contracte antenuptiaal niet is *uitgesloten*." Waar geen huwelijksgemeenschap bestond, kan geen sprake zijn van de strafbepaling der gecontinueerde gemeenschap »dewijl de stoffe, waar in de gemeenschap plaatse hebben zoude, niet exsteert" 1).

Men zou misschien nog kunnen aannemen, dat op deze wijze, volgens de Amsterdamsche weeskeuren, de gecontinueerde algeheele gemeenschap uitgezon-

1) *Cos*, Verhandeling over de gemeensch. v. goederen. 7. 22.

derd de lasten, en volgens de Utrechtsche costumen eene gecontinueerde gemeenschap van winst was ingevoerd, wanneer in beide nog eenig spoor van huwelijksgemeenschap was te ontdekken. Doch ook dit is niet het geval 1). De gecontinueerde gemeenschap verschilt op alle punten zoozeer van de huwelijksgemeenschap, dat men haar gerustelijk als eene nieuwe gemeenschap, als een eigen rechtsinstituut, beschouwen mag. Terecht zegt dan ook van Wesel 2) : »*Haec societas non est eadem illa, quae inter liberorum parentes fuit; continuatam societatem dicimus eo, quod nulla bonorum divisio intercessit. Intelligimus tamen novam, quandam a lege, ob neglectum inventarium, commodo liberorum, primariae illi substitutam; patet hoc ex quibusdam effectibus utriusque societatis plane diversis.*»

Is nu de inventaris binnen den bepaalden tijd op-

1) Zoo vergelijkt van Wesel de gecontinueerde gemeenschap, volgens de Utr. costume, met de huwelijksgemeenschap van winst en verlies en zegt:

»*Quamquam argumentum a quaestus communione desumptum, ad hanc lege prorogata universim non recte traxeris. In illa maritus societatis magister est, qui de quaestibus in matrimonio factis libere inter vivos disponit.*

In hac parens non item.

In illa fortunis retro lapsis etiam utriusque sors in tributum venit, quin imo, sic volente creditore, pro solido in causam iudicati capi potest.

In hac prorogata, si patrimonii diminutio facta sit, optio liberis conceditur repudiandae societatis et habendae maternae successio- nis integre, absque aere alieno post mortem matris contracto. etc. etc. A. a Wesel, Tract. de conn. soc. § 107.

2) t. a. p. § 86.

gemaakt, zoo ontstaat er geene gecontinueerde gemeenschap en hebben de kinderen derhalve geen recht op eene erfenis, die den langstlevende aankomt na de ontbinding des huwelijks, doch binnen den tijd, voor het opmaken van den inventaris bestemd; wederom een bewijs, dat het recht der kinderen niet het gevolg is van eene stilzwijgende overeenkomst der echtgenooten, maar wel van het onwettig gepleegd verzuim 1). Zoodra echter nu de langstlevende in verzuim is, ontstaat de gecontinueerde gemeenschap en wordt gerekend een aanvang genomen te hebben, zooals Cos zegt: »van de dag van het sterven van de eene Egtgenoot af" 2), en dit gebeurt, al was er zoo weinig in den boedel aanwezig, dat het bijna de moeite der inventarisatie niet waardig scheen 3). Van dat oogenblik, zegt de Groot, komt de helft van al het voordeel, dat den boedel aankomt, zoowel bij erfenis als anderszins, aan de kinderen, zonder dat de lasten hun ooit hinderlijk kunnen zijn.

Dit was wederom alleen daar het geval, waar zulks uitdrukkelijk in de keuren was vastgesteld, zooals te Leyden, Amsterdam, Alkmaar enz. 4). Uit de aan-

1) *Schrassert*, Cons. en adv. I. 20 § 7.

2) *Cos*, t. a. p. 7. 23.

3) »Dispositio tamen statuti nostri generalis est, omnes omnino obligans. Nec quemquam adeo egenum fingere possis, quin habeat aliquas res vel minimas, quae scripto mandari possent, veluti lectum, mensam etc." v. *Wesel* t. a. p. § 66.

4) Weeskeuren v. *Amsterdam* 21.

» » *Leyden* 25—27.

» » *Brielle* 48.

» » *Alkmaar en Edam*. II 28. enz..

teekening van Groenewegen te dezer plaatse blijkt, dat op vele andere plaatsen, luidens de daar bestaande keuren, de gecontinueerde gemeenschap alleen omvatte de »conquesten en winsten bij den langstlevende vervoert,» zooals te Delft, Utrecht enz. 1). Om de gevolgen der gecontinueerde gemeenschap in dit opzicht te kennen, moeten de bepalingen der costumen altijd nauwkeurig worden nagegaan. Want niet steeds was zij bepaald ten voordeele van de kinderen, zooals te Cuylenborg 2) b. v., waar »na het overlyden zonder testament of lyftogtmakinge van een der ouders de langstlevende met de kinderen of kindskinderen, en na beyder dood de kinderen onder malkanderen, zoo lange geen inventaris gemaakt en scheidinge daarop gevolgt is, zullen blijven *ter gemeener winninghe ende verlos.*» In Gelderland schijnt dit algemeen het geval geweest te zijn. Zoo schrijft Schrassert 3): »*Jure tamen Gelrico, ubi liberi bonorum communionem elegerint, debita etiam inter illos et conjugem superstitem communia erunt.*»

Eveneens moest in den regel de schade aan schepen, die tot den gemeenen boedel behoorden, door de kinderen voor hun aandeel worden gedragen, zooals bepaald was in de weeskeuren van Schiedam, Vlaar-

1) Costumen van 's Gravenhage 82.

» » Utrecht 23. 4.

Weeskeuren v. Rijnland 26. 27, Eukhuijzen 2, Rotterdam 14—16, Middelburg 22—29 enz.

Keurbijbel van Delft 101.

Stadrecht v. Zwolle II. 9. 25. enz.

2) *Stad en landrecht.* 12. 11.

3) *Codex Gelricus*, in voce »gemeenschap», 5.

dingen en Medemblik: »wilverstaende nogtans, dat sooverre ten tijde van het overlijden van vader of moeder in Koopvaardye of Reederye eenige schepen in zee waren of voor Petri ad cathedram niet opgezait en waren, dat insulken gevalle de winst of schade van soodanige reise of teelt sal komen tot profyt en schade van den gemeenen boedel" 1). Dat erfenissen niet altijd een deel der gecontinueerde gemeenschap uitmaakten, blijkt, behalve uit het boven aangehaalde statuut van Utrecht, ook uit artikel 16 der weeskeuren van Schoonhoven: »Ende wat eene weduwe of weduenaar ofte een boedelhouder ofte boedelhoudster, zittende ongescheyden met hunne kinderen of erfgenaemen, middelertijt wint ofte verliest, dat komt tot schade ende ten profyte van den gemeenen boedel, maar wat eenen iegelyken aanbesterft bij successie oft maakinge, dat en zal niet werden gemeens boedels, maar alleenlijk volgen dengenen dien hetzelve aanbesterft is" 2). In Overijssel daarentegen vielen zoowel erfenissen aan den langstlevende als aan de kinderen te beurt vallende in de gecontinueerde gemeenschap 3), terwijl in Gelderland de laatste daartoe niet werden gebracht, »zodat alles, wat den olderen ondertusschen aanerft, mede tot voordeel van de kinderen komen moet, maar wat de kinderen aanerft, dat kunnen de olderen niet mede genieten" 4). Waar erfenissen, legaten en giften niet in de gecontinueerde gemeenschap vielen, daar werden toch de

1) Weeskeuren van *Schiedam* 53, *Vlaardingen* 32, *Medemblik* 53.

2) *Regtsgel. observ.* III. 40.

3) *Schomaker, Cons.* IV. 403. *Schrassert, observ. pract.* I. 120.

4) *Geldersche consultatiën* III. 45.

vruchten daarvan er toe gerekend te behooren, zooals van Wesel zegt 1): »fructus tamen horum bonorum quin communioni cedant, nullus dubito. Etenim Legislator nostras communioni solummodo eximit corpora obventae haereditatis seu id quod fuit haereditatis; fructus autem non haereditati sed rebus ipsis accepto feruntur.» Welke baten en lasten overigens de gecontinueerde gemeenschap had, wanneer de weeskeuren dit niet nauwkeurig hadden omschreven, hierover bestond onder de oudvaderlandsche Rechtsgeleerden veel verschil van gevoelen. Zij, die in de gecontinueerde gemeenschap slechts eene voortzetting der huwelijksgemeenschap zagen, beweerden, op grond van de analogie, dat, zoo de echtgenooten waren gehuwd geweest in algeheele gemeenschap van goederen, zoowel erfenissen enz. aan den langstlevende als aan de kinderen opgekomen in de gecontinueerde gemeenschap vielen, omdat dit ook staande huwelijk het geval geweest was met de huwelijksgemeenschap 2). Zoo echter vroeger slechts gemeenschap van winst en verlies tusschen de echtgenooten had bestaan, zou dit niet het geval zijn, gelijk Voet zegt 3): »tamen vel continuatam, vel surrogatam sese extendere ad res illas, ad quas sese non porrigebat ea, quae stante matrimonio inter ipsos conjuges viguerat, sine speciali statuto aut consuetudine longa atque inveterata non temere afferendum est.»

Anderen echter hielden streng vast aan de poenale

1) v. *Wesel*, t. a p. 105.

2) *Schomaker* en *Schrassert*, t. a. p.

3) *Voet*, t. a. p. 29.

strekking der gecontinueerde gemeenschap, zooals zij dan ook werkelijk eene strafgemeenschap was, en brachten daarom alle erfenissen, legaten en schenkingen, die den langstlevenden echtgenoot aankwamen, tot de baten der gecontinueerde gemeenschap, terwijl de kinderen die voor zich behielden, omdat anders de gecontinueerde gemeenschap ten hunnen nadeele zou zijn, wat in strijd zou wezen met de poenale strekking van dit rechtsinstituut 1).

Overigens kwam in de gecontinueerde gemeenschap natuurlijk alles, wat bij het overlijden van den eerstgestorven echtgenoot had behoord tot de huwelijksgemeenschap, welke zij, na de ontbinding van deze continuo et nullo interposito intervallo, was opgevolgd, benevens de vruchten en inkomsten van een en ander en verder alles, wat de langstlevende door vlijt en spaarzaamheid verkreeg. De kinderen en de langstlevende hadden daarop elk van hunnen kant voor de helft aanspraak 2). Of de onroerende goederen, die tot de gecontinueerde gemeenschap behoorden, in plaatsen waren gelegen, alwaar men de gecontinueerde gemeenschap niet kende, deed niets ter zake 3).

De Groot zegt, dat de aldus gecontinueerde gemeenschap kwam voor de helft »aan de kinderen.» Sommigen waren van meening, dat hiermede alleen minderjarige kinderen werden bedoeld, omdat meerderjarigen het recht hadden, den langstlevende door het opmaken van inventaris of scheiding te noodzaken,

1) *Goris, Adv. Tract.* 1. 9. 13.

2) *Arntzenius, t. a. p.* § 74.

3) *Cos, t. a. p.* 30.

dat aan de gecontinueerde gemeenschap een einde werde gemaakt 1). In de meeste costumen en ook bij De Groot werd echter geen onderscheid tusschen de kinderen gemaakt of zij meerder- dan wel minderjarig waren. Meerderjarigen namen evenzeer deel aan de gecontinueerde gemeenschap, omdat, zegt van Wesel, »adversus patrem vel matrem, quorum alter neglexit inventarium conficere, non facile soleat jusjurandum in litem deferri vel actio de dolo dari” 2).

Over 't algemeen werden onder kinderen tevens kleinkinderen begrepen naar den regel van Callistratus: »Liberorum appellatione nepotes et pronepotes caeterique qui ex his descendunt continentur” 3). Maar verder is in dit opzicht de gecontinueerde gemeenschap »stricti juris interpretanda”, want alleen ter wille van de kinderen ingevoerd, mag zij tot adscendenten of collateralen niet worden uitgebreid 4), indien de keuren ten minste die uitbreiding niet uitdrukkelijk toelieten, gelijk dit op vele plaatsen in Gelderland het geval was 5). Evenmin namen voor-kinderen deel aan de gecontinueerde gemeenschap, »quia vitricum inter et privignos nulla intercedit

1) »Quod apud Gallos multorum locorum statutis ita definitum est”. v. *Wesel*, t. a. p. 59.

2) v. *Wesel*, t. a. p. 62.

3) L. 220 de V. S..

4) »Qui cum solis liberis et nepotibus continentur, id ex neglecti inventarii poena repetunt, quae cum sit odiosa ideo coartandam magis quam dilatandam censent communionem.” *Arntzenius*, § 72.

5) »In liberos usque aut caeteros defuncti heredes cum superstite continuatur.” *Goris*, t. a. p. I. 9. 3. *Geldersche Cons.*, III. 358.

societas et contra jus commune introducta continuatio extendi nequit ad alios, quam quibus lege datur, in qua liberorum nomine intelligi nequeunt privigni" 1). Dat echter ook somtijds de langstlevende stiefvader en stiefmoeder met name werden genoemd, waar het gold de verplichting tot het opmaken van den inventaris, blijkt o. a. uit artikel 27 der Weeskeuren van Leyden: »van gelycken sullen alle stiefvaders ofte stiefmoeders gehouden syn pertinenten staat ofte inventaris by eede ghesterckt te leveren."

Wat betreft het beheer over de goederen der gecontinueerde gemeenschap, dit verschilde in groote mate van het beheer over de huwelijksgemeenschap, toen beide echtgenooten nog in leven waren. »Alia maritalis in uxorem potestas est, alia paterna in liberos auctoritas," zegt Someren 2). Daarom mocht de langstlevende niet meer naar welgevallen over die goederen beschikken. Wat hij tijdens de gecontinueerde gemeenschap verkreeg, werd toch onmiddellijk voor de helft het eigendom van de kinderen 3), en

1) *Arntzenius*, t. a. p. § 72. Zoo ook v. Wesel: »Parente mortuo illico societas intercidit, nec ea cum vitrico aut noverca continuatur, licet a parentis obitu parem in culpam inciderit neglecti repertorii bonorum, cum enim socii mei socius meus socius non sit, nullumque unquam intercesserit liberis cum vitrico, aut noverca facultatum suarum consortium, deficit subjectum continuandae societatis." v. *Wesel*, t. a. p. 85.

2) *Someren*, *de jure novercarum* VI. 14.

3) »In prorogata hac societate parta non consequuntur liberi ex materna successione vel jure haereditario, sed mere adventitio. Materna enim cum patre societas ipso jure non transit ad liberos, uti haereditaria, sed ob superstitis dolum vel culpam, qui

derhalve mocht hij die goederen nooit verkoopen of bezwaren, tenzij daartoe de toestemming der bloedverwanten of vergunning van den rechter was verleend. Zoo schrijft van Wesel: »Non sicuti patri, vivente conjuge societatis magistro, liberum erat, quaestus in ea factos, suo nutu arbitrioque de manibus deponere, ac cuiquam dummodo citra fraudem mancipare, ita et illud ei licebit in hac societate a lege prorogata odio superstitis, immemoris officii in conscribendo bonorum catalogo. Quod enim manente hac legali societate acquisitum est, tam firmo jure liberis ac tutum cedit, ut nec venditione nec quovis alio alienationis modo iis auferri possit; sed ad id requiratur propinquorum consensus, auctoritasque judicis, nisi in rem negotiumque communis societatis alienatio facta sit" 1).

Wanneer aan den langstlevende het vruchtgenot van alle goederen bij testamentaire dispositie was vermaakt, dan was hij toch verplicht tot het opmaken van den inventaris binnen den door de weeskeuren of andere costumen bepaalden tijd. »Ja de meeste land- en stadrechten van het vorstendom, als dat van de Veluwe en Zutphen, statueeren en gebieden, dat een togtenaar verplicht is in de tyd van zes weken een staat en inventaris op te rigten." 2) Of bij gebreke

repertorium bonorum conscribere cunctatus est, quasi poenalis renovatur ea, quae morte soluta erat. Itaque fundi in ista societate coempti non patrimoniales sunt sed mere acquisitii." *v. Wesel*, t. a. p. 94.

1) *v. Wesel*, t. a. p. 87.

2) *Geldersche consult.*, 4. 230.

daarvan de gecontinueerde gemeenschap ontstond, dan niet, was wederom verschillend naarmate de costumen zulks vaststelden. Zoo leest men in de even vermelde Geldersche consultatiën: »waarom ook by vele statuten wel expresselyk gestatueert is, dat schoon genomen de langstlevende is getuigt in de goederen van den overledene, ende de langstlevende geen staat en inventaris komt over te geven, dat alsdan in favour der kinderen ende tot haar optie nog duurt de gezeyde gemeenschap.” Arntzenius 1) en van Wesel 2) beweerden echter het tegenovergestelde, omdat wanneer de gecontinueerde gemeenschap bestond, de kinderen tevens de helft van de vruchten zouden genieten, wat met de testamentaire dispositie in strijd zou zijn.

Evenals nu de gecontinueerde gemeenschap was ingevoerd, omdat de langstlevende nalatig was gebleven in het opmaken eener behoorlijke boedelbeschrijving, zoo eindigde zij zoodra een volledige inventaris van den boedel door den langstlevende was opgemaakt. Het hielp niet, als deze »geen inventaris geeft maar op solemneele wijze betuigt, dat hij in de gemeenschap met zijne kinderen niet begeert te continueeren,” want, zegt Cos 3), »de inventaris wordt praecise gequireerd,” wat echter niet altijd het geval was, waar de keuren de gecontinueerde gemeenschap niet op het verzuim van den langstlevende hadden gegrond.

1) t. a. p. 77.

2) t. a. p. 134.

3) Cos, t. a. p. 24.

Volgens vele costumen kon de langstlevende gedwongen worden tot het opmaken van eene tweeledige boedelbeschrijving, waarvan de eene den staat des boedels aangaf, zooals die zich bevond op het oogenblik van het overlijden van den eerstgestorven echtgenoot, de andere den staat des boedels aantoonde, zooals die was bij het einde der gecontinueerde gemeenschap. Uit eene vergelijking van die twee inventarissen kon eerst duidelijk blijken, of de gecontinueerde gemeenschap ten voordeele van de kinderen dan wel ten hunnen nadeele was geweest. In het laatste geval waren zij niet verplicht die te aanvaarden, maar konden hun erfdeel vragen, zooals het door den eerstgestorven echtgenoot was nagelaten, met de vruchten en inkomsten sedert den dag van het overlijden, behalve op die enkele plaatsen, waar aan de ouders het vruchtgenot van de goederen hunner kinderen was toegekend 1). Gedeeltelijk aannemen, waar die hun voordeelig was geweest of verwerpen waar nadeel hun wachtte, kon echter niet geschieden, zooals Voet zegt 2): »licentia liberis aut aliis heredibus haud videtur concedenda, ut pro parte temporis continuationem societatis probent, pro parte rejiciant sed vel in universum amplecti debent etc. etc.” Door de aanneming der gecontinueerde gemeenschap bekrachtigen zij het beheer van den langstlevende, en zijn voor hun aandeel in de betaling der schulden

1) *v. Wesel*, t. a. p. 90.

2) *Voet*, t. a. p. 30. »Actus continuandae societatis est individuus, nec ea continuatio pro parte acceptari, pro parte repudiari potest.” *v. Wesel*, t. a. p. 82.

gehouden, terwijl, wanneer zij haar verwerpen wegens achteruitgang sedert den dood des eerstgestorven echtgenoots, al hetgeen de langstlevende heeft vervreemd, voor de helft van elken bezitter kan worden opgeëischt. De andere helft behoorde hem in eigendom en kon dus door hem suo jure verkocht of bezwaard worden 1).

Ten allen tijde kon de langstlevende tot het opmaken van den inventaris overgaan en konden de kinderen dit eischen, zoodra zij meerderjarig waren geworden. In het eerste geval moest de inventaris aan de voogden, in het laatste aan de meerderjarigen zelve overhandigd worden, alles op de wijze door de weeskeuren bepaald van de plaats »daar 't sterfhuys gevallen is.» Steeds toch werden met betrekking tot de regeling der gecontinueerde gemeenschap de statuten van de plaats geraadpleegd, waar het huwelijk door den dood van een der echtgenooten was ontbonden, omdat de gecontinueerde gemeenschap eerst op dat oogenblik een aanvang neemt, en dus vroegere of latere woonplaats daarop geen invloed uitoefent. »Caeterum in hac morum atque statutorum varietate circa societatis continuationem aut resolutionem ac resolvendi modos, inventariique confectionem observanda videtur tantum lex loci illius, in quo conjuges tempore soluti matrimonii domicilium fovebant, licet forte tempore nuptiarum alio in loco, jure diverso utente, maritus domicilium habuisset" 2).

Somtijds was eene gewone beschrijving der goede-

1) *Arntzenius*, t. a. p. § 74.

2) *Voet*, t. a. p. 34.

ren, niet met de bovengemelde formaliteiten opgemaakt, genoeg, om een einde aan de gecontinueerde gemeenschap te maken. »De gemeenschap van goederen,» schrijft Bernard van Zutphen 1), »dewelcke tusschen de langstlevende ende kinderen ofte erfgenamen van den overleden is gecontinueert, cesseert, als de langstlevende heeft gemaect inventaris van alle de goederen, ende dit heeft buiten alle twyfel plaets, indien den inventaris wettelyck is gemaect; dan of hetselve oock plaets heeft, indien den inventaris niet wettelyck en is gemaect, is twijfelachtigh; waer inne sommige sustineeren neen: gelyck sulcks oock is gedeceert, ende sommige ter contrarie ja, alsoo door een invalide acte de wille wordt geclareert.» Zoo wordt in de Geldersche consultatiën 2) vermeld, dat »de coustumiëre gemeenschap tusschen de langstlevende ende de kinderen of erfgenamen des eerststervende werd opgeheven zelfs door exhibitie van een imperfecten en viciëusen inventaris ofte andere acte equipollent, daaruit men eenigzints de meeninge van den langstlevende kan afnemen.» In den regel werd echter eerst door eenen volledigen inventaris een einde aan de gecontinueerde gemeenschap gemaakt.

Enkele costumen vereischten daarenboven, dat afdeeling enz. zou geschieden aan de kinderen, van hetgeen hun toekwam 3), terwijl wederom andere de keuze tusschen beiden aan den langstlevende overlieten,

1) B. v. Zutphen, *Practijcke der Nederl. Rechten*, in voce »gemeenschap» 11.

2) *Geldersche cons.*, III. 342.

3) v. Wesel, t. a. p. 112. 113.

zooals te Deventer 1), waar »de lanckstlevende der Eheluyden sal met des verstorvene erfgenamen in gemeynen winst en verlies blyven, ter tydt behoorlyke erfuytinge gedaen of een wettelyck inventaris zy overgelevert.» Gewoonlijk had de toedeeling plaats tegelijk met de overlevering van den inventaris. In elk geval moest die geschieden voor de langstlevende tot een tweede huwelijk overging. In verschillende weeskeuren vindt men dit bevestigd, zooals b. v. in artikel 4 der weeskeuren van Haarlem. »En sullen geen weduwenaers of weduwen, kinderen hebbende, zig ten anderen huwelijk mogen begeeven en aan dezelve geene huwelijksgeboden mogen worden vergund, voordat zij aan hunne kinderen bewijs van vaderlijke of moederlijke erfenisse hebben gedaan» 2). Tegen die overtreding waren wederom boeten, soms arbitraire correctie bedreigd, terwijl hij, die tot de voltrekking des huwelijks moest medewerken, op die verplichting van den langstlevende een wakend oog moest houden. Zoo las men b. v. in art. 40 der weeskeuren van Gorichem, dat »man of wyf onmundighe kinderen hebbende, sal sigh niet mogen begeeven ten tweeden huwelyk voor en aleer deselve aan haare kinderen bewys gedaen hebben of daarover met de weeskamer veraccordeert zyn, ende dat het bewesen goed ook effectievelyck ter weeskamer sal wesen aangebragt, en opdat hetselve na behooren souden werden achtervolght, soo sal er geen aantekeninge van geboden gedaen werden voor en aleer

1) *Stadrecht*. 2. 17.

2) Zie ook *Landrecht v. Zutphen* 19. 4, *Veluwe* 29. 7. *Weeskeuren van Amsterdam* 30, enz.

van dat gedaan bewys met de handt van de secretaris consteert." Sloeg de langstlevende geen acht op die bepalingen, dan werd hij te Amsterdam met verlies van $\frac{1}{8}$, in den Briel met verlies van $\frac{1}{10}$ zijner bezittingen gestraft 1). Tot dergelijke strengge maatregelen was men verplicht over te gaan, omdat, wanneer vóór het tweede huwelijk geen einde aan de gecontinueerde gemeenschap gemaakt werd, deze naderhand tot zeer veel verwarring aanleiding gaf. Want, al gold ten opzichte van den nieuwen echtgenoot, de regel: »socii mei socius meus socius non est" voor de kinderen, zoo kreeg hij toch in zooverre deel aan de gecontinueerde gemeenschhap, dat deze voor de eene helft aan de kinderen behoorde en voor de andere helft in de nieuwe huwelijksgemeenschap viel, terwijl omgekeerd de kinderen door den langstlevende, met wien zij in gecontinueerde gemeenschap leefden, voor de helft aandeel verkregen in hetgeen dezen in de huwelijksgemeenschap toekwam, waarvan zoodoende de helft wederom in de gecontinueerde gemeenschap viel. Terecht noemt Van Wesel 2) dit eene »plurium inspectionum quaestio, perplexa satis", en vond hij met Voet 3) maar het beste, om dit »pro circumstantium varietate" aan het arbitrium Judicis over te laten. Professor v. d. Keessel acht dit niet noodig en geeft eenige regels om bij de berekening dezer dubbele

1) Weeskeuren v. *Amsterdam* 23, *Brielle* 50, *Rotterdam* 28, *Rijnland* 27. enz.

2) t. a. p. 74.

3) t. a. p. 32.

gemeenschap in acht te nemen, die hij ten slotte met een voorbeeld opheldert 1).

Van de verplichting tot »bewijs of vertigtinge” kon de langstlevende wederom worden vrijgesteld krachtens testament van den eerstgestorven echtgenoot of door toestemming van de voogden en bloedverwanten, altijd met goedkeuring van de weeskamer. Te Enkhui-zen was de langstlevende tot bewijs niet gehouden, zoo de boedel meer nadeel dan voordeel opleverde. Dat bleek uit den inventaris, die toch altijd moest worden opgemaakt. »In cas yemandt wilde sustineeren, dat by de aflyvigcn geen goederen nagelaten waren en den boedel meer ten achteren als te voren was, soo sal nochtans den soodanigen daarmede niet mogen volstaan, noch van bewysinge vry zyn, voor en aleer hy behoorlycken staat en inventaris met eede gesterckt zynde heeft overgelevert” 2).

Het »bewijs doen” geschiedde of door uitkoop of door gewone boedelscheiding. Het eerste vond plaats als de langstlevende beloofde om zijnen kinderen, zoodra zij meerderjarig zouden zijn, eene bepaalde som uit te keeren, gelijkstaande met hun wettig erfdeel. Daartoe werd wederom vergunning vereischt, terwijl de langstlevende zich verbond om tot aan hunne meerderjarigheid voor onderhoud en opvoeding der kinderen behoorlijk zorg te dragen. Voornamelijk geschiedde de uitkoop in zulke boedels »welke meest zyn bestaande in neeringen en koopmanschappen,

1) *V. d. Keesel*, t. a. p. 274—276. Zie ook *S. v. Leeuwen*, t. a. p.

2) *Weeskeuren van Gorichem* 34, *Amsterdam* 38, *Vlaardingen* 28, enz.

in- en uitschulden, mitsgaders roerende en onzekere goederen, in gevalle namelyk de Boedelhouder of Boedelhouster zig tot dezelve uitkoop redelyk wil laten vinden" 1). Daartoe moest de langstlevende na behoorlijke inventarisatie borg stellen, wat echter niet overal in Holland plaats had. Zoo was in de Weeskeuren van Gouda, Oudewater en Leyden o. a. bepaald, dat de uitkoop »op 't goed vertrouwen van den langstlevenden ende zonder leeveringe van staat en inventaris geschieden mag." Met de uitkeering dier som hadden dan de kinderen niets meer te vorderen en was voor hen de gecontinueerde gemeenschap ontbonden 2). Het geven van een zekere som door den langstlevende aan zynen zoon om handel te drijven of aan zijne dochter tot huwelijks gift, ontbond dan alleen de gecontinueerde gemeenschap, volgens Van Wesel 3), ingeval de langstlevende daarbij uitdrukkelijk verklaarde, dat die som moest dienen ter voldoening van hetgeen hun toekwam uit de vaderlijke of moederlijke nalatenschap, »quin imo probavimus hodie patrem superstitem semper censeridotem dedisse ex bonis maternis." Zulk eene som gelds moest, volgens sommige schrijvers, ook de vruchten omvatten dier nalatenschap, omdat zelfs bij geene continuatie van gemeenschap de kinderen daartoe gerechtigd zijn. Anderen daarentegen ontkenden dit, zooals Van Wesel: »etenim fructus dotis filiae cesserunt in alimentorum locum, alimenta autem ex

1) *Regtsgel. obs.* III. 10.

2) *v. Wesel*, t. a. p. 137, 150.

3) t. a. p. 139.

ipsa societate liberis praestanda sunt; itaque hi fructus dotis compensandi sunt cum alimentis caeterisque necessariis, quae pater liberis caelibibus domi suae sumptibus societatis, praestare tenetur 1). Wanneer echter aan een of meer kinderen bij testament eene bepaalde som gelds of een bepaald gedeelte der goederen in de nalatenschap was vermaakt, dan had er geene gecontinueerde gemeenschap plaats omdat zij overeenkomstig den wil des erflaters geen verder voordeel uit de nalatenschap mochten genieten 2).

Had er geen uitkoop plaats, hetzij dat de langstlevende dit niet verkoos of de weeskamer daartoe niet wilde overgaan, dan geschiedde de gewone boedelscheiding. Kon men het eens worden, dan was het eene willige deeling, anders ging het bij kaveling of loting, Deze laatste wijze van boedelscheiding bij »blinde lotinge” had vooral plaats, als de partijen het niet eens konden worden, of bij landverdeeling, waarin men tot geene verkooping wilde overgaan. Aan de beste kavelingen was dan de verplichting verbonden tot betaling eener zekere som gelds ten behoeve van de minder goede, »ten einde tusschen dezelve een behoorlijke egaliteit in acht te nemen, vervolgens met blinde looten ieder 't zijne wordt toegekaveld, ten dien effecte, dat ieder der codividenten gehouden is, met het deel, hen bij die lootinge te beurt gevallen, genoeg te moeten nemen” 3).

1) t. a. p. 145.

2) *Arntzenius*, t. a. p. § 77.

3) *Regtsgel. obs.* III. 31.

Natuurlijk kon tot een of ander niet worden overgegaan voor een inventaris was opgemaakt »want sonder staat ende inventaris van den boedel alvorens gemaakt ende geëxamineerd te zijn, kan men niet bundigh scheyden” 1). Zoo wel inventaris als akte van scheiding werden ter weeskamer gedeponereerd, waar voor alle boedels bestonden »elks apart een doos of koffer, daer in den weesen brieven ende munimenten mogen zyn bewaert” 2).

1) *Wassenaer*, t. a. p. XI. 7.

2) Weeskeuren van *Nieuwkoop* en *Noorden*, 29.

II.

DE GECONTINUEERDE GEMEENSCHAP, VOLGENS HET WETBOEK VAN LODEWIJK NAPOLEON.

De revolutie, die hier te lande in 1795 uitbrak, maakte voor goed een einde aan alle Provinciale en Stedelijke souvereiniteit, en bij de staatsregeling van 1798 werd de Wetgevende macht opgedragen aan een lichaam vertegenwoordigende het geheele Bataafsche volk. Bij de elkander snel opvolgende staatsregelingen benoemde men wel commissiën tot daarstelling der verschillende wetboeken, doch weinig werd geëffectueerd en niets ingevoerd. Nauwelijks was echter de republiek ten einde en had Lodewijk Napoleon in 1806 den troon beklommen, of hij benoemde drie commissiën, waarvan eene voor het Burgerlijk Wetboek, aan welke was opgedragen, »om den Code Napoléon in te rigten voor Holland.» De commissie tot samenstelling van het Burgerlijk Wetboek was gekozen in November 1807, en bestond uit de Heeren Van Gennep, van Wesele Scholten en Loke. Zij leverden een ontwerp aan den Koning in, dat door het wetgevend lichaam aangenomen, bij besluit van 24 Februari 1809 kracht van wet verkreeg, en den eersten Mei van dat zelfde jaar werd ingevoerd

onder den titel van: *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland.*

Met de invoering hiervan hield de rechtsonzekerheid op, die door de verschillende costumen tijdens de republiek allerwege geheerscht had, doch aan den anderen kant werkten verschillende oorzaken samen, waardoor men minder ingenomen was met dit nieuwe wetboek. De dubbele grondslag, waarop het berustte, en die het tot een mixtum van fransche en oudhollandsche rechtsbegrippen maakte, de weinige voorbereiding, die men gehad had, en de onbeduidende discussien er over in den Staatsraad gehouden, brachten mede, dat volledigheid en nauwkeurigheid ten eenenmale ontbraken. Een en ander was tevens een gevolg van de buitengewone overhaasting, waarmede men bij de samenstelling van dit wetboek was te werk gegaan. »Men is gewoon, (zegt een der schrijvers in de *Briefwisseling van eenige Rechtsgeleerden*) Tribonian te berispen, dat hij, door zeven anderen geholpen, de Pandekten binnen den tijd van 4 jaren heeft afgemaakt, terwijl Justianus zelf dien arbeid op een jaar of tien berekend had, en de Pandekten met alle de uitmuntende en thans onwaardeerbare brokken, die ze behelzen, dragen maar al te vele blijken van overhaasting; hoe moet het dan wel zijn met een wetboek, door drie lieden in minder dan zeven maanden opgesteld!»

Tot de artikelen, die onder den merkbaren invloed hiervan in het wetboek werden opgenomen, behoort ook dat, waarbij de gecontinueerde gemeenschap vastgesteld en geregeld werd. Art. 196, oorspronkelijk in twee artikels gesplitst, luidde aldus:

»Schoon het huwelijk door den dood geëindigd is,

blijft echter de gemeenschap van goederen voortduren in deze twee gevallen:

Vooreerst tusschen de minderjarige kinderen en erfgenamen van den eerststervenden echtgenoot en den langstlevenden, die, tot voogd of voogdesse van die kinderen zijnde aangesteld, in den gemeenen boedel als boedelhouder of boedelhouderesse blijft zitten, zonder een inventaris van dezelve gemaakt te hebben. Deze gemeenschap blijft voortduren tot den tijd toe, dat de inventaris gemaakt zal zijn; en heeft ten gevolge, dat alle vermeerderingen, die den boedel na den dood aankomen, voor de helft zijn ten voordeele van die kinderen, doch dat alle verminderingen alleen tot laste van den langstlevende komen.

Ten tweeden tusschen den langstlevenden echtgenoot en de erfgenamen van den eerststervenden, die door denzelfden na doode van den langstlevende tot erfgenaam gesteld zijn in de helft van al hetgeen de langstlevende onverteerd en onvervreemd zal nalaten.

Het gevolg dezer voortdurende gemeenschap is, dat alle vermeerderingen en verminderingen, die na doode van den eerststervenden den boedel aankomen, mede door die erfgenamen genoten en gedragen worden.”

Alleen naar dit artikel moet nu de werking der gecontinueerde gemeenschap, onder het Wetboek van Lodewijk Napoléon, worden beoordeeld. Met de invoering toch werden afgeschaft »het Roomsche regt mitsgaders alle wetten en ordonnantiën tot het Burgerlijk regt betrekking hebbende, en welke tot nu toe in het koninkrijk of eenig gedeelte van hetzelfde in vigueur zijn geweest, hetzij dezelve zijn bekend geweest onder de benaming van Placaten, Publicatiën, Ordonnan-

tiën, Landregt, Reglementen, Keuren, Statuten, Ootrooijen, Costumen of onder welke benaming zulks zoude mogen zijn" 1). Echter is het niet twijfelachtig, dat men art. 196 uit het oudvaderlandsche recht heeft overgenomen, aangezien de Code geene gecontinueerde gemeenschap kende. Ook uit den inhoud blijkt genoegzaam, dat men in de meeste opzichten dat recht heeft gevolgd 2). De ecnigszins vreemde aanvang van artikel 196 wordt verklaard door de opeenvolging der hoofdstukken in het Wetboek. Waar reeds lang te voren het einde der huwelijksgemeenschap en de scheiding van den gemeenen boedel behandeld was, wordt plotseeling wederom de gecontinueerde gemeenschap ter sprake gebracht. Het woord »schoon" is echter geheel en al misplaatst, want het is juist een vereischte voor het bestaan der gecontinueerde gemeenschap, dat het huwelijk door den dood van een der echtgenooten ontbonden en daarmede de huwelijksgemeenschap verdwenen is. Het woord »wanneer" zou hier derhalve meer gepast geweest zijn, zooals hiervoor is aangetoond 3).

1) *Van de Poll, Verzameling van Vaderlandsche Wetten en Besluiten*, blz. 434—435.

2) Zie *de Kleyn*, De gecontinueerde gemeenschap en hare gevolgen, Schoonh. 1865. blz. 13, en de aldaar gedeeltelijk aangehaalde aanspraak van den staatsraad *Reuvens*, te vinden in de *Koninklijke Courant* van 22 Dec. 1808.

3) *de Kleyn*, die steeds in de gecontinueerde gemeenschap eene voortzetting der huwelijksgemeenschap ziet, en deze niet van rechtswege met den dood van een der echtgenooten ontbonden acht, wanneer er minderjarige kinderen overblijven, zegt toch, niettegenstaande zijn systeem, dat het verzuim van inventaris werd gestraft door »het wetboek Napoleon voor Holland, met eene *nieuwe* — onder den naam van *voortdurende* — gemeenschap." Zie hem, t. a. p. blz. 69.

Art. 196 spreekt alleen van de voortdoring der »gemeenschap van goederen.» Uit art. 172 en volgende blijkt, dat deze gelijk is aan de wettelijke gemeenschap, bij ons in den 7^{den} titel van het eerste boek van het Burgerlijk Wetboek behandeld. Eveneens kent het Wetboek Lodewijk Napoleon de gemeenschap van winst en verlies en van vruchten en inkomsten, doch waar art. 196 duidelijk spreekt van de gemeenschap van goederen kan na de ontbinding der beide andere soorten van huwelijksgemeenschap geene andere dan deze gecontinueerde gemeenschap bestaan. Was de gemeenschap van goederen door de echtgenooten bij huwelijk-sche voorwaarden uitgesloten en bij testament niet weder ingeroepen, dan was er natuurlijk evenmin sprake van gedcontinueerde gemeenschap. Om die inroeping van waarde te doen zijn, moest het testament met den dood worden bekrachtigd, in welk geval zij dezelfde gevolgen had, alsof van het begin des huwelijks af gemeenschap van goederen tusschen de echtgenooten geheerscht had.

De langstlevende bleef in gecontinueerde gemeenschap met »de minderjarigen kinderen en erfgenamen van den eerststervenden echtgenoot.» Ofschoon men er even goed het tegengestelde in zou kunnen lezen, wil dit zeggen: dat de minderjarige kinderen tevens erfgenamen, en omgekeerd de erfgenamen tevens minderjarige kinderen van den eerstgestorven echtgenoot moeten zijn. Dit is bovendien overbodig, want anders konden zij geen deelgenooten zijn in de gecontinueerde gemeenschap. Wie minderjarig zijn volgens dit wetboek, leert art. 395. Over 't algemeen lieten in het oudvaderlandsche recht de keuren meerdere uitbreiding toe, en werd tusschen minder- of meerderjarigheid geen on-

derscheid gemaakt. Om de duidelijke woorden van 't artikel mogen hieronder geen voor- of kleinkinderen worden begrepen. Het moeten toch zijn minderjarige kinderen »van den eerststervenden echtgenoot en den langstlevenden.»

Aan den anderen kant kon alleen de langstlevende, die tot voogd of voogdesse was aangesteld, als boedelhouder of boedelhoudster in den gemeenen boedel blijven zitten. De langstlevende vader werd echter nooit als voogd aangesteld, want bij het overlijden der moeder was de vader, volgens art. 287, ipso jure voogd. Was echter de moeder de langstlevende, dan had zij, volgens art. 305, den voorrang in de voogdij, zoolang zij tot geen tweede huwelijk overging. Echter kon haar een tweede voogd worden toegevoegd, indien het belang der minderjarigen zulks vorderde.

Was de langstlevende geen voogd of voogdesse, dan stelde de Weeskamer of, waar deze was uitgesloten, het Gerecht een of meer voogden met een toezienenden voogd aan. Dan was er geene gecontinueerde gemeenschap, want de langstlevende oefende geen voogdij uit. De benoemde voogden waren verplicht, onmiddellijk na het overlijden door verzegeling of andere middelen voor den boedel zorg te dragen (art. 331), vervolgens zoo spoedig mogelijk weder te ontzegelen en staat en inventaris op te maken »gerechtelijk, notariaal of onder de hand» (art. 333). Van dien inventaris moest binnen 8 dagen een authentiek afschrift aan de Weeskamer of het Gerecht overhandigd en met eede gesterkt worden (art. 334).

Aan den langstlevende was geen termijn gesteld voor het opmaken van den inventaris. Het hing dus

niet af van zijne keuze, om al dan niet als boedelhouder te blijven zitten, maar de wet liet de gecontinueerde gemeenschap torstond aanvangen na de ontbinding van het huwelijk. Al werd zoo spoedig mogelijk de inventaris opgemaakt, dan kon toch de langstlevende niet verhinderen, dat gedurende dien geringen tusschentijd de gemeenschap werd gecontinueerd. Dat was het gevolg van het niet bepalen van een termijn voor het opmaken van den inventaris. Ook hierin is afgeweken van het oudvaderlandsche recht. Evenmin spreekt het artikel over de formaliteiten, die tot het opmaken van den inventaris behooren, waarvoor zeker eene verwijzing naar art. 333 genoeg is.

Het gevolg van de gecontinueerde gemeenschap is, dat alle vermeerderingen van den boedel voor de helft zijn ten voordeele van de kinderen, terwijl de verminderingen alleen ten laste van den langstlevende komen. De bedoeling van de Groot is hier minder gelukkig weergegeven. Wanneer toch alle vermeerderingen van den boedel voor de helft zijn voor de kinderen, en hun b. v. eene erfenis aankomt, dan werkt die bepaling zeer ten hunnen nadeele, want dan moeten zij de helft daarvan aan den langstlevende afstaan 1). In zooverre heeft de laatste slechts voordeel bij de gecontinueerde gemeenschap, want zoodra hij uitzicht heeft op eene erfenis, kan hij door inventarisatie steeds de gecontinueerde gemeenschap doen ophouden,

1) Prof. Cras is van oordeel, dat tot deze voortdurende gemeenschap, welke *alle* baten omvatte, die staande huwelijk in de gemeenschap vielen, ook behoorden erfenissen enz., onverschillig of zij door den overblijvenden echtgenoot of de *kinderen* verkregen werden. *De Kleijn*, t. a. p. blz. 15.

terwijl de minderjarigen dit middel niet kunnen te baat nemen.

De lasten loopen alleen ten nadeele van den langstlevende. Hun erfdeel uit de nalatenschap van den eerstgestorven echtgenoot zullen de minderjarigen dus ongeschonden kunnen opcischen.

Het artikel zegt, dat de gecontinueerde gemeenschap blijft voortduren »tot den tijd toe, dat de inventaris gemaakt zal zijn.” Eveneens zal er echter door den dood van den langstlevende of door de meerderjarigheid van de kinderen wel een einde aan gemaakt worden. Echter blijkt, dat de andere wijzen van ontbinding, onder het oudvaderlandsche recht gebruikelijk, hier niet kunnen worden toegepast. Een volledige inventaris wordt vereischt, maar ook meer niet. Scheiding is volstrekt niet noodzakelijk, zooals b. v. vroeger volgens de costumen van Utrecht, waar de langstlevende »in den boedel sitten blyft met uytsluyting van de erfgenamen ende alles red ende bewaard tot de finale scheyding ende deyling toe” 1).

De inventaris kon ten allen tijde door de meerderjarige kinderen gevraagd en door den langstlevende gegeven worden (art. 961, 981). De laatste was hiertoe verplicht, alvorens een tweede huwelijk aan te gaan. In zulk geval moest de vader aan zijne kinderen doen »vertichting en bewijs van der voorkinderen moederlijk erfdeel,” terwijl de weduwe door het aangaan van een tweede huwelijk het beheer van de goederen harer minderjarige kinderen verloor en eveneens gehouden was »te leveren staat en inventaris van der kinderen goederen” (art. 204—206).

1) Zie *Utrechtsche consultatiën*, III. 71. 12.

De tweede soort van gecontinueerde gemeenschap, in art. 196 genoemd, vindt ook haren oorsprong in het oudvaderlandsche recht. Aangezien deze echter niet werd ingevoerd tot straf van den langstlevende, die verzuimde te inventariseeren, kan zij buiten verdere beschouwingen blijven.

Ten slotte zij opgemerkt, dat, blijkens verschillende artikelen, onder de werking van het Wetboek Lodewijk Napoleon de weeskamers in stand waren gebleven, niettegenstaande deze instellingen haar tijd hadden gehad, en wegens hare omslachtige administratie en kostbaar beheer algemeen werden afgekeurd. Daarom begon men haar meer en meer uit te sluiten, waartoe een ieder, volgens art. 301 W. L. N., het recht had. »Nimmer heb ik eene voldoende reden voor die uitsluiting kunnen vinden,» zegt een schrijver in de *Vaderlandsche Letteroefeningen* van 1791. »Het eenige voorwendsel, dat ik gehoord heb, is, dat de weeskamers gewoon zijn te veel voor hare administratie te rekenen.» Die uitsluiting werd echter zulk eene vaste clause in de testamenten, dat er verscheidene voorbeelden uit dien tijd zijn, waarbij de Notarissen door de gewoonte verleid, die uitsluiting in zoodanige testamenten voegden, waarbij geene minderjarigen eenig belang hadden. Met de invoering van den Code Napoléon, waarin het voogdijrecht op geheel andere gronden steunde, werd aan de werkzaamheid der weeskamers hier te lande voor goed een einde gemaakt, hoewel men bij de herstelling onzer wetgeving nog pogingen in 't werk stelde, om ze weer in te voeren 1). De formeele opheffing geschiedde eerst bij de Wet van 5 Maart 1852. (Stb. n^o. 45).

1) Zie art. 590 van het ontwerp van 1820.

III.

DE GECONTINUEERDE GEMEENSCHAP, VOLGENS ARTIKEL 240
DER COUTUME DE PARIS, EN ARTIKEL 1442
CODE NAPOLÉON.

De bepaling van artikel 196 van het wetboek Lodewijk Napoleon werd afgeschaft door de invoering van den Code Napoléon hier te lande, welke invoering plaats had op den 1^{sten} Januari en den 1^{sten} Maart 1811 1). Voortaan zou het koninkrijk Holland een deel uitmaken van het fransche keizerrijk.

De Code Napoléon heeft in art. 1442 de gecontinueerde gemeenschap afgeschaft, waarvan de meeste coutumes van het oude fransche recht, voornamelijk de Coutume de Paris, melding gemaakt hadden. Evenals in ons oudvaderlandsch recht, heerschte groote verscheidenheid in den inhoud dier verschillende coutumes. Die van Amiens, Auvergne, La Rochelle maakten b. v. in 't geheel geene melding van de gecontinueerde gemeenschap, terwijl de Coutume van Orleans haar alleen toeliet »lorsque les conjoints sont non nobles.” In het tegenovergestelde geval toch kwamen de roerende goederen en inkomsten der onroerende, die tot het erfdeel der minderjarigen uit de nalatenschap van den eerstgestorven echtgenoot behoorden, aan den langst-

1) *Fortuijn*, Verzameling van Wetten, Besluiten enz. I, blz. 13 en 69.

levende »pour emolument de la garde noble” en was er dus van hunnen kant niets, wat zij in de gecontinueerde gemeenschap konden brengen.

De verschillende bepalingen dezer costumen na te gaan, is geheel onnoodig. De coutume de Paris moge om verschillende redenen hierop eene uitzondering maken. Zij was de voornaamste onder alle, waarbij de gecontinueerde gemeenschap was ingevoerd tot straf van den langstlevende, die verzuimde, door het tijdig opmaken eener behoorlijke boedelbeschrijving, te bepalen, tot welk aandeel de minderjarigen gerechtigd waren in de goederen der ontbonden huwelijksgemeenschap. Blijkens verschillende arresten werd deze bepaling uitgebreid tot andere coutumes, die daarvan geen melding maakten 1). En omdat de inhoud der coutume de Paris in enkele opzichten overeenkomt met de gecontinueerde gemeenschap in het oudvaderlandsche recht 2), en omdat men in haar den oorsprong heeft willen zien van de gecontinueerde gemeenschap in het hedendaagsche recht, is het niet ondienstig die bepaling eenigszins nader te omschrijven.

Art. 240 luidt aldus: »Quand l'un des conjoints va de vie à trépas et délaisse aucun enfant mineur du dit mariage, si le survivant ne fait faire inventaire avec personne

1) »La question s'étant renouvelée dans la coutume de La Rochelle, il a été jugé par arrêt du 20 Juin 1704, rendu en forme de règlement, que la continuation de communauté devait y avoir lieu de la même manière que dans la coutume de Paris.” *Pothier, Traité de la Communauté*, 770.

2) *Van Wesel* en andere schrijvers over dit onderwerp in het oudvaderlandsche recht beroepen zich veelal op haar en andere fransche coutumes.

capable et légitime contradicteur des biens, qui étaient communs durant le dit mariage au temps du trépas, soit meubles ou conquêts immeubles, l'enfant ou enfans survivants peuvent, si bon leur semble, demander communauté en tous les biens meubles et conquêts immeubles du survivant, posé qu'icelui survivant se remarie." Voor het bestaan der gecontinueerde gemeenschap moeten dus verschillende zaken samengaan, doch haar grondslag ligt wederom in het verzuim van den langstlevende. Een der vereischten is, dat »un des conjoints va de vie à trépas," m. a. w. dat het huwelijk worde ontbonden door den dood van een der echtgenooten. Waar b. v. die ontbinding door echtscheiding had plaats gehad, kon geen sprake zijn van gecontinueerde gemeenschap. Daar was de huwelijksgemeenschap reeds ontbonden, alvorens een der echtgenooten »va de vie a trépas." Dit was niet het geval, waar wel een vonnis van echtscheiding aanwezig was, doch hieraan nog geen uitvoering was gegeven vóór het overlijden van een der echtgenooten. Zoo zegt Pothier: »Je pense, qu'il doit y avoir lieu (à la continuation de la communauté), car lorsqu'elle n'a pas été exécutée, elle est regardée comme non avenue et elle n'empêche pas, que la communauté ne puisse être regardée comme n'ayant pas été dissoute et comme ayant continué" 1).

Een tweede vereischte was het achterlaten van minderjarige kinderen. In tegenoverstelling van het oud vaderlandsche recht, moeten hier, evenals in het Wetboek van Lodewijk Napoléon, de meerderjarigen voor hunne

1) Pothier, *Traité de la Communauté*, 779.

belangen zelven zorg dragen. Verder moesten het zijn minderjarige kinderen *du dit mariage*. Met stiefvader of stiefmoeder had derhalve geene gecontinueerde gemeenschap plaats, wat ook niet noodig was, omdat de langstlevende slechts voor de belangen zijner eigene kinderen behoeft zorg te dragen. De duidelijke woorden van het artikel laten in 't minst geene uitbreiding toe, ook niet tot kleinkinderen of tot hen »qui sont majeurs à la verité mais en démence” 1). De Coutume de Paris is om hare poenale clause stricte interpretanda, wat b. v. niet het geval is met de Coutume van Orleans, waar, volgens art. 216, »la communauté de biens se continue et conserve entre le survivant pour la moitié et les dits enfants ou autres parens et héritiers pour l'autre moitié.” Deze coutume berustte op geheel andere grondslagen, wat betreft de gecontinueerde gemeenschap, welke niet was ingevoerd als strafbepaling maar als gevolg van de samenwoning en de vermenging van goederen. Deze gecontinueerde gemeenschap was een uitvloeisel van het oude *droit coutumier*, waar »par usage et coutume deux conjoints demeurants ensemble par an et jour, sans faire division ni protestation, ils acquièrent l'un avec l'autre communauté quant aux meubles et conquêts; et pour ce si deux conjoints ont un fils, et après l'un d'iceux va de vie à trépas et depuis icelui fils demeure avec le survivant, sans faire inventaire, partage ni division, tout ce que le survivant a conquêté reviendra en communauté avec le fils” 2). De coutumes de Bar et Poitou maakten geen

1) Zie het tegenovergestelde bij *Pothier*, t. a. p. 785.

2) *Grand Coutumier*, II. 40.

onderscheid tusschen meerder- en minderjarigheid 1), terwijl de coutume de Nivernois wederom onderscheid maakte naar geslacht en ouderdom van de minderjarigen: »les enfans mâles de 14 ans et femelles de 12 ans accomplis.” Alles hing af van de woorden der coutume, die steeds nauwkeurig moesten worden nagegaan.

De minderjarigheid moet aanwezig zijn op het oogenblik, dat de eerstgestorven echtgenoot komt te overlijden. Latere meerderjarigheid van de kinderen, zelfs binnen den termijn, voor het opmaken van den inventaris bestemd, ontheft den langstlevende van zijne verplichting niet. Het oogenblik der meerderjarigheid werd ook voor andere coutumes geregeld naar de bepalingen der Coutume de Paris 2).

Het derde vereischte voor het bestaan der gecontinueerde gemeenschap, de eigenlijke grond van haar ontstaan, was het niet tijdig en behoorlijk opmaken eener boedelbeschrijving van de goederen, die op het oogenblik van overlijden van een der echtgenooten tot de huwelijksgemeenschap hadden behoord. Wanneer dus de echtgenooten vroeger bij huwelijksche voorwaarden alle gemeenschap hadden uitgesloten, dan kon er geen sprake van gecontinueerde gemeenschap zijn.

De termijn voor het sluiten van den inventaris bepaalt artikel 241 der coutume de Paris. »Et pour la dissolution de la communauté faut que le dit inventaire

1) »Si l'une des personnes de la communauté décède, délaissant enfans.... les enfans auront choix” etc. Coutume de Bar et Poitou, art. 232.

2) *Pothier*, t. a. p. 782.

soit fait et parfait et à la charge de faire clorre le dit inventaire par le survivant trois mois après qu'il aura été fait; autrement et à faute de ce faire par le survivant est la communauté continuée, si bon semble aux enfans." Dit artikel zegt niet duidelijk, binnen welken tijd na het overlijden van den eerstgestorven echtgenoot de inventaris moet zijn opgemaakt, om het ontstaan der gecontinueerde gemeenschap tegen te houden. Over het algemeen kenmerkten zich de Fransche coutumes door het gemis aan tijdsbepaling 1). Doch het blijkt, dat wanneer de boedelbeschrijving binnen den bepaalden tijd van drie maanden is opgemaakt en gesloten, zij terugwerkende kracht heeft tot op het oogenblik, waarmede men met haar een aanvang gemaakt heeft 2). Werd zij dus opgemaakt en gesloten binnen den tijd van drie maanden na het overlijden van den eerstgestorven echtgenoot, dan was dit voldoende om het ontstaan der gecontinueerde gemeenschap te verhinderen 3).

De inventaris moest worden opgemaakt »avec personne capable et légitime contradicteur." Evenals in het oudvaderlandsche recht is dit de voogd der min-

1) Zoo schreef Buridan: »ce seroit perdre temps, de traiter ici la question communément agitée de sçavoir, dans quel tems l'inventaire se doit faire pour interrompre cette continuation de communauté, puisque cette coutume n'en prescrit aucun ains tient la communauté pour continuée, jusques à ce qu'il ait été fait." *Le coutumier de Vermandois*, I. 641.

2) Eene Ordonnantie van het jaar 1667 had voor een dergelijk geval een termijn van drie maanden aan de weduwe toegestaan. *Dalloz, Répertoire* XII. 1608.

3) *Pothier*, t. a. p. 795.

derjarigen en waar de langstlevende zelf de voogdij uitoefent, wordt voor dit geval door den rechter een toezicnde voogd benoemd (auteur ou curateur pour le fait d'inventaire). Meerderjarigen kunnen zelven den inventaris beoordeelen.

Somtijds, zooals in de Coutume de Maine, kon de toezicnde voogd door bloedverwanten worden vervangen, terwijl artikel 127 der Coutume de Peronne: »une prisee par autorité de justice" eischte.

De inventaris moest eene nauwkeurige beschrijving inhouden van alle goederen »qui étaient communs durant le dit mariage au temps du trépas, soit meubles où conquêts immeubles." Tevens moest de langstlevende onder eede bevestigen, dat hij niets verzwegen had. Blijkt later, dat dit toch het geval is geweest, maar »par oubli et sans dessein prémédité," dan is de inventaris niettemin voldoende, om de gecontinueerde gemeenschap af te snijden 1). Heeft de langstlevende echter dolo malo eenige goederen buiten den inventaris gehouden, dan is dit niet het geval 2). Een en ander

1) »Les omissions sont présumées faites par oubli et sans dessein prémédité, lorsqu' avant que personne s'en soit plaint, l'époux survivant a ajouté à l'inventaire les meubles où titres qu'il avait omis d'y comprendre. On les présume encore innocentes, quoique découvertes par les héritiers du prédécédé, lorsqu'il ne s'agit que d'objets modiques, ou qu'il paraît par les circonstances, que les choses omises ont pu facilement échapper à la connaissance du survivant." *Merlin*, Répertoire in voce »continuation de communauté."

2) De langstlevende wordt geacht ter kwader trouw gehandeld te hebben, zegt *Merlin*, »lorsque la multitude des choses omises et la qualité de ces choses, qui étaient en évidence et d'un usage journalier, ne permettent pas de penser, qu'elles aient pu échapper

wordt ter beoordeeling aan den rechter overgelaten. Wat eindelijk betreft den vorm van den inventaris, zoo moet deze, volgens een *réglement pour Paris*, (6 April 1632) door eenen Notaris worden opgemaakt en verder aan alle vereischten van notariëele akten voldoen.

Een laatste vereischte voor het bestaan der gecontinueerde gemeenschap is, dat de kinderen haar vragen. Zij hebben, evenals in het oudvaderlandsche recht, de keuze of zij van de gecontinueerde gemeenschap willen gebruik maken of niet 1). Het laatste geschiedt natuurlijk, zoodra zij bemerken, dat de gecontinueerde gemeenschap hun meer nadeel dan voordeel heeft aangebracht. Zij kunnen, zooals het artikel zegt, »si bon leur semble, demander communauté.” Zoo zij hiertoe overgaan, dan nemen zij hun aandeel in de gecontinueerde gemeenschap, zooals deze zich op het oogenblik bevindt; zoo niet, dan nemen zij hun aandeel in den boedel, zooals die zich bevond tijdens het overlijden van den eerstgestorven echtgenoot. Alles wat de langstlevende sedert dien tijd had verkregen, was dan zijn bijzonder eigendom gebleven.

De gecontinueerde gemeenschap omvatte »tous les

à la connaissance du survivant. La fraude parait surtout constante, lorsque depuis la mort ou pendant la dernière maladie du prédécédé les effets omis dans l'inventaire ont été par le survivant détournés du lieu où ils étaient et portés hors de la maison ou cachés dans quelque endroit.” *Merlin*, t. a. p.

1) »Ils y peuvent renoncer, soit expressément en le déclarant au bas de l'inventaire ou par quelque autre acte, soit tacitement par quelque fait, qui renferme la volonté d'y renoncer.” *Pothier*, t. a. p. 880.

biens meubles et conquêts immeubles du survivant." De eigendom der onroerende goederen bleef dus daarbuiten, omdat volgens Pothier 1) »les conquêts de la communauté, devenus par la mort du prédécédé des propres naissants des enfans, pour la moitié à laquelle ils succèdent, il n'était pas convenable, que le survivant eût le pouvoir d'en disposer et de les aliéner pour cette moitié, comme il l'aurait, s'ils étaient des effets de la continuation de communauté." Merlin zegt, dat dit door de jurisprudentie was ingevoerd, wat bevestigd wordt door een arrest, in den vorm van een reglement (10 Juli 1627), door het Parlement van Parijs gegeven 2). Maar ook alleen, wat de langstlevende van dien aard verkreeg, zooals het artikel duidelijk zegt: »du survivant" 3), valt in de gemeenschap. Wat de kinderen later verkrijgen, valt er buiten, zoodat zij alleen hun aandeel in de nalatenschap van den eerstgestorven echtgenoot een deel van de gecontinueerde gemeenschap doen uitmaken 4). Verder kwam alles, wat op het oogenblik van het overlijden tot den gemeenen

1) *Pothier*, t. a. p. 820.

2) *Merlin*, t. a. p. 2.

3) »Le fondement de cette maxime est, que la continuation de communauté est, vis a vis du survivant, censée être la même communauté, qui était entre les conjoints." *Pothier*, t. a. p. 824.

4) »La coutume par l'article 240 donne bien aux enfans le droit de demander continuation de communauté au survivant, dans les meubles et conquêts, qu'il se trouvera avoir. Elle dit: »Les enfans pourront, si bon leur semble, demander communauté en tous les biens meubles et conquêts immeubles du survivant mais elle ne dit pas, que le survivant pourra demander communauté en cequi auront les enfans." *Pothier*, t. a. p. 829.

boedel behoorde, in de gecontinueerde gemeenschap, zoo baten als lasten. De verdere lasten dier gemeenschap bestonden in de schulden, die uit het beheer daarvan voortvloeiden, en het onderhoud van den langstlevende en zijne kinderen. Het beheer over de goederen was meer beperkt dan tijdens het bestaan der huwelijksgemeenschap, want zij behoorden voor de helft aan de minderjarigen. De langstlevende had hierin de macht van een bewindvoerder cum libera, d. w. z. hij was van zijn beheer geene verantwoording schuldig 1).

De gecontinueerde gemeenschap vangt aan, wanneer al de vereischten aanwezig zijn, terstond na de ontbinding der huwelijksgemeenschap, en blijft bestaan totdat de inventaris is opgemaakt. Naar de coutume van Orleans werd, om haar te doen eindigen, geen volledige inventaris vereischt, maar was elke andere acte genoeg, mits de partijen er maar genoeg mede namen. Ook eene menigte andere coutumes eischten voor het einde der gemeenschap »inventaire ou partage ou chose équipollente.” De coutume de Paris hield echter streng vast aan den volledigen inventaris.

Het aangaan van een tweede huwelijk deed ook den nieuwen echtgenoot aandeel krijgen aan de gecontinueerde gemeenschap, wat tot uiterst vele moeilijkheden aanleiding gaf 2). Dit was de zoogenaamde continuation de communauté composée ou tripartite. De talrijke processen, waartoe zij leidde, waren de hoofdoorzaak, waarom bij de samenstelling van den Code Napoléon de geheele gecontinueerde gemeenschap werd afgeschaft.

1) *Pothier*, t. a. p. 853.

2) *Pothier*, t. a. p. 908—942.

Vele der strijdvragen, waartoe deze, vooral in tweede huwelijk, aanleiding gaf, vindt men bij Merlin, Pothier en andere schrijvers over dit onderwerp behandeld; de vermelding daarvan is echter onnoodig, omdat die vragen in nauw verband staan met de toenmalige oudfransche toestanden.

Het bovenstaande moge genoegzaam zijn ter verkrijging van eenig denkbeeld van de werking der gecontinueerde gemeenschap, volgens de coutume de Paris. Slechts eene enkele vraag worde hier nog vermeld, nl. de ook voor ons recht belangrijke, of de gecontinueerde gemeenschap eene voortzetting der huwelijksgemeenschap, dan wel eene geheel nieuwe gemeenschap is.

De Laurière had het laatste beweerd, omdat, volgens den regel: »morte socii solvitur societas”, de huwelijksgemeenschap met den dood van een der echtgenooten een einde genomen had. Art. 240 der coutume de Paris beschouwde hij als een overblijfsel van het oude droit coutumier, »qui faisait résulter une communauté entre proches de la cohabitation et du mélange des biens.” Men noemde dat continuation de communauté, omdat de nieuwe gemeenschap die der echtgenooten opvolgde continuo et nullo interposito intervallo. Daarenboven droeg deze gecontinueerde gemeenschap een geheel nieuw karakter; zij bestond niet uit dezelfde bestanddeelen, daar wat den langstlevende aankwam in de nieuwe gemeenschap viel, maar wat door de kinderen verkregen werd, er buiten bleef, en over de goederen der gemeenschap een veel beperkter beheer werd gevoerd, dan toen de beide echtgenooten nog leefden.

Pothier 1) trachtte deze redeneering te ontzenuwen. Ten aanzien van den boven aangehaalden Romeinschen rechtsregel, verwees hij naar de Lex 59 D pro socio, die zelve eene uitzondering kent »à l'égard de la société, qui se contractait pour la ferme des impôts publics, laquelle passait aux heritiers des fermiers associés, qui mouraient pendant le cours de la société, lorsqu'on en était convenu." Vervolgens beriep hij zich op de woorden van art. 241 »et pour la dissolution de communauté faut, que ledit inventaire soit fait et parfait et à faute de ce faire par le survivant, est communauté continuée," zoodat, zolang de inventaris niet was opgemaakt, ook de huwelijksgemeenschap nog niet ontbonden was. En ten slotte meende hij door een voorbeeld te kunnen aantonen, dat de gecontinueerde gemeenschap, hoewel op geheel andere beginselen gevestigd, toch was en bleef eene voortzetting der huwelijksgemeenschap: — »lorsque deux associés, au bout d'un certain temps, conviennent entre eux que l'un d'entre eux n'aura pas à l'avenir le même pouvoir, qu'il avait, et que certaines choses, qui y entraient, n'y entreraient pas à l'avenir, quoique leur société continue sous des modifications, qu'ils y ont apportées par leur convention, elle n'en est pas moins la même société."

In de aanhaling der Lex 59 pro socio waren beide rechtsgeleerden niet gelukkig. Er bestaat toch te groot onderscheid tusschen maatschap en huwelijksgemeenschap, dan dat de begrippen van het eene instituut op het andere zouden mogen worden toegepast.

1) *Pothier*, t. a. p. 772.

De verwarring wordt te grooter, omdat de Romeinen, zooals reeds is opgemerkt, geene huwelijksgemeenschap kenden. De door Pothier aangehaalde woorden van art. 241 bewijzen evenmin iets; art. 240 zegt toch zoo duidelijk mogelijk, dat, bij gebreke van inventaris, »l'enfant ou enfans survivants peuvent, si bon leur semble, demander communauté en tous les biens meubles et conquêts immeubles du survivant,» onverschillig welke beperkte huwelijksgemeenschap tusschen de echtgenooten ook bestaan hebbe, zoodat aan *continuatie* van huwelijksgemeenschap niet te denken valt. Wat toch is er gebeurd? De langstlevende heeft verzuimd inventaris te maken, en door zijn toedoen het aandeel, dat de minderjarigen in den gemeenen boedel hadden, vermengd met het gedeelte, waarvan hij eigenaar is. Uit die vermenging is de gemeenschap ontstaan, niet door toestemming van partijen maar door de nalatigheid van den langstlevende. Om te weten of de gecontinueerde gemeenschap inderdaad is eene voortzetting van huwelijksgemeenschap moeten haar grondslag en hare gevolgen nauwkeurig worden onderzocht. En wanneer dit geschiedt, slaat de schaal zeer ten gunste van de Laurière over, en blijkt het duidelijk, dat zoowel feitelijk als juridisch eene nieuwe gemeenschap is ontstaan. De huwelijksgemeenschap vond haren oorsprong in het huwelijk en in het bestaan der echtgenooten; hier is het huwelijk door den dood van een der echtgenooten ontbonden, en is alleen de langstlevende met zijne minderjarige kinderen overgebleven. De huwelijksgemeenschap was gegrond op *consensus*, de gecontinueerde is eene *poena*. Zoo kent deze laatste andere baten en lasten, en een geheel ander beheer,

dan de ware huwelijksgemeenschap. Eindelijk wordt zij op geheel andere wijze onthonden, nl. door inventaris, wat bij huwelijksgemeenschap onmogelijk is. Wat is er dan overgebleven, om het voorbeeld van Pothier eenigen schijn van waarheid te geven? Niets. Uit het geheele systeem der gecontinueerde gemeenschap tot in zijne geringste onderdeelen, is geen spoor van huwelijksgemeenschap meer te ontdekken, en daarom mist dus het bestreden stelsel allen grond.

De Code Napoléon schafte, in artikel 1442, uitdrukkelijk de gecontinueerde gemeenschap af. De redenen, waarom men haar niet langer wenschte te behouden, werden achtereenvolgens in de vergaderingen van den Staatsraad, van het Wetgevend Lichaam en van het Tribunaat te kennen gegeven.

Toen bovengenoemd artikel (art. 56 du projet de la loi sur le contrat de mariage) in den Staatsraad ter sprake kwam 1), noemde Tronchet de gecontinueerde gemeenschap »un remède inutile et même dangereux, parce qu'il était la source de procès innombrables." De tallooze verwikkelingen, die de wettelijke voortzetting der gemeenschap medebracht, vooral waar de langstlevende tot een tweede huwelijk overging, noodzaakten velen in den regel, om haar te laten varen, en zoo was de inventaris »par commune renommée" algemeene regel geworden. Bovendien, merkte Regnaud op, was de toeziende voogd »solidairement tenu avec l'époux survivant de toutes les condamnations, qui peuvent être prononcées au profit des mineurs," en zou hij dus den langstlevende wel dwingen tot het opmaken

1) Zitting van 13 Vendémiaire, an 12 (6 October 1803).

eener boedelbeschrijving. Dus waren de aansprakelijkheid van den toezienden voogd en het verlies van vruchtgenot genoeg waarborgen, dat de belangen der minderjarigen niet zouden worden benadeeld. Cambacères beweerde, dat de waarborg, in den toezienden voogd gelegen, kon falen, wanneer deze b. v. ongegoed ware. Daarom verlangden hij en Cretet, dat de openbare macht het recht zou hebben om de inventarisatie te doen plaats hebben.

Hiertegen merkte Treilhard op, dat zulks niet altijd geschieden kon, omdat in kleine boedels de geheele nalatenschap door de kosten der inventarisatie zou worden verslonden; dat in het voorgestelde artikel genoeg waarborgen voor de minderjarigen waren gelegen en dat ongegoedheid van den toezienden voogd, zoowel als van den langstlevende, verdere waarborgen nutteloos maakten 1).

Op dezelfde gronden betoogde Berlier, in de zitting van het Wetgevend Lichaam van 10 Pluiose, an 12 (31 Januari, 1804), het nut van de afschaffing der gecontinueerde gemeenschap, en besloot met deze woorden: »Tant d'embarras ne doivent point renaître, quand on a d'ailleurs un moyen simple et facile d'atteindre le but qu'on se propose. De quoi s'agit il en effet? de veiller à la conservation des droits, qui appartiennent aux enfants du mariage, mais de deux choses l'une: ou ils sont majeurs, ou ils ne sont plus; s'ils sont majeurs et qu'ils ne provoquent point l'inventaire, ils partagent la faute de l'époux survivant; s'ils sont mineurs, leur subrogé tuteur, qui aura négligé de faire

1) *Loché, Legislation Civile*, III. 358.

procéder à l'inventaire, en deviendra personnellement responsable envers eux, et l'époux survivant perdra de plus les droits, que la loi lui accordait sur les revenus de ses enfants, etc." 1). In gelijken zin sprak eenige dagen later Duveyrier, in de zitting van het Tribunaat van 19 Pluiose, an 12 (9 Februari 1804), en waarschuwde tegen het behoud der gecontinueerde gemeenschap, en »cette foule incalculable de questions, de controverses et de procès, qui malgré la précision des textes contumiers infectaient nos traités, nos écoles et nos tribunaux." Het doel, dat men met de samenstelling van den Code beoogde, was juist omgekeerd, »d'exterminer, s'il est possible, la controverse et la chicane" 2).

Op deze en andere gronden werd dus de gecontinueerde gemeenschap in Frankrijk afgeschaft, en kwam art. 1442 in den Code, luidende als volgt:

»Le défaut d'inventaire après la mort naturelle ou civile de l'un des époux ne donne pas lieu à la continuation de la communauté, sauf les poursuites des parties intéressées relativement à la consistance des biens et effets communs, dont la preuve pourra être faite tant par titres que par commune renommée,

S'il y a des enfants mineurs, le défaut d'inventaire fait perdre en outre à l'époux survivant la jouissance de leurs revenus; et le subrogé tuteur, qui ne l'a point obligé à faire inventaire, est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations, qui peuvent être prononcées au profit des mineurs."

1) *Loché*, t. a. p. 392.

2) *Loché*, t. a. p. 422.

Bij eene nadere beschouwing van dit artikel, valt het terstond in het oog, dat de woorden »ou civile'' gerust daaruit kunnen worden geschrapt, omdat de burgerlijke dood in Frankrijk is afgeschaft bij de wet van 31 December 1854. Wanneer derhalve door den natuurlijken dood van een der echtgenooten de huwelijksgemeenschap is ontbonden, moet de langstlevende een inventaris opmaken, onverschillig of er minder- dan wel meerderjarige kinderen zijn nagelaten.

In navolging der coutume de Paris, herinnert de wetgever hier den langstlevende uitdrukkelijk aan zijne verplichting tot het opmaken eener boedelbeschrijving. Het behoeft toch niet opgemerkt te worden, dat elke andere ontbinding van het huwelijk daartoe evenzeer aanleiding geeft, want slechts door een' volledigen inventaris kan de toestand des boedels worden aangetoond.

Wanneer nu de langstlevende niet heeft voldaan aan die verplichting, dan hebben de partics interessées het recht om te bewijzen, dat de tot de gemeenschap behorende goederen aanwezig waren op het oogenblik van het overlijden, en dit »tant par titres que par commune renommée.'' Toullier 1) beweert, dat met »partics interessées'' alleen minderjarige kinderen worden bedoeld, omdat ook met hen alleen vroeger de gecontinueerde gemeenschap bestond. De bedoeling des wetgevers is zoo beperkt niet. Immers verklaarde Berlier, in de zitting van het Wetgevend Lichaam: »dans tous les cas la preuve par commune renommée sera

1) *Toullier, Le droit civil Français, XIII. 8.*

admise," wat later door Duveyrier voor het tribunaat werd bevestigd met de woorden: »pour la conservation de tous les intérêts, l'article 1442 autorise les parties intéressées sans distinction." Verder kan het beroep van Toullier op de oude coutumes niet zwaar wegen, wanneer men bedenkt, dat de coutume van Orleans b. v. ten opzichte van de gecontinueerde gemeenschap geen onderscheid maakte tusschen meerder- of minderjarigheid van de kinderen.

Onder »la preuve par la commune renommée is begrepen »la preuve par temoins" 1) Bij deze soort van bewijs moeten anders de getuigen een bepaald feit constateeren, en behoeft de rechter niet op individueele meeningen te letten. Hier echter is dit wel het geval, en moet de rechter ook in aanmerking nemen »des opinions, des ouïdire, des croyances, qui sont plutôt le sentiment d'autrui, qu'un sentiment personnel" 2).

Door het niet tijdig opmaken van den inventaris verliest de langstlevende daarenboven het vruchtgenot van de goederen zijner minderjarige kinderen. Het artikel spreekt imperatief: »Le défaut d'inventaire *fait* perdre, niet *pourra* perdre." Het verlies van vruchtgenot bestaat dus van rechtswege, en daartoe is geen vonnis noodig. Toullier beweert nog, dat de langstlevende het vruchtgenot niet verliest van die goederen, welke de kinderen ver-

1) »Il nous semble, qu'il n'y a plus de danger de l'admettre pour l'article 1442 que pour l'article 1415, que ce n'est point à dessein, que le législateur n'en parle pas dans l'article 1442; et que si la preuve par commune renommée est permise, on doit dire que à fortiori la preuve testimoniale doit l'être etc.. *Bellet*, Traité du contrat de mariage, II. 81.

2) *Troplong*, du contrat de mariage, etc. II. 1285.

krijgen na de ontbinding der huwelijksgemeenschap. »C'est des revenus des biens présents, qu'il parle, car le survivant ne peut perdre les revenus des biens, qui n'existent pas encore" 1). Artikel 1442 maakt wederom dit onderscheid niet, en voor het verlies van vruchtgenot behoeft derhalve niet onderzocht te worden, op welk tijdstip de minderjarigen in het bezit der goederen zijn gekomen.

Binnen welken tijd de inventaris moet worden opgemaakt, zegt het artikel niet. In analogie met hetgeen de Coutume de Paris bepaalde, en met artt. 794, 795 en 1456 C. N., wordt ook hier daarvoor een termijn van drie maanden gegeven. Een later opgemaakte inventaris maakte in het oude recht steeds een einde aan de gecontinueerde gemeenschap, omdat »nemo tenetur invitus remanere in societate", maar onder de werking van den C. C. doet hij het vruchtgenot niet herleven. »Defecta semel conditio non restauratur."

De inventaris moet zoo nauwkeurig mogelijk en door een' Notaris worden opgemaakt. De tegenwoordigheid van den légitime condradicteur is wederom een vereischte. Dat is de toezicende voogd, die den langstlevende tot het opmaken van den inventaris moet noodzaken. Het artikel telt hem solidair verantwoordelijk voor alle nadeelen, die de minderjarigen in dit opzicht kunnen lijden. — Het tijdstip zijner benoeming 2) doet niets af tot die verantwoordelijkheid.

1) *Toullier*, t. a. p. 10.

2) *Troplong*, t. a. p. 1288.

IV.

DE GECONTINUEERDE GEMEENSCHAP, VOLGENS DE NIEUWE WETGEVING.

Den 2^{den} December 1813 aanvaardde Willem I de souvereiniteit van Nederland, met de belofte, om door eene wijze constitutie de vrijheid van het Nederlandsche volk tegen volgende mogelijke misbruiken te verzekeren. Die constitutie kwam in het volgende jaar tot stand, en artikel 100 daarvan beval onder meer de invoering van een algemeen wetboek van Burgerlijk recht 1). Uit de commissie, die benoemd was tot samenstelling der verschillende wetboeken, door de Grondwet gevorderd, werd wederom eene subcommissie gekozen, die zich belastte met het ontwerpen van een Burgerlijk Wetboek. Deze subcommissie bestond uit de heeren van Wesele Scholten, die zich reeds bij de samenstelling van het Wetboek Lodewijk Napoleon verdienstelijk gemaakt had, Moorrees en Westenberg, met toevoeging van den Heer Kemper.

Zeer spoedig bleek het, dat het ontwerp dezer subcommissie niet veel meer bevatte dan eene herziening

1) Willem I werd den 16^{den} Maart 1815 tot koning der Nederlanden uitgeroepen, en in artikel 163 der Grondwet van datzelfde jaar werd wederom het nieuwe Wetboek toegezegd.

van het Wetboek Lodewijk Napoleon, en aangezien vele leden een oorspronkelijk wetboek verlangden, besloot men, toen de andere wetboeken gereed waren, aan den Souvereinen vorst voor het Burgerlijk Wetboek nog eenig uitstel te vragen. Dat uitstel werd gegeven bij besluit van 13 November 1814, »in het vertrouwen, dat eene verlengde deliberatie over het Burgerlijk Wetboek strekken zal, om hetzelfde, door eene juiste overeenstemming met de Nederlandsche zeden en gebruiken, een' hooger trap van nuttigheid en volkomenheid te geven, en te doen uitblinken door die oorspronkelijke regtskennis, welke te allen tijde in deze gewesten heeft gebloeid.»

De vervaardiging van een oorspronkelijk Nederlandsch Wetboek bleek dus ook het verlangen van den Souvereinen vorst te zijn. Om hieraan zoo spoedig mogelijk te voldoen, ontwierp Kemper eene schets, die tot grondslag voor het Burgerlijk Wetboek zou dienen. De andere commissieleden waren van een tegenovergesteld gevoelen en achtten de samenstelling van zulk een wetboek ondoenlijk. Kemper richtte eene missive aan den Koning om dit geschil te beslissen, daarin te kennen gevende, dat hij de natie een' onaangenamen indruk en zich zelve de schande wilde besparen, van in het vaderland van de Groot, Bynkershoek, Noodt en Schulting een vreemd model tot richtsnoer te hebben aangenomen.

Nogmaals gaf de Souvereine vorst daarop den wensch te kennen, om een oorspronkelijk Nederlandsch werk uit de handen der commissie te ontvangen, en naar aanleiding van bovengemelde schets werd daarop aan de heeren Kemper, Reuvens en Bijleveld het ontwerpen van een Burgerlijk Wetboek opgedragen. Dit geschiedde, en

den 5den Maart 1816 bood de commissie haar ontwerp den Koning aan.

In dit ontwerp, van 1816, handelde de derde afdeeling van den vijfden titel van het eerste boek »van de voortdoring der gemeenschap van goederen na den dood.» Hieruit blijkt, dat de wetgever in dit opzicht, even als met betrekking tot de invoering eener algeheele gemeenschap van rechtswege tusschen echtgenooten, van het fransche recht is afgeweken, en tot de beginselen van het oud Hollandsch recht is teruggekeerd.

Art. 261 van het ontwerp luidt:

»Wanneer een weduwnaar of eene weduwe, minderjarige of meerderjarige kinderen of verdere afkomelingen hebbende, in den gemeenen boedel blijft zitten, zonder met dezelve kinderen te scheiden en zonder binnen den tijd van zes maanden na het overlijden van den eerststervenden inventaris te hebben gemaakt, blijft de gemeenschap van goederen, tusschen den weduwnaar of de weduwe ter eenre en de kinderen of andere afkomelingen ter andere zijde, stilzwijgend voortduren.»

Dit artikel regelt dus de gecontinueerde gemeenschap tusschen den langstlevende en zijne kinderen of kleinkinderen. Wat betreft de gecontinueerde gemeenschap tusschen den langstlevende en hen, die tot erfgenamen zijn gesteld in de helft of eenig ander gedeelte van hetgeen de langstlevende onverteerd en onvervreemd zal nalaten, deze kan wederom buiten beschouwing blijven. Alleen zij opgemerkt, dat artt. 270 en 271 van het ontwerp bijna gelijkloidend waren met art. 196 al. 4 en 5 van het wetboek Lodewijk Napoleon.

De tijdruimte voor het opmaken van den inventaris, na de ontbinding der gemeenschap door het overlijden der echt-

genooten, is bepaald op zes maanden. Heeft de langstlevende binnen dien tijd een inventaris van den gemeenen boedel opgemaakt, dan is bij de ontbinding des huwelijks de huwelijksgemeenschap geëindigd en in een gemeenen boedel overgegaan, terwijl de gecontinueerde gemeenschap is afgesneden (art. 263).

Het opmaken van dien inventaris schijnt, volgens artikel 261, volstrekt niet verplichtend, en steeds aan de keuze van den langstlevende overgelaten. Toch is de langstlevende daar wel degelijk toe verplicht in het geval, dat hij of zij in 't geheel geen voogdij uitoefent, of niet de eenige voogd of voogdesse is. Er heeft dan wel geene verzegeling plaats, maar de voogden zijn verplicht van den overgebleven vader of moeder »te vorderen staat en inventaris des boedels bij den overledene ontruimd en nagelaten» (art. 715). Hieraan moet binnen twee maanden worden voldaan, tenzij die tijd om gewichtige redenen is verlengd, terwijl de langstlevende onderworpen is aan de bepalingen omtrent voogden, die in gebreke blijven aan hunne verplichtingen te voldoen (art. 719).

Maar aan den anderen kant zegt art. 724 : »Wanneer een weduwnaar of weduwe, in gemeenschap van goederen getrouwd geweest of door den eerstoverleden echtgenoot tot medeërfgenaam aangesteld zijnde, tot eenigen voogd of voogdesse over de goederen van hunne minderjarige kinderen is benoemd, is deze niet gehouden eenen staat en inventaris des boedels op te maken, maar kan in den gemeenen boedel als boedelhouder of boedelhouderesse blijven zitten, enz. enz.» Alleen dus in dat geval stond het opmaken der inventaris ter keuze van den langstlevende.

Er werd onderscheid gemaakt tusschen den weduwnaar of weduwe, die de voogdij uitoefende en die het niet deed, omdat de vooroverleden echtgenoot of weeskamer, die de voogdij aldus regelde, vertrouwen toonde te stellen in het beheer van den langstlevende over de goederen zijner kinderen, en hem aldus gunstiger wilde beoordeeld zien.

Dat men omtrent de regeling der gecontinueerde gemeenschap in het Ontwerp van 1816 wederom geheel tot de beginselen van het oudvaderlandsche recht was teruggekeerd, blijkt ook hieruit, dat de gecontinueerde gemeenschap niet alleen bestond met minderjarige kinderen maar ook met meerderjarige en nakomelingen. Allen hebben het recht »om opening te vragen van de gesteldheid des boedels, zooals die was ten tijde van het overlijden des eerstgestorven echtgenoots en zooals die is of was ten tijde, dat de gemeenschap later zou hebben opgehouden; zij mogen vervolgens kiezen, of zij al dan niet met de voortduring der gemeenschap willen genoegen nemen.” Blijkt het dus, dat de gecontinueerde gemeenschap ten hunnen nadeele heeft gestrekt, dan kunnen zij die verwerpen en handelen alsof er volstrekt geene gecontinueerde gemeenschap bestaan had. Zij kunnen echter niet gedeeltelijk aannemen, gedeeltelijk laten varen. Tusschen een van beiden moeten zij eene keuze doen (art. 267).

In dit alles vindt men geheel het denkbeeld der hiervoor aangehaalde costumen terug, waarbij de weduwnaar of weduwe door de kinderen kon worden genoodzaakt tot het opmaken eener tweeledige boedelbeschrijving, nl. eene van den boedel, zooals die was tijdens het overlijden van den eerstgestorven echtgenoot, en eene

van den boedel, zooals die blijkt te zijn bij het opmaken van den inventaris. Het recht van keuze is persoonlijk, en gaat slechts op andere erfgenamen over, wanneer de gecontinueerde gemeenschap reeds geëindigd is door inventaris, scheiding of vertichting. Overigens wordt ten hunnen opzichte de huwelijksgemeenschap voor goed gerekend geëindigd te zijn, zonder over te gaan in eene gecontinueerde gemeenschap met den dood van den eerstgestorven echtgenoot (art. 268).

Mr. Donker Curtius schreef later op het hiermede gelijklopende artikel 262 van het Ontwerp van 1820 eene »vrijmoedige bedenking,» toen hij alle commentatoren uitnoodigde, om van dit artikel eene gezonde uitlegging te geven. »Maar hoe nu,» zegt hij, »de erven der kinderen en afkomelingen zullen geen recht tot die keuze hebben, dan alleen, wanneer de voortdoring der gemeenschap reeds ophoudt! Zij zullen dus geen regt van keuze hebben, om in de gecontinueerde gemeenschap al of niet te deelen, dan nadat er geene gemeenschap meer bestaat. Hier betuig ik niets meer te verstaan noch te begrijpen, etc. etc.» 1).

Het valt echter niet moeielijk om van art. 268, geheel in aansluiting met het vorige artikel, eene gezonde uitlegging te geven; deze nl., dat wanneer door inventaris, scheiding of vertichting de gecontinueerde gemeenschap rechtens een einde genomen heeft, dan desnietteenstaande aan de erfgenamen het recht overblijft, hetwelk de wet aan de kinderen en afkomelingen toekent; dat recht bestaat in het vragen van een twee-

1) *Donker Curtius, Vrijmoedige aanmerkingen op het ontwerp van Burgerlijk Wetboek, 113.*

ledigen inventaris, zooals boven is gezegd, en het doen eener keuze tusschen den boedel, zooals die thans is, of zooals die was ten tijde van het overlijden van den eerstgestorven echtgenoot. Zoo schreef ook Mr. (v. Hamelsveld) in zijne »Vergelijking van het ontwerp van het Burgerlijk Wetboek met ons vroeger recht:» (bl.197). »Het is naar mijn oordeel, niet het recht om hetgeen reeds niet meer bestaat te kiezen, maar of zij (de erfgenamen nl.) met hetgeen gebeurd mocht zijn, nadat de gemeenschap jure was opgehouden, tevreden zijn, en de scheiding en verdeeling, opgemaakt naar den staat, waarin zich de boedel bevond op het oogenblik, dat de voortgezette gemeenschap ophield, aannemen, dan of zij de scheiding en verdeeling, opgemaakt naar den staat, waarin de boedel was op het oogenblik van het afsterven, begeeren.»

De gecontinueerde gemeenschap omvat, volgens het Ontwerp van 1816, alles, wat staande huwelijk in de gemeenschap viel. Opdat echter de langstlevende daaruit geen voordeel trekke ten nadeele der kinderen, bepaalt art. 262 tevens, dat daarvan zijn uitgezonderd »de erfennissen, legaten en schenkingen, den kinderen aankomende, en voorts alle voordeelen en nadeelen, welke denzelfden buiten den gemeenen boedel aankomen, nadat zij uit de ouderlijke macht ontslagen zijn.»

De gecontinueerde gemeenschap eindigt:

- 1° zoodra de inventaris is opgemaakt, hetzij de scheiding daarop al of niet gevolgd is;
- 2° door het overlijden van den overgebleven echtgenoot;
- 3° door de vertichting. Dit heeft plaats, wanneer de langstlevende echtgenoot, die als boedelhouder of boedelhoudster in den gemeenen boedel is blijven zitten,

een tweede huwelijk wil aangaan. In dit geval zijn de deelvoogden niet genoodzaakt eenen volledigen inventaris te vorderen, maar, na summiere opening van de gesteldheid des boedels, zal de afrekening en het bewijs ten hunnen genoegen mogen gedaan worden, »bij wijze van vertichting of transactie, zoodat ten behoeve van de kinderen eene zekere som gelds of een zeker stuk goed of zekere effecten voor en in plaats van het vaderlijke of moederlijke erfdeel worden aangewezen» (art. 402, 405, 728). Eene dergelijke vertichting zonder inventaris hangt echter geheel van de goedkeuring der voogden af, want artikel 729 geeft hun het recht, om »alvorens in de voorgestelde vertichting toe te stemmen, te vorderen, dat eene behoorlijke en formeele staat en inventaris des boedels wordt gemaakt enz.».

De weduwe, die een tweede huwelijk aangaat, verliest de voogdij (art. 404, 727) doch de weduwnaar, behoudt haar (art. 401, 726). Was hij echter in 't geheel geen voogd of niet de eenige, dan is het doen van vertichting niet genoeg, maar hij moet voor het aangaan van een tweede huwelijk een' behoorlijken inventaris maken, en met de deelvoogden formeele afrekening en scheiding doen (art. 403). Hetzelfde heeft plaats, wanneer de weduwe geene voogdesse of niet de eenige is. Dan moet het geheele bestuur der vaderlijke goederen aan de voogden worden overgelaten (art. 406).

Aldus was de gecontinueerde gemeenschap in het ontwerp geregeld. Op dezelfde wijze had die plaats, wanneer tijdens het leven der echtgenooten gemeenschap van winst en verlies had bestaan. Na de ontbinding der gemeenschap van vruchten en inkomsten was er echter geene gecontinueerde gemeenschap (art. 334—336).

Intusschen was door de vereeniging van ons land met België het koninkrijk der Nederlanden tot stand gekomen. Willem I werd als koning gehuldigd, en eene nieuwe constitutie afgekondigd, waarvan artikel 163 letterlijk gelijklopende was met artikel 100 der Grondwet van 1814. Terecht begreep de koning, dat, met betrekking tot de aanstaande wetgeving, de belangen der Zuid-Nederlanders niet mochten worden voorbijgezien, en stelde daarom het ontwerp van 1816 in handen eener commissie, bestaande uit drie Belgische rechtsgeleerden. Kemper en Reuvens werden aangewezen om hun de noodige inlichtingen te verschaffen. Hoe de eerste deze commissie beschouwde, moge daaruit blijken, dat hij, op het punt van naar Brussel te vertrekken, tegen een zijner vrienden zeide: »ik ga vierduizend theses tegen de Belgen verdedigen!»

De commissie gaf nog den 31^{sten} December haar verslag, waarin een zeer ongunstig oordeel over het ontwerp werd geveld. Over het algemeen achtte men eene bloote herziening van den Code Napoléon veel wenschelijker. Kemper beantwoordde dit verslag in eene zeer uitvoerige memorie aan den koning, waarin hij zijn ontwerp met warmte verdedigde en er rond voor uitkwam: »que le véritable motif (quoiqu'on ait eu la précaution de ne pas s'en expliquer ouvertement) par lequel tant de gens s'intéressent au maintien de la législation actuelle, est fondée sur l'idée de la possibilité et même pour quelques-uns de la probabilité d'être un jour réunis de nouveau à la France.»

Het geschil werd ten voordeele van Kemper beslist, en in de maand Augustus van 1817 werd het ontwerp met de daarop gemaakte aanmerkingen der Belgische

commissie en het antwoord van Kemper aan den Raad van State gezonden, onder bepaling, dat alleen dit ontwerp den grondslag der discussie zou uitmaken. Wederom werd Kemper benoemd om daaraan deel te nemen, terwijl de staatsraad Lammens daarbij de Belgische commissie vertegenwoordigde. Nadat eerst eenige vraagpunten over de voornaamste beginselen van recht en wetgeving (ten getale van 57) door den Koning en verschillende leden van den Raad van State voorgesteld, waren beslist, werd eene commissie van redactie benoemd, om naar aanleiding hiervan het ontwerp op nieuw te redigeeren. De beraadslagingen over deze redactie liepen spoedig ten einde, zoodat in November 1819 de eerste elf titels aan de Tweede Kamer konden worden ingediend 1). Uit het verslag der centrale afdeeling bleek echter, dat de commissie, die benoemd was, om deze titels te onderzoeken, hiertoe niet kon overgaan, alvorens het geheele ontwerp in handen te hebben. De regeering verklaarde zich bereid aan dezen wensch te voldoen, en daarop, had den 22^{sten} November 1820, de indiening van het geheele Burgerlijk Wetboek plaats 2). Daarom wordt dit ontwerp ter onderscheiding van het vorige, het ontwerp van 1820 genaamd.

In dit Ontwerp vindt men voor een groot gedeelte dezelfde beginselen terug, als in het Ontwerp van 1816, maar toch waren door toedoen der Belgische Commissie ook vele bepalingen uit den Code Napoléon daarin op-

1) Zie de belangrijke aanspraak, bij die gelegenheid gehouden door den Minister van Justitie van Maanen, in de *Staatscourant* van 20 November, 1819 (n^o. 274).

2) Zie *Staatscourant* van 28 November, 1820 (n^o. 282).

genomen. Zoo kent het Ontwerp van 1820 twee hoofdsoorten van huwelijksgemeenschap, nl. de *onbepaalde*, gelijk aan onze algeheele gemeenschap van goederen, en de *bepaalde*, overeenkomende met die van den Code Napoléon. Beide worden ontbonden door den dood van een der echtgenooten. Daarna is de langstlevende verplicht, om binnen twee maanden een inventaris van den gemeenen boedel op te maken. Doet hij dit niet, dan zijn de gevolgen verschillend, naarmate de echtgenooten in bepaalde of onbepaalde gemeenschap waren gehuwd. Evenals in den Code Napoléon kent men, na de ontbinding der bepaalde gemeenschap, geene gecontinueerde gemeenschap. Het niet tijdig opmaken van den inventaris heeft voor den langstlevende ongeveer dezelfde gevolgen, als in art. 1442 C. N. zijn omschreven. Artikel 300 van het Ontwerp van 1820 zegt, dat in dit geval de rechten der belanghebbenden op den geheelen omvang en werkelijken stand der gemeene goederen zoowel door schriftelijke titels als door algemeene bekendheid kunnen bewezen worden. Tevens heeft het ontbreken van den inventaris, indien er minderjarige kinderen zijn, voor den langstlevenden echtgenoot het verlies van vruchtgenot ten gevolge.

Niet dezelfde zijn de gevolgen van de ontbinding der onbepaalde gemeenschap, wanneer het huwelijk door den dood van een der echtgenooten is geëindigd. Evenals in het Ontwerp van 1816, kan ook hier nog eene gecontinueerde gemeenschap bestaan (art. 258) tusschen den langstlevenden echtgenoot en zijne meerderjarige of minderjarige kinderen of verdere nakomelingen, wanneer dezen in het geval van art. 261 deze voortdoring der gemeenschap verkiezen.

Art. 261 heeft dit geval aldus omschreven :

»Wanneer een weduwnaar of eene weduwe, minderjarige of meerderjarige kinderen of verdere nakomelingen hebbende, in den gemeenen boedel blijft zitten, zonder met dezelve kinderen te scheiden, en zonder binnen den tijd, bij art. 259 bepaald, inventaris te hebben gemaakt, hebben deze laatsten het recht, om opening te vragen van de gesteldheid des boedels, zooals die was ten tijde van het overlijden des eerstgestorven echtgenoots, of zooals die is of was bij het ophouden der voortgezette gemeenschap. Zij mogen vervolgens kiczén, of zij al of niet met de plaats gehad hebbende voortdoring der gemeenschap willen genoegen nemen.»

In dit artikel heeft men de artikelen 261 en 267 van het Ontwerp van 1816 gecombineerd. Slechts de termijn voor het opmaken van den inventaris is hier van zes tot twee maanden verkort. Op den inventaris moet gebracht worden, wat door de kinderen of afkomelingen van den overleden echtgenoot reeds uit den gemeenen boedel is genoten. (Waar het Ontwerp van 1820 van afkomelingen spreekt, had het geen onderscheid tusschen minder- en meerderjarige kinderen behoeven te maken).

De gecontinueerde gemeenschap was steeds van denzelfden omvang, onverschillig wat tusschen de echtgenooten bestaan had. Art. 365 zegt: »Onder alle de gemeenschappen, welke bij huwelijks-voorwaarden kunnen bedongen worden, kan slechts *de gemeenschap van winst of verlies* na den dood van een der echtgenooten voortduren, en *zulkts op de wijze, zooals dit hier boven omtrent de voortdoring der onbepaalde gemeenschap gezegd is*;

ook de uitzondering in art. 263 voorkomende, daaronder begrepen.

Hieruit blijkt 1^o: dat de gecontinueerde gemeenschap ontstaat na de ontbinding der onbepaalde gemeenschap en der gemeenschap van winst en verlies, en dat, even als in 't Ontwerp van 1816, dit niet het geval is, zoo er tusschen de echtgenooten gemeenschap van vruchten en inkomsten heeft bestaan;

2^o: dat in het Ontwerp van 1820 ook de gecontinueerde gemeenschap niet beschouwd wordt als voortzetting der huwelijksgemeenschap, maar als een eigen rechtsinstituut, dat onveranderlijk hetzelfde karakter en dezelfde inhoud behoudt, onverschillig welke huwelijksgemeenschap ook vroeger tusschen de echtgenooten heeft bestaan. Bestond er gemeenschap van winst en verlies, dan zal toch in de gecontinueerde gemeenschap »de uitzondering in art. 263 voorkomende daaronder begrepen zijn.»

Dat artikel 263 bepaalt:

»Wanneer de voortdurende der gemeenschap gekozen is, komt *alles*, wat *volgens deze afdeeling* staande huwelijk in de gemeenschap valt, (d. i., volgens art. 252, »*alle* goederen en rechten van de echtgenooten, zoo tegenwoordige als toekomstige, ook erfenissen, legaten en schenkingen) in deze voortdurende gemeenschap. — Evenwel komen erfenissen, legaten of schenkingen, welke den kinderen na dien tijd mochten aangekomen zijn enz., nimmer in deze gemeenschap.»

Overigens is alles, omtrent de gecontinueerde gemeenschap, op dezelfde wijze geregeld als in het Ontwerp van 1816.

Men vergelijke daartoe de volgende artikelen:

Ontwerp van 1816.			Ontwerp van 1820.	
Artikel	262	=	Artikel	263
»	263	=	»	264
»	264	=	»	264 ^a
»	265	=	»	264 ^b
»	266	=	»	264 ^c
»	267	=	»	261
»	268—269	=	»	262
»	270—271	=	»	258
»	401	=	»	411
»	402	=	»	412
»	403	=	»	413
»	404	=	»	414
»	405	=	»	415
»	406	=	»	416 (ongeveer)
»	334	=	»	365
»	335	=	»	365
»	724	=	»	673

Evenzoo kent het ontwerp van 1820 de tweede soort van gecontinueerde gemeenschap tusschen den langstlevenden echtgenoot en hen, die tot erfgenamen zijn gesteld in de helft of eenig ander proportioneel gedeelte (wat hier dat *proportioneel* gedeelte beteekent, zegt Donker Curtius, begrijp ik niet; gedeelte was genoeg), van hetgeen de langstlevende onverteerd en onvervreemd zal nalaten (art. 258). Dit boedelhouderschap is nader geregeld in art. 1792 e. v..

*The wil.
en pro parte de
en finis enheid.
niet een pass
ex summa parte
dituki*

Bij de behandeling in de Kamer werd nu echter langzamerhand het geheele systeem der gecontinueerde gemeenschap uit het ontwerp gelicht. Door Belgischen invloed gedreven, scheen men voor goed te willen bre-

ken met de beginselen van het oud Hollandsche recht, en was men verzoend geraakt met de Fransche wetgeving, die reeds negen jaren hier te lande gegolden had. Het wetboek van 1830 zou daarvan een doorlopend bewijs opleveren, ook ten opzichte van dit onderwerp.

Wanneer men de handelingen der Tweede Kamer met betrekking tot het Burgerlijk Wetboek nagaat, dan leest men ongeveer de volgende opmerkingen over de gecontinueerde gemeenschap in de verslagen der afdelingen.

Al aanstonds verlangde de vijfde afdeling, bij de behandeling van art. 261, dat aan den langstlevenden echtgenoot de keuze zou worden ontnomen omtrent het al of niet doen voortduren der gemeenschap, en dat derhalve in het belang der minderjarigen het opmaken van den inventaris altijd verplichtend werd gesteld: »binnen den tijd bij art. 259 voorgeschreven, en onder bedreiging der straf bij art. 300 van het ontwerp (art. 1442 C. N.) bepaald. Dezelfde afdeling wilde later, bij de behandeling van art. 411, de vertichting uit het ontwerp doen verdwijnen, en gaf te kennen: »dat de vader, hetzij hij voogd zij dan niet, moet gehouden zijn tot het maken van inventaris en het doen van scheiding, wanneer hij hertrouwen wil.»

De eerste afdeling was, bij art. 261, van hetzelfde gevoelen, »dat de weduwnaar moest verplicht worden om inventaris te maken en van het vermogen zijner minderjarige kinderen te doen blijken, onafhankelijk van een tweede huwelijk, dat hij zou willen aangaan.

De zesde afdeling, hoezeer de onbepaalde gemeenschap afkeurende, merkte, bij art. 259, op, dat de tijdruimte van twee maanden voor het opmaken van den inventaris veel te kort was. »Beter ware het aan

den rechter overgelaten, om zonder vorm van proces in geval van verschil eenen tijd te bepalen." Ook werd de vraag geopperd, of niet moest worden bepaald, »dat de inventaris notarieel moest zijn, en daarmede een aanvang werd gemaakt, voor een maand was verlopen."

Ten opzichte van de personen, die in gecontinueerde gemeenschap zouden leven, wenschte men, dat dit niet verder werd uitgestrekt dan tot de kinderen uit den eersten echt, daarbij aanmerkende, »dat bij een volgend huwelijk zoodanige gemeenschap, tusschen ouders en kinderen van verschillende bedden, eene onuitsprekelijke bron van twisten wordt, gelijk de ondervinding dit genoegzaam heeft bewezen." In eene andere afdeeling verlangde men voor de »nieuwe gemeenschap" de goedkeuring van den familieraad of van de wettelijke autoriteit, welke goedkeuring verkregen zijnde, zoo behoorde bij de scheiding van den gemeenen boedel gevolgd te worden den staat des boedels, zoo als die zich dan bevindt. De zesde afdeeling verlangde tevens, dat ook de vertichting zou worden goedgekeurd door eene wettelijke autoriteit. Nog vroeg die zelfde afdeeling, of niet eene bepaling moest worden gemaakt voor het geval, wanneer de descendenten en de voogden van gevoelen verschilden, omtrent het al of niet toestemmen in de voortdoring der gemeenschap. De eerste en derde afdeeling erkenden de onbepaalde gemeenschap in 't geheel niet, en wilden van de bepalingen daarover niets weten. Later herhaalde de eerste nog, bij de behandeling van art. 412, dat de gemeenschap nimmer na den dood moet voortduren.

Over het algemeen openbaarde zich in de afdeelingen evenveel sympathie voor de bepaalde gemeenschap, als antipathie tegen de gecontinueerde gemeenschap. De meerderheid van de leden der Tweede Kamer was het hierin met haar volkomen eens. In het kort, men verlangde, ter wille van de Zuid-Nederlanders en wegens den invloed, dien de Code ook reeds hier te lande verkregen had, het geheele systeem van onbepaalde gemeenschap uit het ontwerp gelicht te zien, en betoogde dit op de gronden, daarvoor door de Fransche rechtsgeleerden ontwikkeld.

De Regeering gaf, »wegens de aanmerkingen door de meerderheid van de leden der Tweede Kamer gemaakt,» toe aan den wensch der vergadering, en diende den 4^{den} Januari 1822 eene andere conceptwet in, inhoudende den zesden titel van het Burgerlijk Wetboek »van de wettelijke gemeenschap van goederen en derzelve gevolgen.»

In die conceptwet was de onbepaalde gemeenschap van het Ontwerp van 1820 niet opgenomen, en de bepaalde, die van den C. N., behouden. Ook werd niet meer van gecontinueerde gemeenschap gesproken. Art. 36 luidde: »Na het overlijden van een der echtgenooten is de overblijvende verplicht, om, indien er minderjarige kinderen overblijven, binnen den tijd van drie maanden een inventaris te doen opmaken van de goederen, die de gemeenschap uitmaken» 1).

Uit het verslag der centrale afdeeling bleek, dat eene afdeeling bleef verlangen, »dat in dit artikel

1) Zie *Staatscourant* van den 16 Januarij, 1822, n^o. 14.

mede bepaald worde de straf van hem, die geen inventaris zou hebben doen opmaken."

Op gelijke wijze merkte eene andere afdeeling aan, »dat het goed zou geweest zijn, van nu af aan te bepalen: 1^o onder welke straf het maken van den inventaris is bevolen, en 2^o of het niet maken van den inventaris ten gevolge zal kunnen hebben de voortdoring der gemeenschap" 1).

In de »antwoorden op de aanmerkingen der 1ste en 2de sectie van de Tweede kamer der S. G. opzigtelijk den zesden titel B. W.," vindt men op art. 36 gevraagd: »Waarom bij dit artikel niet bijgevoegd de penaliteit, welke bij art. 1442 des franschen wetbocks bedreigd wordt?" en ten antwoord gegeven: »Daar het nog niet is uitgemaakt, of en in hoeverre de ouders het vruchtgebruik zullen hebben van de goederen hunner kinderen, zoo heeft men zich voorbehouden, om deze of soortgelijke penaliteit te bedreigen in den titel, welke over de vaderlijke macht zal handelen."

Zoo werd artikel 36 letterlijk behouden in het Ontwerp, dat den 28sten Mei met 59 tegen 9 stemmen aangenomen, en den 26sten Juni 1822 tot Wet verheven werd.

Bij de »behandeling der vraagpunten van stellige Wetgeving (betrekkelijk titel XII—XXIV van het eerste boek B. W.)" kwam de kamer weder op dit onderwerp terug. Bij het raadplegen over de 29ste vraag: (»hebben de ouders regt, om datgene voor zich te behouden, hetwelk een minderjarig kind door vlijt en arbeid heeft verworven?") besloot zij, »dat be-

1) *Staatscourant* van 29 Mei, 1822, n^o. 125.

hoorde overgenomen te worden het beginsel, gesteld bij het 1442^{ste} artikel van het Burgerlijk Wetboek (C. N.), behoudens om het ter plaatse uit te drukken, waar zulks noodig zal geoordeeld worden" 1).

Aan dien wensch der kamer werd door de regeering voldaan, bij het voorstellen eener gewijzigde wet op den 15^{den} titel »van de vaderlijke macht," later de wet van 28 Maart, 1823. Art. 18 daarvan luidde: »De langstlevende der echtgenooten, welke mocht verzuimd hebben, om overeenkomstig art. 36 van den titel van de wettelijke gemeenschap van goederen, eenen inventaris te doen opmaken, zal door dat verzuim het vruchtgenot verliezen van al de goederen, welke aan de minderjarige kinderen toebehooren." Toen men naar de reden dier bepaling vroeg, zeide de regeering, dat zij noodzakelijk was, om te zorgen, dat de inventaris zou worden opgemaakt. »Zij is de penale sanctie van art. 36 van den zesden titel" 2).

Het wetboek van Lodewijk Napoleon kende aan de ouders geen vruchtgenot toe van de goederen hunner minderjarige kinderen. In de Ontwerpen van 1816 en 1820 was evenmin eene strafbepaling van dien aard gesteld, omdat daarin het boedelhouderschap onder zekere voorwaarden aan den langstlevende was toegestaan. Bovendien was uitdrukkelijk bepaald, in art. 504 van het Ontwerp van 1816 (art. 502 v. h.

1) Zie *Extract Notulen* der zittingen met gesloten deuren, van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, behelzende den uitslag der raadplegingen over de vraagpunten van stellige wetgeving, betreffende tot Tit. XII—XXIV van het Burg. Wetb. . .

2) Zie *antwoorden op de aanmerkingen der sectiën* van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

O. v. 1820), dat de ouders geenszins het vruchtgebruik van de goederen der kinderen zouden hebben, tenzij hun dit geheel of gedeeltelijk door den rechter was toegestaan, om daaruit beter in het onderhoud en de opvoeding der kinderen te kunnen voorzien.

Art. 36 der Wet van 26 Juni, 1822 en art. 18 der Wet van 28 Maart, 1823 werden, bij het doorlopend plaatsen der nummers, onveranderd als de artikelen 213 en 422 in het Wetboek van 1830 opgenomen.

Bij koninklijk besluit van 5 Juli, 18130 werd bepaald, dat de nieuwe Wet in het volgende jaar in werking zou treden, met klokslag van 12 uren middernacht, tusschen 31 Januari en 1 Februari. De Belgische revolutie echter, die in de maand Augustus van hetzelfde jaar uitbrak, verplichtte den Koning tot het besluit van 5 Januari, 1831, waarbij de invoering voorloopig werd geschorst. Aangezien de geheele scheiding van Nederland en België wel in de toekomst was te voorzien, werd tevens den 24sten Februari daaraanvolgende het besluit genomen tot herziening der wetboeken »in overeenstemming met de belangen der oudNederlandsche provinciën.»

Die herziening werd opgedragen aan de leden der Commissie van redactie der nationale vergadering. Deze Commissie aanvaarde spoedig haren veel omvattenden arbeid, en reeds op den 22sten Februari, 1832 kwamen bij de Kamer negentien Ontwerpen van wet in, houdende wijzigingen van het eerste boek van het Burgerlijk Wetboek 1).

Bij het zevende Ontwerp werd de algeheele ge-

1) Zie Staatscourant van 23 en 24 Februari, 10 April, 8, 22, 24 en 25 Mei, 5, 6 en 7 Juni 1832.

meenschap weder als wettelijke gemeenschap ingevoerd. Men week hierin van het Fransche recht af, omdat het stelsel van den Franschen Code, volgens de memorie van toelichting, »ten eenenmale strijdt met de wetten, zeden en gewoonten van de meeste streken der oud Nederlandsche gewesten.”

Artikel 10 was gelijkkluidend met artikel 213 van het wetboek van 1830. Slechts het woord »overblijvende” was in »langstlevende” en »inventaris” in »boedelbeschrijving” veranderd. Dus luidde het:

»Na het overlijden van een der echtgenooten is de langstlevende verplicht, om, indien er minderjarige kinderen overblijven, binnen den tijd van drie maanden, eene boedelbeschrijving te doen opmaken van de goederen, die de gemeenschap uitmaken” 1). In de Memorie van Toelichting, bij dit ontwerp gevoegd, werd over dit artikel niets gezegd.

Bij de behandeling in de Tweede Kamer, was de derde afdeeling van oordeel: »dat de boedelbeschrijving ook onder de hand kon gedaan worden, doch dat de toeziende voogd altijd daarbij moest zijn; ook vermeende zij, dat de bepaling van dit artikel niets zou uitwerken, zoo op derzelver nakoming geen straf gesteld wordt.”

Zij stelde daarom voor te lezen: »opmaken of doen opmaken met den toezienden voogd”, en voorts bij te voegen: »Bij gebreke daarvan zal de gemeenschap voortduren ten voordeele van den minderjarige, doch nimmer ten nadeele” 2).

1) Zie *Staatscourant*, van 24 Februari, 1832 no. 47.

2) Zie *Voorduin*, Geschiedenis en Beginselen der Nederlandsche wetboeken II. 338, 339.

De regering nam dit over, en zoo werd de gecontinueerde gemeenschap weder als poenale clause in het wetboek opgenomen. De reden, waarom men de bepaling over het verlies van vruchtgenot niet voldoende achtte, is onbekend. Bij de beraadslagingen werd het onderwerp zelfs niet aangeroerd 1).

Art. 9 der Wet van 16 Juni 1832 luidde dus:

»Na het overlijden van een der echtgenooten is de langstlevende verplicht, indien er minderjarige kinderen overblijven, binnen den tijd van drie maanden eene boedelbeschrijving te doen opmaken van de goederen, welke de gemeenschap uitmaken. Die boedelbeschrijving kan onderhands, doch moet in tegenwoordigheid van den toezienden voogd worden opgemaakt. Bij gebreke van zoodanige boedelbeschrijving, duurt de gemeenschap voort ten voordeele van de minderjarigen, doch nimmer ten hunnen nadeele.»

Dit artikel werd, als artikel 182, onveranderd in het Burgerlijk Wetboek opgenomen, en aldus den eersten October 1838 in werking gebracht. Het artikel over het verlies van vruchtgenot (art. 422 van het Wetboek van 1830) was, bij de wijziging in 1832, onveranderd gebleven.

1) Zie *Staatscourant* van 7, 9, en 15 Juni 1832.

V.

ART. 182 BURG. WETB. EN DE GECONTINUEERDE GEMEENSCHAP, VOLGENS HET HEDENDAAGSCHE RECHT.

Huwelijksgemeenschap is een geheel op zich zelf staand rechtsinstituut, het uitvlocisel van den nauwen band, die alleen tusschen echtgenooten, ten opzichte van hunne goederen, bestaan kan. Daarom blijft zij tot het huwelijk beperkt; wanneer dit door den dood van een der echtgenooten wordt ontbonden, eindigt de huwelijksgemeenschap van rechtswege, luidens art. 181^a B. W.. Na die ontbinding wordt de gemeene boedel in twee gelijke deelen gedeeld, en rust op den langstlevenden echtgenoot de verplichting, om de eene helft aan de wettige of testamentaire erfgenamen van den eerstgestorven echtgenoot af te geven.

Elk van die erfgenamen kan eene actie tot boedelscheiding instellen, want niemand is genoodzaakt om in een' onverdeelden boedel te blijven. Tevens kan ieder, die recht heeft op de helft van den gemeenen boedel, uitmakende de nalatenschap van den eerstgestorven echtgenoot, verzegeling en, na de ontzegeling, inventarisatie vragen. Zoo is ieders recht gewaarborgd, en kan men tot de wetenschap komen,

hoeveel het aandeel bedraagt, waartoe men in die nalatenschap gerechtigd is.

Zeer juist heeft de wetgever begrepen, dat dit alles nog niet genoeg was, en dat er bijzondere voorzieningen noodig waren voor het geval, dat, na het overlijden van een der echtgenooten, minderjarige kinderen uit dat huwelijk zijn overgebleven. Zelfen niet in staat om behoorlijk voor hunne belangen zorg te dragen, worden zij door hunnen voogd vertegenwoordigd, welke voogd de langstlevende zelf is, die van rechtswege de voogdij uitoefent.

Waar nu aan de minderjarigen die steun ontvalt, daar neemt de wetgever zelf hunne bescherming op zich, en beveelt, in artikel 182 B. W., uitdrukkelijk aan den langstlevenden echtgenoot, om, door binnen den tijd van drie maanden een behoorlijken inventaris op te maken van de goederen der gemeenschap, den staat des boedels open te leggen, onder bepaling, dat, zoo hij aan die verplichting niet voldoet, terstond na de ontbinding der huwelijksgemeenschap eene gecontinueerde gemeenschap tusschen hem en zijne minderjarige kinderen wordt in het leven geroepen, die ten hunnen voordeele en nimmer ten hunnen nadeele zal zijn. Tevens wordt hem in dat geval, door art. 370, het vruchtgenot van de goederen der minderjarige kinderen ontnomen.

Om nu die verplichting van den langstlevende, met de gecontinueerde gemeenschap als daaraan verbonden poenale clause, te leeren kennen, is het voor alles noodig de woorden van art. 182 nauwkeurig na te gaan. Het artikel bestaat uit drie deelen, waarvan het eerste de verplichting tot het opmaken van den

inventaris vermeldt, het tweede de formaliteiten dier verplichtingen regelt, en het derde de gecontinueerde gemeenschap als strafbepaling omschrijft. De verplichting wordt aldus omschreven:

»Na het overlijden van een der echtgenooten is de langstlevende verplicht, indien er minderjarige kinderen overblijven, binnen den tijd van drie maanden eene boedelbeschrijving te doen opmaken van de goederen die de gemeenschap uitmaken.»

Die verplichting is niet nieuw. Men vindt haar bijna letterlijk in art. 36 der Wet van 26 Juni 1822 of art. 213 van het Wetboek van 1830 terug. Ook treft men eene dergelijke bepaling aan in alle keuren, costumen, ontwerpen en wetten, hierboven vermeld.

»Na het overlijden van een der echtgenooten is de langstlevende verplicht.»

Deze verplichting van den langstlevende behoort tot de bepalingen, die op de publieke orde betrekking hebben. Het is eene bepaling, waarbij de wetgever in het algemeen het maatschappelijk belang, in het bijzonder het belang der minderjarige kinderen op het oog heeft. Waar zulk een voorschrift aanwezig is, is elke handeling of overeenkomst, die er de kracht van zou opheffen of verminderen, ipso jure nietig. Niets kan den langstlevende van die verplichting onthefven, en elke testamentaire beschikking van den eerstgestorven echtgenoot ten zijnen voordeele, die daarmede in strijd zou zijn, zal als niet geschreven worden beschouwd.

»Indien er minderjarige kinderen overblijven,»

De verplichting voor den langstlevende om binnen

den bepaalden tijd een behoorlijken inventaris op te maken, bestaat alleen voor het geval, dat er minderjarigen zijn achtergebleven. Dat die verplichting ook zou aanwezig zijn, wanneer meerderjarigen waren achtergebleven, zooals de Kleijn zegt 1), staat nergens in de wet geschreven. Alleen van minderjarige kinderen is sprake, en dergelijke uitbreiding zou ook geheel onnoodig zijn, omdat meerderjarige kinderen hun overgebleven vader of moeder ieder oogenblik tot het opmaken van inventaris of scheiding kunnen noodzaken. Op hunne vordering is de langstlevende dan verplicht, daartoe over te gaan 2).

Onder het oudvaderlandsche recht werd in de keuren in 't algemeen geen onderscheid gemaakt tusschen minder- en meerderjarige kinderen, omdat, volgens van Wesel, »adversus patrem vel matrem non facile solet jusjurandum in litem deferri vel actio de dolo dari." In de Ontwerpen van 1816 en 1820, waar men in deze materie geheel tot die zelfde beginselen was teruggekeerd, werd evenmin dat onderscheid gevonden. Daarentegen stelden de coutume de Paris, de Code en het Wetboek van Lodewijk Napoleon die verplichting aan den langstlevende, evenals art. 182, slechts dan, wanneer er minderjarige kinderen overbleven.

Wie »minderjarigen" zijn, naar ons Burgerlijk recht, zegt art. 385a; het zijn »de zoodanigen, die den vollen ouderdom van 23 jaren niet hebben bereikt, en niet vroeger in den echt zijn getreden." Men zou daarbij nog kunnen voegen hen, aan wic geen onbeperkte

1) *Rechtsk. Onderz.*, blz. 32.

2) Artt. 659 n^o. 1 en 679 W. v B. Rv.

handlichting is verleend. De staat van minderjarigheid moet aanwezig zijn op het oogenblik van het overlijden van den eerstgestorven echtgenoot. Latere meerderjarigheid, al valt die ook binnen den tijd van drie maanden tot het opmaken van den inventaris gegeven, ontnemt niets aan de verplichting van den langstlevende. Het artikel zegt duidelijk: indien er *na het overlijden* van een der echtgenooten minderjarige kinderen *overblijven* 1).

Men wil onder minderjarige kinderen ook *voorkinderen* begrepen zien, omdat ten hunnen aanzien dezelfde ratio legis bestaat en juist zij in den regel aan het meeste nadeel zijn blootgesteld 2). De woorden, zoowel als de bedoeling van het artikel, dwingen echter tot eene tegenovergestelde opvatting.

Slechts enkele keuren van het oudvaderlandsche recht, zooals b. v. die der Weeskamer te Leyden, verplichtten ook den langstlevenden stiefvader of de langstlevende stiefmoeder tot het tijdig opmaken van eenen inventaris. Waar dit niet uitdrukkelijk was vastgesteld, waren dezen van die verplichting ontheven. Ook de Coutume de Paris sprak alleen van minderjarige kinderen »du dit mariage.» Evenzoo lieten de duidelijke woorden van art. 196 van het Wetboek van Lodewijk Napoleon en van art. 261 der Ontwerpen van 1816 en 1820 geene uitbreiding tot minderjarige

1) Pothier, *Traité de la communauté*, n^o. 782 vlgg., had voor de coutume de Paris die vraag in gelijken geest beantwoord, op grond van de woorden: »*Quand l'un des époux conjoints va de vie à trépas, et delaisse aucuns enfants mineurs dudit mariage.*»

2) Zie *De Kleijn, Rechtsk. Onderz.* blz. 34. 35.

voorkinderen toe. Ons art. 182 is even duidelijk: »indien er minderjarige kinderen *overblijven*», d. i. uit dat huwelijk overblijven — in verband met art. 370, dat den nalatigen vader of de nalatige moeder straft met het verlies van vruchtgenot van de goederen *zijner* minderjarige kinderen. De laatst-gemelde straf vindt alleen hare toepassing op den langstlevende van de ouders der minderjarigen.

In dezen zin is beslist door de Arrondissements-Rechtbank te Breda, bij vonnis van 28 November 1871, o. a. op grond:

»dat tot recht verstand van de kwestieuze bepaling in het thans vigeerend recht in aanmerking komt, dat zij als vermeende uitzondering van den regel, dat de huwelijksgemeenschap door den dood van een der echtgenooten wordt ontbonden, hare plaats heeft gevonden in den titel van het Burgerlijk Wetboek, die aan de wettelijke gemeenschap van goederen is gewijd, waaruit mag worden opgemaakt, dat de wetgever alleen het huwelijk, waardoor zulke gemeenschap is ontstaan, en de belangen der minderjarigen daaruit geboren heeft voor oogen gehad; en dat dit bevestigd wordt door de uitdrukking: »indien er minderjarige kinderen overblijven», in art. 182 gebezigd, welke ook, naar het gewoon spraakgebruik, veronderstelt, dat van zulke kinderen, niet van die uit een vroeger huwelijk van een der echtgenooten, de rede is;»

»dat de gedachte bepaling wijders uit haren aard niet anders kan zijn dan een bevel, onder bedreiging van straf aan den langstlevenden echtgenoot, dat hij door het tijdig opmaken van eenen inventaris voor

de belangen der betrokken minderjarigen zal waken, en dat zoodanig bevel bij voorkeur schijnt te pas te komen, wanneer die minderjarigen zijn kinderen der beide echtgenooten, omdat de langstlevende alsdan onmiddellijk tot de wettelijke voogdij over hen wordt geroepen, maar daarentegen, naar de tegenwoordige begrippen, overbodig is te achten ten aanzien van kinderen uit een vroeger huwelijk van den eerststervenden, die bereids van een' toezienden voogd zijn voorzien, en over welke ten spoedigste een voogd moet worden benoemd" 1).

Evenzoo is het geheel onnoodig, om onder de minderjarige kinderen ook *kleinkinderen* te brengen, ten einde eene verduistering der legitieme te voorkomen 2). In het oudvaderlandsche recht mocht dit het geval zijn, en in verband hiermede ook in de ontwerpen van 1816 en 1820, maar art. 182 is als strafbepaling *strictissimae interpretationis*. Bovendien ontbreekt hier de *ratio legis* van het artikel. Wanneer toch na het overlijden van een der echtgenooten minderjarige kleinkinderen aanwezig zijn, dan gelden voor voogd en toeziende voogd (die dan reeds benoemd zijn) artt. 459, 444 en 428 B. W.. Voor minderjarige kleinkinderen behoefde de wetgever dus niet op die

1) Weekblad voor Notaris-ambt en Registratie, v. 31 December, 1871, n^o. 105. Zie ook *Mr. Loke*, Handboek voor Notarissen. II. 19.

2) Zie daarentegen *De Kleyn*, *Rechtsk. Onderz.*, blz. 36: »Voor-eerst toch is de benaming van kinderen algemeen en worden, volgens art. 961^d B. W., onder dien naam begrepen de afstammelingen, in welken graad zij ook zijn. Ten andere schijnt het ons, dat de minderjarigheid dier kinderen, dat de *ratio legis* der bepaling, er nadrukkelijk voor pleit.»

wijze te zorgen, en heeft hij het artikel ook niet geschreven.

Pothier rekende tot minderjarigen, onder de coutume de Paris, »ceux qui sont majeurs à la vérité mais en démence,» en cijferde de poenale en daarom strenge strekking van het artikel weg, door te beweren: »quoi qu'elle soit pénale, elle est néanmoins très favorable, puis qu'elle tend à éviter des procès et des discussions etc.». Art. 506^a B. W. zegt, dat de onder curatele gestelde gelijk staat met den minderjarige. Dit neemt echter niet weg, dat onder curatele gestelden altijd meerderjarig zijn en blijven, zoodat art. 182 niet ten hunnen aanzien kan worden toegepast. Is de langstlevende zelf curator, dan bestaat er toch een toeziende curator, die gelijktijdig benoemd is, en voor het tijdig opmaken van den inventaris zal zorg dragen.

»Binnen den tijd van drie maanden,»

In de verschillende keuren, costumen, ontwerpen en wetten, hiervoren vermeld, vindt men groot verschil in den termijn, die bepaald was voor het opmaken van den inventaris. Bijna alle weeskeuren hadden daarvoor zes weken gesteld; enkele meer, andere minder. Het ontwerp van 1816 had daarvoor een termijn van zes, en het ontwerp van 1820 een van twee maanden gegeven. Het wetboek van Lodewijk Napolcon, zoowel als de Code Napoléon en het wetboek van 1830, hadden in 't geheel geen tijd bepaald. Daarentegen hadden de coutume de Paris, even als de weeskeuren van Haarlem, Dordrecht en Woerden, en heeft ons art. 182 voor het opmaken van den inventaris een termijn van drie maanden gelaten. Zooals bekend is, werd die tijds-

bepaling, op voorstel van de derde afdeeling, bij de laatste herziening, in het artikel opgenomen. Waarom juist deze en geen andere, is onbekend.

Tijdens het costumiere recht kon om bijzondere redenen de tijd tot het opmaken van den inventaris door de weeskamer of door den rechter worden verlengd. Ook onder vigueur van art. 1442 C. N., schrijft Toullier, dat dit den langstlevende geoorloofd is. »Mais il faut, qu'il obtienne cette prorogation de la justice, qui doit en proportionner le délai aux circonstances" 1).

Naar ons artikel is dit echter niet het geval. De rechter ontleent zijne macht aan de wet, zegt Diephuis, en waar de wet een bepaalden termijn voorschrijft, zonder daarbij aan den rechter eene macht tot verlenging uitdrukkelijk te verleenen, daar is hij uit zich zelve daartoe niet bevoegd. Dus is de termijn van drie maanden een fatale termijn, die nimmer, om welke reden ook, mag worden verlengd. Al is het geheel buiten schuld van den langstlevende, dat hij binnen den tijd van drie maanden niet heeft geïnventariseerd, toch zal de rechter hem moeten veroordeelen, en zoowel de strafbepaling van art. 182 als van art. 370 op hem moeten toepassen.

Het is daarom niet mogelijk, om, bij instemming met

1) »Ce n'est que par ce moyen, qu'il pourrait mettre son droit à couvert; car la nécessité d'une prorogation ne peut dépendre de son opinion. Il ne peut être juge dans sa propre cause: il doit soumettre à la justice les motifs de sa demande en prorogation et la faire prononcer sur leur mérite." *Toullier*, t. a. p. XIII. n^o. 46. *Troplong*, II. § 1295.

de woorden van Diephuis, zich, ten opzichte van art. 182, te vereenigen met een arrest van het hof te Caen, de dato 18 Aug. 1842 1). Bij dat arrest toch werd beslist:

»dat hoewel in het algemeen moet worden aangenomen, dat de inventaris binnen den tijd van drie maanden na het overlijden moet worden opgemaakt, daaruit niet volgt, dat de langstlevende het wettig vruchtgenot van de goederen zijner minderjarige kinderen zou verliezen, omdat hij, bij het verstrijken der drie maanden, na het overlijden van zijn echtgenoot, de boedelbeschrijving wel had aangevangen maar niet voltooid, zoo er overigens op de nauwkeurigheid van den inventaris niets is aan te merken.»

Onder de werking van art. 1442 C. N. was zulks misschien mogelijk — volgens ons art. 182 is het zoo niet. Hier moet de inventaris binnen drie maanden niet alleen begonnen, maar ook voleindigd zijn. Daarom is ook de bewering onjuist, dat, wanneer de langstlevende

1) Zooals de Kuijper, in zijn akademisch proefschrift »over het voortduren der gemeenschap» (Amst. 1863) beweert: »Eene zoodanige uitspraak, zoude naar onze meening, bij gelijke of dergelijke omstandigheden, ook geheel overeenkomstig den geest van ons regt zijn.» Waarom, zegt de schrijver echter niet. Hij is het eerst met Diephuis eens en zegt:

»Mr. Diephuis echter acht, en naar onze meening te regt, eene prorogatie van dien termijn niet binnen 's regters bevoegdheid;»
 — — — — — »maar de wetgever kan met deze tijdsbepaling niet eenen zoodanigen fatalen termijn bedoeld hebben, dat, al blijkt het den regter, dat het den langstlevende onmogelijk is geweest, wegens de uitgebreidheid van den boedel of om andere omstandigheden, binnen gezegden tijd eene boedelbeschrijving te doen plaats hebben, hij hem toch zoude moeten veroordeelen.»
 Zie hem t. a. p. blz. 99 en 101.

twijfelt, of het hem wel mogelijk is binnen den bepaalden tijd aan zijne verplichting te voldoen, hij zich volkomen kan dekken door het vragen van verzegeling, om vervolgens de ontzegeling en boedelbeschrijving hand aan hand te laten gaan. Ongetwijfeld toch zou hierdoor wederom eene verlenging van de vastgestelde tijdsbepaling in het leven worden geroepen, die in strijd zou zijn met de duidelijke woorden van art. 182.

Men heeft er dikwijls over geklaagd, dat de voorgeschreven tijdruimte van drie maanden te kort was. Zoo zonden in 1841 de Notarissen in het arrondissement Nijmegen een adres aan de Tweede Kamer, waarin zij te kennen gaven: »dat, hoezeer eene bepaling van termijn in deze wenschelijk is, echter naar het bescheiden oordeel der ondergeteekenden het door die tijdsbepaling beoogde doel even goed, ja beter bereikt zoude worden, indien de nu gestelde termijn vierde verdubbeld' 1).

Aan dergelijke verzoeken heeft echter de Wetgever geen gevolg gegeven en met recht, omdat hoe langer men de tijdruimte stelt, des te meer de waarborg voor een' goeden en nauwkeurigen inventaris verloren gaat. Het doel daarvan is, den staat des boedels aan te toonen, zooals die is op het oogenblik van overlijden van den eerstgestorven echtgenoot, en dat doel zou door te lang uitstel geheel worden gemist.

Daarbij is de bewering ongegrond, dat het in de meeste gevallen onmogelijk is, om binnen drie maanden een boedel te inventariseeren 2). De schuld

1) Zie Weekblad van het Recht, n^o. 213.

2) »Er kunnen gevallen bestaan, dat het onmogelijk is, de be-

daarvan ligt in den regel aan den langstlevende zelf, die te lang wacht met de benoeming van een toezienden voogd te vragen, en daardoor te laat met de inventarisatie begint. Vooral op het platte land schijnt dit eene algemeene kwaal te zijn. Zoo schrijft eene Notaris in de Januari-aflevering van het Bijblad 1), dat hij in een jarenlange uitgebreide landelijke praktijk de ondervinding heeft opgedaan, dat niets ter wereld de menschen tot opvolging van het voorschrift, in art. 182 gegeven, bewegen kan.

»De aanhoudende voorstellen van den Notaris, de vermaningen van den Kantonrechter, 't stuit alles af op de ongelooftelijkheid van het ver strekkend gevolg. Ouders en kinderen, toeziende voogd en bloedverwanten, allen zonder onderscheid verzetten er zich tegen. De inventaris blijft achterwege tot het aangaan van een ander huwelijk, maar dan ook wordt er altijd even trouw toe overgegaan; waarna de boedel weer voortloopt tot het overlijden van den langstlevende of tot de meerderjarigheid der kinderen, als wanneer zij in 99 van de 100 gevallen in vrede scheiden.»

Mag men echter daarom de strekking van art. 182 onredelijk noemen, en beweren, dat de daar geschreven verplichting voor den langstlevende strijdt met het gevoel van welvoegelijkheid, omdat men »ter nauwernood een geliefde doode zal hebben uitgedragen,

schrijving binnen gezegden tijd geheel te voltoojen — — — en tot het onmogelijke is niemand gehouden.” Van Uye Pieterse, Handl. tot beoef. van het Notarisambt, blz. 286.

1) Bijblad van het Correspondentieblad van de Broederschap van Notarissen. Januari-aflevering van 1873, blz. 12 enz..

of men zal reeds bedacht moeten zijn op de benoeming van een' toezienden voogd en het maken van inventaris?" Integendeel, de algemeene weerzin, die zich openbaart tegen het richtig opmaken van den inventaris, bevestigt juist de noodzakelijkheid van het bestaan eener dergelijke bepaling. De wetgever mag hier alleen te rade gaan met het belang der minderjarigen, die allen steun missen, en moet daaraan alle plaatselijke gebruiken of persoonlijke inzichten van den langstlevende en anderen ten offer brengen.

De kantonrechter kan er veel aan toebrengen, dat een en ander tijdig genoeg geschiede, indien hij slechts, zoodra hem kennis wordt gegeven van het overlijden van iemand, met achterlating van minderjarige kinderen (art. 417^b), den langstlevende tot de benoeming van een' toezienden voogd aanspoort, hem tevens wijzende op zijne verplichting ex articulo 182; en indien deze niet spoedig genoeg aan dit verzoek voldoet, ambtshalve tot die benoeming overgaat (artt. 422 en 417^a). De tijdige benoeming van een' toezienden voogd toch is de eerste en grootste schrede, die tot het doel van art. 182 leidt, want diens tegenwoordigheid wordt vereischt bij de boedelbeschrijving. Dat men hiervan in de praktijk overtuigd is, blijkt uit het verzoek, op de jaarlijksche vergadering der Broederschap van Notarissen, den 6^{den} Augustus 1872 tot het Hoofdbestuur gericht, om zich te wenden tot Z. E. den Minister van Justitie, met het voorstel om H. H. Kantonrechters aan te schrijven: »dat zij met meer ijver dan tot hiertoe is geschied, zullen letten op de benoeming van toeziende voogden in

voogdijen, die door het overlijden van een der ouders zijn ontstaan, en het aansporen van den toezienden voogd om het maken van inventaris te bevorderen."

Evenmin kan het voor den langstlevende een beletsel zijn om binnen den bepaalden tijd te inventariseeren, dat de goederen zoo uitgebreid, ver afgelegen of niet nauwkeurig bekend zijn, dat het hem met den besten wil onmogelijk is, daarvan binnen dien tijd eene juiste opgave te doen. Hij behoeft immers niet meer op te geven, dan hij weet, mits hij alles opgeve, wat naar zijne wetenschap tot den boedel behoort. Voor het overige kan hij, even als onder costumiere recht volstaan met de belofte van het ontbrekende zoo spoedig mogelijk te zullen aanvullen. Stel b. v., dat de overleden echtgenoot kort voor zijn overlijden erfgenaam is geworden in eene nalatenschap, die nog niet is gescheiden, zelfs nog niet is geïnventariseerd, dan behoeft de langstlevende volstrekt niet te wachten, totdat dit alles heeft plaats gehad, maar kan met eene eenvoudige verklaring volstaan, dat de overledene voor het zooveelste deel gerechtigd was in den boedel van X. De toeziende voogd zal wederom zorgen, dat van dergelijke opgaven geen misbruik gemaakt worde.

Is nu de inventaris binnen den bepaalden termijn opgemaakt, dan is de ontbonden huwelijksgemeenschap terstond in een gemeenen boedel overgegaan, en daarmee de geboorte der gecontinueerde gemeenschap voorkomen. Dat toch de huwelijksgemeenschap niet door den dood van een der echtgenooten, maar eerst op het tijdstip van het voltooiën van den inventaris

zou zijn ontbonden 1), is evenzeer in strijd met art. 181^a, als de bewering van Diephuis, dat de huwelijksgemeenschap wel ontbonden wordt door den dood, doch dat die ontbinding wordt opgeschort tot op het maken der boedelbeschrijving 2). Huwelijksgemeenschap kan alleen tusschen echtgenooten bestaan, en dus niet langer duren dan het huwelijk zelf. Facto en jure eindigen beide met den dood van een der echtgenooten, want cessante causa cessat effectus. Het tijdig opmaken eener behoorlijke boedelbeschrijving belet alleen de wording der gecontinueerde gemeenschap, eene *communio omnium bonorum* van zoo eigenaardig karakter, dat zij nooit nadeel aan de kinderen kan veroorzaken.

Art. 182 zegt niet uitdrukkelijk, dat, zoodra de langstlevende aan zijne verplichting heeft voldaan, het ontstaan der gecontinueerde gemeenschap wegblijft. Doch in het costumiere recht was dit het geval, en de ontwerpen van 1816 en 1820 vermeldden zulks

1) »Hoewel de gemeenschap door den dood van regtswege mogt ontbonden zijn, in ieder geval zal evenwel die ontbinding geenszins eerder stand grijpen, immers wanneer er minderjarige kinderen uit het huwelijk zijn overgebleven, dan, *nadat* eerst de regten van deze laatsten door eene behoorlijke boedelbeschrijving van al de goederen, die het gemeenschappelijk fonds uitmaken, verzekerd zijn." *v. Meukeren*, Regt en Wet, VIII. 216.

2) Zoo zegt ook *de Murtini*: »Ingeval er minderjarige kinderen overblijven, eindigt de gemeenschap dus niet onvoorwaardelijk door den dood van een der echtgenooten, maar eerst *door* de boedelbeschrijving der gemeenschappelijke goederen, en wel binnen den tijd van drie maanden na die ontbinding des huwelijks." *De Nederlandsche Wetgeving*, ad art. 182 B. W..

uitdrukkelijk. Evenzoo waren de Fransche schrijvers over art. 1442 het eens, dat een tijdig opgemaakte inventaris den langstlevende behoedde voor het verlies van het vruchtgenot.

Aangezien eerst na drie maanden bekend is, of de langstlevende al dan niet in verzuim is, schijnt het onzeker, of er gedurende dien tijd al dan niet gecontinueerde gemeenschap bestaat. Zekerheid daaromtrent zou eerst door het al of niet opmaken van den inventaris binnen den bepaalden tijd geboren worden. Een dergelijke onzekere toestand zou misschien tot verwarring aanleiding geven, doch bij nadere beschouwing valt dit bezwaar weg. Want het verzuim voor den langstlevende om inventaris te maken, bestaat niet eerst na drie maanden, maar onmiddelijk na het overlijden van den eerstgestorven echtgenoot. Met dat verzuim is op hetzelfde oogenblik de strafbepaling der gecontinueerde gemeenschap geboren. Echter wordt nog drie maanden lang den langstlevenden de gelegenheid geschonken, om zijn verzuim te herstellen, en daarmede de poenale clausule buiten werking te houden. Na dien tijd is echter de gecontinueerde gemeenschap onherroepelijk.

»Eene boedelbeschrijving te doen opmaken.»

Volgens de Weeskeuren deed de langstlevende dit zelf, in vereeniging met de voogden, soms met behulp der Weeskamer. Ook in de Ontwerpen van 1816 en 1820 was bepaald, dat de inventaris van den gemeenen boedel moest »gemaakt en geleverd worden door den man, of indien het huwelijk door den dood ontbonden is, door den langstlevenden echtgenoot.» Eveneens schreef art. 196 van het Wetboek Lodewijk

Napoleon duidelijk voor, dat de langstlevende zelf moest inventariseeren. Zoowel het oudfransche recht als de Code eischen daarentegen een notariëelen inventaris.

Ons artikel 182 geeft den langstlevende de keuze. Hij kan de boedelbeschrijving zelf opmaken, of het aan een notaris overlaten. Het eerste is goed ter vermijding van groote onkosten, het tweede beter, ter wille van de zekerheid, dat alle formaliteiten zijn vervuld.

Kan de langstlevende daarom geheel buiten alles blijven, en komt het er volstrekt niet op aan, of hij al dan niet medewerkt, mits de boedelbeschrijving maar tot stand kome? Volstrekt niet — het artikel zegt duidelijk: »de langstlevende is verplicht enz.”. Het is en blijft zijn werk, waarvoor hij alleen aansprakelijk is, al heeft ook een notaris de inventaris opgemaakt. Hij moet de opgave doen, en van hem ook alleen kan eene nauwkeurige opgave van de goederen worden verwacht. Vooral in het belang der minderjarigen wordt die medewerking geëischt, die uit de ondertekening der akte zal blijken.

»Van de goederen welke de gemeenschap uitmaken”

Er wordt slechts eene lijst verlangd van alles, wat bij het overlijden in den boedel aanwezig is, en tijdens het leven der echtgenooten tot de huwelijksgemeenschap behoorde. Meer behoeft niet op den inventaris vermeld te worden, daar het stuk alleen als zoodanig moet dienst doen, en in het artikel ook niet meer wordt verlangd.

In artikel 681 Rv. geeft de Wetgever op, wat tot de inventarisatie eener nalatenschap behoort. Dit neemt echter niet weg, zegt de Pinto 1), dat diezelfde

1) *Burgerlijke Rechtsvordering*, § 498.

voorschriften moeten worden nageleefd in alle andere gevallen, waarin de wet eene boedelbeschrijving toelaat of vordert. Dus zal de langstlevende in den inventaris moeten vermelden :

- 1^o. de voornamen, namen en woonplaatsen van hem zelf en zijne kinderen, als ook die van den toezienenden voogd.
- 2^o. de opgave, wanneer, en de plaats, waar de beschrijving geschiedt, en de goederen zijn gevonden.
- 3^o. de beschrijving der goederen, met vermelding van de waardeering der roerende goederen.
- 4^o. de opgave der muntspeciën benevens van de hoedanigheid, het gewicht en de keur van het goud en zilverwerk.

Kan het goud of zilver niet gewogen worden, b. v. wanneer het met een ander metaal is verbonden, dan is eene eenvoudige vermelding voldoende.

- 5^o. de vermelding der gevonden titels en schriftelijke verbintenissen, ten laste of ten bate des boedels. Zoowel het actief als het passief moet op den inventaris worden gebracht. Tot dit laatste behooren alle schulden, uitgenomen de begrafeniskosten, die niet ten laste der gemeenschap maar der nalatenschap komen.

De inventaris moet zoo nauwkeurig en volledig mogelijk zijn. Diephuis zegt hieromtrent hetzelfde als Pothier: »Door eene geheel onnauwkeurige beschrijving is natuurlijk niet aan het verlangen der wet voldaan. In hoeverre echter de bedreigde straffen ook hem wachten, die wel eene boedelbeschrijving,

maar niet nauwkeurig genoeg heeft opgemaakt, meen ik, dat geheel aan den rechter moet zijn overgelaten, die in elk bijzonder geval naar de omstandigheden zal moeten beslissen, in hoeverre bedrog of dwaling de oorzaak geweest is, en in hoeverre dus de langstlevende echtgenoot zijnen plicht verzuimd heeft, of wel slechts een abuis heeft begaan" 1).

Het tweede gedeelte van artikel 182 luidt :

»Die boedelbeschrijving kan onderhands, doch moet in tegenwoordigheid van den toezienden voogd, worden opgemaakt.»

In deze zinsnede vindt men de formaliteiten voor het opmaken van den inventaris vermeld. Om het voldoen aan de verplichting van art. 182 zoo gemakkelijk mogelijk te maken en te bevorderen, zijn die formaliteiten zoo eenvoudig mogelijk gesteld.

Maar behalve den inventaris van de goederen der gemeenschap, volgens art. 182, moet de langstlevende nog eene bijzondere boedelbeschrijving opmaken van de nalatenschap, die van den kant van den eerstgestorven echtgenoot aan de minderjarigen is opgekomen, volgens art. 444. De langstlevende is voogd over zijne minderjarige kinderen, en mag eene aan hen opgekomen erfenis niet anders aanvaarden dan onder beneficie van inventaris (art. 459). De boedelbeschrijving van art. 444 kan niet opgemaakt worden vóór die van art. 182 bestaat, want de eerste is in de laatste begrepen. Om dubbele moeite te voorkomen, en ter besparing van kosten worden in de praktijk doorgaans beide inventarissen gecombineerd.

1) *Diephuis*, Het Nederlandsch Burgerlijk recht, I, § 835.

Waar dit nu het geval is, wordt voor de boedelbeschrijving, behalve de formaliteiten van art. 182, nog beëdiging en overbrenging ter griffie vereischt (art. 444b). Is echter de inventaris alleen ter voldoening aan het voorschrift van art. 182 opgemaakt, dan wordt noch het een noch het ander gevorderd.

Wel verklaarde de Minister van Justitie, in 1844, dat ook de langstlevende vader of moeder tot eedsaflegging verplicht is, op grond van art. 444b, maar bij circulaire van 28 Augustus 1844 werd die verklaring ingetrokken 1).

Evenmin behoeft de onderhandsche inventaris ergens gedeponereerd te worden, want art. 182 vordert dit niet, en dus kan hij bij den langstlevende blijven berusten 2). Notariëel opgemaakt, blijft hij onder de minuten bewaard.

»Die boedelbeschrijving kan onderhands' enz..

Dit is anders dan naar het Fransche recht, dat steeds eene notariëele akte eischt. Volgens het wetboek van Lodewijk Napoleon kon de inventaris »gerechtelijk, notariaal of onder de hand opgemaakt en verleden worden." In de ontwerpen van 1816 en 1820, volgens welke alleen de langstlevende voogd of voogdesse als boedelhouder of boedelhoudster in den boedel kon blijven zitten, kon de inventaris bij authentieke of onderhandsche akte, doch in het laatste geval ten overstaan van twee der naaste bloedverwanten of vrienden van den overledene, opgemaakt en verleden worden. Naar ons art. 182 heeft de langstlevende de keuze

1) *Pliester*, Leerboek der Not. Wetenschap, bl. 242 (in notis).

2) *Diephuis*, het Nederl. Burg. recht, I. n^o. 838.

tusschen beiden. De formaliteiten voor de notariële boedelbeschrijving, die meer zekerheid verschaft, vindt men in art. 21 en vv. der Wet op 't Notarisambt. En art. 1911 B. W. bepaalt, wat als onderhandsche akte kan gelden. Om deze laatste slechts als het misvormde kind van een' of anderen zaakwaarnemer te beschouwen, is wel wat kras 1). In den regel toch zal ook de onderhandsche inventaris wel door een notaris worden opgemaakt, terwijl het motief, »om vele kosten uit te winnen» vooral voor kleine boedels wel eenig gewicht in de schaal legt 2).

»Doch moet in tegenwoordigheid van den toezienden voogd worden opgemaakt.»

De verplichte tegenwoordigheid van den toezienden voogd te dezer plaatse werd uit het Fransche recht overgenomen. Art. 427 is hier geheel toepasselijk, nl. dat de toeziende voogd de belangen der minderjarigen moet waarnemen, wanneer deze met die van den voogd in tweestrijd zijn. Dit is hier het geval, waar de beide laatsten gerechtigd zijn tot zeker gedeelte der nalatenschap. Daarom is de tegenwoordigheid van den toezienden voogd, welke uit zijne medeonderteekening der akte zal blijken, hier terecht gevorderd.

Dat neemt echter niet weg, dat hij zich even goed door een bijzonderen gevolmachtigde zal kunnen laten vertegenwoordigen, op grond van art. 389 B. W.. »Wanneer,» zegt Diephuis 3), »men toch al beweren mocht, dat men bij dit artikel stilzwijgend moet aan-

1) *De Kleyn*, Rechtsk. Onderz., blz. 39.

2) *Van den Berg*, Proeve over het beheer van den voogd, blz. 58.

3) *Diephuis*, t. a. p. 831.

nemen, wat in het voorgaande artikel 388 stellig is uitgedrukt, dat namelijk deszelfs toepasselijkheid tot den titel van minderjarigheid en voogdij beperkt is, en men daaruit dus rechtstreeks niets dezen aangaande kan opmaken, zoo maakt de ratio legis, die hier en elders, waar de tegenwoordigheid des toezienden voogds voorgeschreven is, nagenoeg dezelfde is, de toelating van zoodanigen gevolmachtigde alleszins aannemelijk." Te meer is dit aan te nemen, omdat de schrijvers over het Fransche recht, en in het bijzonder over art. 1442 C. N., er evenzoo over dachten. Troplong schrijft: »Nous croyons cependant avec Pothier, le nouveau Denisart et M. Toullier, que le subrogé tuteur peut se faire représenter par un procureur. Le mandat est toujours permis, à moins qu'il ne soit défendu" 1).

Art. 1442 C. N. stelt den toezienden voogd aansprakelijk, wanneer de langstlevende niet aan zijne verplichting voldoet. «Le subrogé tuteur, qui ne l'a point obligé à faire inventaire, est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations, qui peuvent être prononcées au profit des mineurs." In ons art. 182 is dit echter niet opgenomen. Onze wet heeft daar en elders wegens de niet tijdige opmaking eener boedelbeschrijving slechts speciale straffen tegen den langstlevenden echtgenoot bepaald, nl. de gecontinueerde gemeenschap en het verlies van vruchtgenot.

Wel heeft men getracht art. 428^b hier toepasselijk te maken, doch dat artikel spreekt duidelijk van een inventaris, in alle de *nalatenschappen*, welke aan den minderjarige zijn opgekomen." Die woorden zijn wel

1) Troplong, II § 1298.

in verband te brengen met art. 444, doch nimmer met art. 182, waar sprake is van inventarisatie van »goederen der gemeenschap.» Naar het Fransche recht was dit mogelijk, omdat in art. 1442 C. N. zelf de verplichting en aansprakelijkheid van den toezienden voogd waren opgenomen. Daar kwam het er niet op aan, op welk tijdstip diens benoeming ook was geschied. Troplong 1) zegt: »L'art. 1442 ne distingue pas, à quelque époque que le subrogé tuteur entre en fonctions; il est de son devoir de faire cesser cette confusion domageable et de mettre à couvert l'intérêt des mineurs. Plus le mal a duré de temps, plus il est urgent de le faire cesser etc.»

De derde en laatste zinsnede van art. 182 luidt als volgt:

»Bij gebreke van zoodanige boedelbeschrijving duurt de gemeenschap voort, ten voordeele van de minderjarigen, doch nimmer ten hunnen nadeele.

Hier vindt men de gecontinueerde gemeenschap uit het oudvaderlandsche recht wederom hersteld als strafbepaling tegen den langstlevende, die aan zijne verplichting tot het opmaken van den inventaris niet heeft voldaan. Zooals men weet, geschiedde dit op voorstel van de derde afdeeling.

Bovendien wordt hem wegens zijn verzuim, om binnen bepaalden tijd tot die opmaking over te gaan, het vruchtgenot ontnomen van alle goederen, die aan de minderjarige kinderen toebehooren. Deze tweede strafbepaling vindt men in art. 1442 C. N., en art. 422 wetboek van 1830 terug. In het costumiere recht

1) Troplong, § 1288.

was zij onbekend, evenals in het wetboek van Lodewijk Napoleon, terwijl er in de Ontwerpen van 1816 en 1820 evenmin melding van gemaakt wordt.

»Bij gebreke van zoodanige boedelbeschrijving.»

Er bestaat groote strijd over de juiste opvatting dezer woorden. Men beweert nl., dat die woorden moeten worden opgevat in direkt verband met het geheele artikel, en zoowel op de eerste als op de tweede alinea slaan. Dat dus met andere woorden moet gelezen worden: »bij gebreke van eene boedelbeschrijving binnen drie maanden en in tegenwoordigheid van den toezienden voogd opgemaakt 1). Zoowel de geschiedenis, als de woorden en de bedoeling der laatste alinea van art. 182, verzetten zich ten zeerste tegen eene dergelijke opvatting.

In het voorstel van de derde afdeeling, tot aanvulling van artikel 10 van het Ontwerp, inhoudende den 7den titel van het Burg. Wetb., dat den 22sten Februari 1832 bij de Kamer inkwam, luidden bovenstaande woorden eenigszins anders: »Bij gebreke *daarvan* zal de gemeenschap voortduren enz.» Het is ontwifelbaar, dat het woord »*daarvan*», nog meer dan de tegenwoordige redactie, den schijn gaf, dat de derde alinea zoowel op de eerste als op de tweede alinea terug sloeg. Toch was het niet meer dan schijn. Immers wanneer men den gedachtengang van het voorstel der derde afdeeling nauwkeurig nagaat, dan ziet men duidelijk, dat ook zelfs het woord »*daarvan*» alleen op de tweede alinea sloeg,

1) Zie *de Kleyn*, in de laatste aflevering der Jur. Correspondent van 1864.

en niet op de eerste. Want de afdeeling stelde voor te lezen: »opmaken of doen opmaken met den toezienenden voogd" — en voorts bij te voegen: »Bij gebreke *daarvan* zal de gemeenschap voortduren," — enz. enz.

De regeering heeft deze bedoeling nog duidelijker willen maken door de verandering van het woord »daarvan" in »van zoodanige boedelbeschrijving"; daarmede duidelijk te kennen gevende, dat die woorden alleen betrekking hebben op de hoedanigheden der boedelbeschrijving, en dat de tijdsbepaling der eerste zinsnede van art. 182 hierbij volstrekt niet in rekening mag worden gebracht. Immers, zoo de Wetgever dit laatste gewild had, zou hij eene geheele verandering in de laatste woorden van het artikel gebracht hebben, om zijne bedoeling duidelijk te maken, en b. v. gezegd hebben: »bij verzuim van het tijdig opmaken eener zoodanige boedelbeschrijving" of iets dergelijks, zooals in art. 370, waar niet de boedelbeschrijving, maar het gepleegd verzuim de hoofdgedachte van het artikel is, dat eenmaal geschied, nimmer kan worden hersteld.

De woorden: »bij gebreke van zoodanige boedelbeschrijving" beteekenen dus niets anders dan: »zoolang er geen onderhandsche of authentieke inventaris is opgemaakt in tegenwoordigheid van den toezienenden voogd." Die opvatting is in het belang der minderjarigen, en dus overeenkomstig de bedoeling des wetgevers. Het opmaken van den inventaris, hoe laat ook, brengt altijd voordeel aan door het openleggen van den staat des boedels.

»Duurt de gemeenschap voort.»

Nu de langstlevende binnen den bepaalden tijd geen

behoorlijken inventaris heeft opgemaakt, wordt de straf der gecontinueerde gemeenschap op hem toegepast. Dat is de eenig juiste zin, dien men aan deze woorden kan hechten.

Wat toch wordt onder het woord *gemeenschap* verstaan? Het is niet mogelijk daaraan den zin van maatschap 1), gemeenen boedel 2), of iets anders te hechten, hetwelk men daarvoor in de plaats heeft trachten te stellen. Het artikel zegt ook, dat de gemeenschap *voortduurt*, en wat voortduurt moet bestaan. Het zou dus rationeel zijn hier aan huwelijks-gemeenschap te denken 3), zoo deze niet te gelijk met het huwelijk door den dood van een der echtgenooten ware ontbonden. Men beweerde echter dat art. 182 eene uitzondering was op art. 181^a, niet bedenkende, dat het wezen der huwelijks-gemeenschap om hare eigenaardige strekking onmogelijk zulk eene uitzondering zou kunnen toelaten. Het is dan ook niet noodig die aan te nemen, daar het costumiere recht, zoowel als de geheele geschiedenis van art. 182, duidelijk aantoot, dat de woorden: »duurt de gemeenschap

1) Om de vereischten van art. 1655 juncto 1356 B. W..

2) Want een boedel kan niet alleen ten voordeele der minder-jarigen bestaan.

3) *De Kleyn*, bl. 69, meent, »dat het woord *gemeenschap*, voorkomende in act. 182 B. W., geene andere beteekenis heeft, dan die van gemeenschap als regtsbetrekking of regtstoestand der echtgenooten. Zoowel de *woorden* van art. 182 B. W. als de plaatsing van hetzelfde zijn gebleken, cener andere uitlogging niet weinig in den weg te staan.” Hoe of waar dit gebleken is, zegt de schrijver echter niet.

voort" niets anders beteekenen dan, »ontstaat de gecontinueerde gemeenschap" 1).

De gecontinueerde gemeenschap is eene nieuwe rechtsbetrekking tusschen den langstlevenden echtgenoot en zijne minderjarige kinderen, die, door het verzuim van eerstgenoemden in het leven geroepen, continuo et nullo interposito intervallo den toestand is opgevolgd, welke vroeger ten aanzien van de goederen tusschen de echtgenooten bestond, maar daarvan tevens in alle opzichten verschilt. De gecontinueerde gemeenschap is een geheel op zich zelf staand rechtsinstituut, dat gegrond op poena, slechts voor hen voordeel kan aanbrengen, te wier behoefte de wet het in het leven riep, en daarentegen den langstlevende, tot straf voor zijn gepleegd verzuim, niet anders dan nadeelig kan zijn. Zoo leest men ook in de conclusie van den Advocaat Generaal Karseboom: »Thans na de drie maanden treden de gevolgen der vertraagde boedelscheiding op, en deze zijn niet wederopvatting en voortzetting der bestaan hebbende gemeenschap

1) »Het woord »voortduren" schijnt dan ook eenigszins voorzigtig in art. 182 B. W. te moeten worden opgevat, zoowel met opzicht tot de beperkende aanduiding, die volgt, eene gemeenschap alleen betrekkelijk de voordeelen, als omdat die gemeenschap reeds van regtswege d. i. door het enkele feit van den dood enz. was ontbonden verklaard. Met het oog op den termijn van drie maanden na die ontbinding van regtswege, is welligt meer te denken aan eene herleving voor de niet eenigszins terugwerkende kracht tot aan den dood; maar dan toch niet aan voortduring van dezelfde reeds ontbonden gemeenschap." Zie conclusie van den Adv.-generaal, bij het arrest v. d. H. R. v. 24 December 1868. — Weekblad van het Recht n^o. 3068.

in haar geheel, gelijk ze had bestaan, maar alleen toevoeging, ten bate der minderjarigen, van de voordeelen van den ongescheiden boedel; van de nadeelen voor hen geene gemeenschap; wellicht ware de oudere naam van boedelhouderschap hier te verkiezen geweest" 1). Er is hier derhalve volstrekt aan geene voortzetting van huwelijksgemeenschap te denken, omdat huwelijksgemeenschap zonder huwelijk ondenkbaar is. Ook aan geene fictieve continuatie daarvan (tenzij men daaronder eene geheel nieuwe gemeenschap versta,) omdat in de gevolgen der gecontinueerde gemeenschap geen enkel spoor van huwelijksgemeenschap meer is overgebleven. »De nadeelige gevolgen voor den langstlevenden echtgenoot, voortvloeiende uit het verwaarloozen van boedelbeschrijving, hebben hun grond niet in de (huwelijks) gemeenschap, maar rusten op verbintenis uit wetsduiding, zijn gevolgen der obligatio quasi ex delicto. Die verzuimt eene boedelbeschrijving te maken, is min of meer mala fide; zijn mora wordt gestraft. Hier is eene praesumptio juris et de jure van opzet om den minderjarige te benadeelen. Al noemt de wetgever die straf nu voortgezette gemeenschap, dan is zij het toch niet. Hij gebruikt zoo

1) Weekblad van 't Recht n^o. 3068. Terecht schrijft daarom Professor van Hall: »Bevat de wetsbepaling niet eigenlijk alleen dit, dat, niettegenstaande de gemeenschap door den dood van den eerststervenden vader of moeder geëindigd is, de verzuimde boedelbeschrijving ten gevolge heeft, dat de sedert gevallen baten, ten opzichte van de minderjarigen, nog onder den niet afgesloten boedel worden begrepen?" *Handl. tot de beoefening van het Burgerl. recht in Nederland*, 240.

dikwijls dezelfde woorden in regtskundigen en in gewonen zin; van daar zoo dikwijls verwarring en verkeerde opvatting. Onder de menigte wijzen wij alleen op het woord *voorwaarde*, welks beteekenis menigvuldig is. Wij herhalen het hier nog eens, dat men niet zoo streng op de woorden zelve moet letten maar den zin en de beteekenis navorschen; want de Nederlandsche wetgever was geen purist. »Leges scire non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem” 1).

De onjuiste bewering, dat de gecontinueerde gemeenschap eene voortzetting der huwelijksgemeenschap was, gaf aanleiding, dat vooral in den laatsten tijd artikel 182 meermalen niet toepasselijk werd geoordeeld op huwelijken, gesloten onder de Fransche, en ontbonden door den dood van een der echtgenooten onder de tegenwoordige wetgeving. Bij alle vonnissen, die in dezen zin werden gewezen, steunde de uitspraak op denzelfden grond nl.:

»dat, volgens art. 38 Transitoire wet, niet artikel 182 B. W., maar art. 1442 C. N., bij de scheiding moet worden toegepast” 2); of:

»dat, volgens art. 38 Transitoire wet, de regten van echte lieden, vóór de invoering van het Burgerlijk Wetboek getrouwd, ten opzichte hunner goederen worden geregeld volgens de wetten, welke in werking waren op het oogenblik van hun huwelijk, of volgens hunne niet bij die wetten verboden hu-

1) Zie *Mr. Schook*, in N. Bijdr. XIV. 134.

2) Zie vonnis der Rechtbank te Tiel, de dato 8 Januari 1864, W. n^o. 2607.

welijksche voorwaarden, onverschillig of het huwelijk vóór of na de invoering der nieuwe wet is ontbonden" 1); of ook wel:

»dat, volgens art. 38 der wet op den overgang van de vroegere tot de nieuwe wetgeving, enz. enz.;

»dat het huwelijk, waarvan de rede is, is gesloten onder de werking van den C. N., zonder huwelijksche voorwaarden, en dus onder het beheer der wettelijke gemeenschap van goederen";

»dat die gemeenschap wordt geregeld door art. 1442 C. N., waarbij is bepaald, dat verzuim van inventaris na den dood van een der echtgenooten de gemeenschap niet doet voortduren." 2)

Evenzoo werd, op grond van art. 38 Transitioire wet, gecoördeld door de Rechtbank te Zutphen, bij vonnis van 30 April 1857, dat artikel 182 niet toepasselijk was op een huwelijk, aangegaan onder de Fransche wetgeving. 3)

Tegen dit vonnis werd door het Bestuur der Registratie cassatie aangeteekend, op grond van »schending en verkeerde toepassing van art. 38 wet op den overgang, in verband met de artt. 1 en 3 dier wet, benevens schending van art. 181 B. W. en van die beide artikelen in verband beschouwd."

Niettegenstaande de conclusie van den Procureur-Generaal, in tegenovergestelden zin, werd het vonnis

1) Zie vonnis der Rechtbank te Groningen, van 11 Juli 1873, W. v. Not. en Reg. n^o. 198.

2) Zie vonnis der Rechtbank te Maastricht, van 23 Januari, 1862, W. n^o. 2448.

3) W. n^o. 1900.

van de Rechtbank echter door den Hoogen Raad bevestigd, bij arrest van 26 Maart 1858 1), waarbij wederom overwogen werd, o. a., »dat de bewering van het bestuur in dadelijken strijd is met de bepaling van art. 38 der wet op den overgang, houdende: »dat de rechten enz. enz.;

»dat uit deze slotbepaling per se volgt, dat de nieuwe wet in casu niet mag worden toegepast, daar toch bij die toepassing het niet meer om het even zoude zijn, op welk tijdstip het huwelijk ontbonden was, maar dat integendeel juist dat tijdstip der ontbinding de rechten der echtelieden zoude regelen.”

Tien jaren later werd door den Hoogen Raad weder in dien zelfden zin een arrest gewezen. De Rechtbank te Maastricht had nl., bij vonnis van 17 Januarij 1867 2) eene andere opvatting van art. 182 gehuldigd en overwogen: »dat de bepalingen van dit artikel 182 B. W., evenmin als die van art. 1442 C. N., ten doel hebben de regeling der huwelijksrechten tusschen echtgenooten, (wat toch door het overlijden van een derzelve onmogelijk is geworden, als zijnde er ten gevolge van het overlijden geene echtgenooten meer), maar dat zij strekken tot waarborging der rechten van minderjarigen, en dat zij mitsdien van toepassing zijn, onverschillig of de gemeenschap, betrekkelijk welke zij worden toegepast, haren aanvang heeft genomen vóór of na de invoering van het tegenwoordig Burgerlijk wetboek.”

Ook nu weder werd als middel van cassatie aange-

1) W. n^o. 1945.

2) W. n^o. 2930.

voerd: »schending en verkeerde toepassing van art. 38 der wet op den overgang van de vroegere tot de nieuwe wetgeving, en van de slotbepaling van art 182 B. W., door het laatstgemelde ook toepasselijk te oordeelen, waar het huwelijk is gesloten onder het régime van den C. N.».

De H. R. hield dus vast aan de vroeger gehuldigde leer, hoewel de zeer opmerkelijke conclusie van den Advocaat-Generaal wederom een tegenovergesteld gevoelen verdedigde, en vernietigde het vonnis, bij arrest van 24 December 1868 1), overwegende o. a.:

»dat, naar art. 38 der Wet op den overgang, de regten van echtelieden, vóór de invoering van het Burgerlijk Wetboek getrouwd, ten opzichte hunner goederen worden geregeld volgens de wetten, in werking op het oogenblik van het huwelijk, om het even op welk tijdstip dit is ontbonden;»

»dat onder die regeling behoort de wijze van ontbinding der gemeenschap, en dat daartoe mede betrekking heeft de slotbepaling van art. 182 B. W. voorschrijvende, dat, bij gebreke van boedelbeschrijving na het overlijden van één der echtgenooten, de gemeenschap voortduurt ten voordeele, doch nimmer ten nadeele der minderjarigen;»

»dat hoewel deze bepaling is genomen in een maatschappelijk belang, dat der minderjarigen, dit echter niet wegneemt, dat zij is eene uitzondering op den regel van art. 180 n^o. 1, volgens welke de gemeenschap van regtswege door den dood wordt ontbonden, en dat zij regelt de regten van den langst-

1) W. n^o. 3068.

levende der echtgenooten ten opzichte van de goederen der gemeenschap, hoewel tevens, die zijner minderjarige kinderen;”

»dat derhalve de onder vigueur van den Code Napoléon gehuwde echtgenooten zich stilzwijgend hebben onderworpen aan de toen dit punt regelende bepaling van art. 1442, 2^{de} zinsnede, van dien Code, geenszins aan de tijdens de ontbinding van hun huwelijk vigeerende slotbepaling van art. 182 B. W., en dat eene tegenovergestelde uitlegging der wet zoude medebrengen, dat, in strijd met het slot van art. 38 der wet op den overgang, het tijdstip der ontbinding van het huwelijk de regten der echtelieden zoude regelen” 1).

Het is bekend, dat in het oudvaderlandsche recht, ten opzichte van de gecontinueerde gemeenschap over het algemeen gold de costume van de plaats, waar het huwelijk door den dood van een der echtgenooten werd ontbonden, omdat daar de gecontinueerde gemeenschap eerst een aanvang genomen had. Zoo leest men bij Voet: »Caeterum in hac morum atque statutorum varietate circa societatis continuationem aut resolutionem resolvendi modos, inventariique confectionem, observanda videtur tantum *lex loci illius, in quo conjuges tempore soluti matrimonii domicilium fovebant*, licet forte tempore nuptiarum alio in loco, jure diverso utente, maritus domicilium habuisset, ac deinceps matrimonio adhuc constante migrasset, *cum primum dissoluti matri-*

1) Meer dan eene overweging uit dit arrest werd later woordelijk in het voorgeselde Groningsche vonnis overgenomen.

monii momentum vere initium continuationis sit ; initium vero negotii cujusque inspici debeat, non id quod postea supervenit" 1).

In het oudfransche recht werd hierover verschillend gedacht, evenals onder vigueur van den Code Civil. Dalloz 2) beweert, dat art. 1442 moet worden toegepast, al is het huwelijk ook aangegaan tijdens de werking der Coutume de Paris, omdat de gecontinueerde gemeenschap is afgeschaft wegens redenen, die betrekking hadden op de publieke orde, en dus het staatsbelang de werking der Coutume de Paris niet meer kan of mag gedoogen, terwijl bovendien art. 1442 is eene strafbepaling tegen misdrijf (?), welk misdrijf moet gestraft worden door de wet, die op het oogenblik in werking is. Tot bevestiging van zijn gevoelen haalt hij een arrest aan van het Hof van Limoges, de dato 17 Juni 1822. Zoo werd ook hier te lande beslist door het Hoog Gerechtshof te 's Gravenhage, op 5 Maart 1834, dat de gecontinueerde gemeenschap, die volgens sommige Landrechten, tusschen den langstlevenden en de kinderen of erfgenamen van den eerstgestorven echtgenoot bleef bestaan, niet meer zou worden toegepast, wanneer de laatste onder het toen vigeerend Wetboek C. N. zou overleden zijn 3).

Heden ten dage is men dan nu van een ander gevoelen, op grond van art. 38 der Transitoire Wet. Dit artikel luidt aldus :

1) Voet, ad *Pand.*, tit. solut. matrim. XXIV, III. 34.

2) Dalloz, Répertoire XIII, contrat de mariage, n^o. 1623. Zie ook Troplong, t. a. p. § 1357.

3) Zie *Rechtsgel. Adv.* IV. 23.

»De rechten van echte lieden vóór de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek getrouwd, worden, ten opzichte van hunne goederen, geregeld volgens de wetten, welke op het oogenblik van het huwelijk in werking waren, of volgens hunne niet bij die wetten verboden huwelijksche voorwaarden, om het even op welk tijdstip het huwelijk is ontbonden.»

Het is dus slechts de vraag, of art. 182 inbreuk maakt op de regeling der huwelijksrechten, ten opzichte van de goederen der echtgenooten. Dit hangt geheel af van het karakter, dat aan de gecontinueerde gemeenschap wordt toegekend. Beschouwt men haar als inhaerent aan de huwelijksgemeenschap, dan moet ongetwijfeld deze vraag in bevestigenden zin worden beantwoord, doch is de gecontinueerde gemeenschap inderdaad een geheel op zich zelf staand rechtsinstituut, dan moet art. 182 ook toepasselijk worden geacht op huwelijken, in algeheele of beperkte gemeenschap, onder de vroegere wetgeving, aangegaan, en onder de tegenwoordige ontbonden.

»De rechten van echte lieden ten opzichte van hunne goederen,» waarvan art. 38 spreekt, kunnen zeer zeker slechts geregeld worden door de wetten, die tijdens den aanvang van het huwelijk in werking waren. Artikel 1 van de Transitoire wet zegt immers, dat geene wetsverandering, van welken aard ook, invloed kan hebben »op de regten, welke onder vroegere wetgevingen waren verkregen.» Maar welke zijn die zoogenaamde »verkregen rechten»? Dat zijn hier slechts de zoodanige, die hun grond alleen in de wettelijke of beperkte huwelijksgemeenschap hebben, die geheel daaruit kunnen worden afgeleid; »waartoe

het regt reeds geboren was, doch die niet opgevorderd kunnen worden" 1). Het instituut der gecontinueerde gemeenschap doet aan die rechten volstrekt geen afbreuk. Want de huwelijksgemeenschap is reeds, krachtens artikel 181^a, van rechtswege ontbonden door den dood van een der echtgenooten. Ik meen te hebben aangetoond, dat art. 182 hierop volstrekt geene uitzondering maakt, maar tusschen den langstlevende en de minderjarigen een nieuwen toestand doet geboren worden, wanneer de eerste niet aan zijne verplichting tot het opmaken van eene behoorlijke boedelbeschrijving tijdig heeft voldaan. Het is onjuist, dat art. 182 de ontbinding der huwelijksgemeenschap zou regelen. Zulks aan te nemen zou eene miskennis, zoo niet van den naam dan toch zeker van den aard, der gecontinueerde gemeenschap zijn. De ontbinding der huwelijksgemeenschap is reeds in het voorgaande artikel geregeld. Art. 182 regelt alleen de gevolgen der ontbinding, welke later bij de scheiding zullen worden geconstateerd.

Er is dus geen sprake meer, in art. 182, van huwelijksgemeenschap, veel minder van verkregen rechten voor de echtgenooten, ten opzichte van hunne goederen daaruit voortvloeiende, maar wel van plichten voor den langstlevende aan de eene zijde, en rechten van de minderjarigen aan den anderen kant, geboren onder het thans vigeerend Burgerlijk Wetboek, ten opzichte van de goederen, die de langstlevende daarna nog voor zich zal verkrijgen.

De Procureur-Generaal van Maanen, die bij het

1) *Rechtsgel. Adv.* IV. 24.

eerste arrest, op dit punt door den H. R. gewezen, tot toelating van den eisch in cassatie concludeerde 1), meende, dat het geheel van den aard der wetsbepaling van art. 182 afhing, of zij al dan niet van toepassing moet worden geacht op huwelijksgemeenschappen, onder eene andere wetgeving aangegaan. Hij zeide: »Ik zie daarin niets anders dan eene straf, door den Wetgever bedreigd tegen den overgebleven echtgenoot, die aan zijne verplichting tot inventarisatie van den gemeenschappelijken boedel niet voldoet, eene straf, uitsluitend ook ten voordeele der minderjarigen, die buiten staat zijn om voor hunne eigene belangen te waken. Het is een maatregel van voorzorg, dien de Wetgever neemt tegen den langstlevenden echtgenoot, ten behoeve dergenen, wier belangen hij oordeelt, door het verzuim van inventarisatie in de waagschaal te komen. Het is alzoo geen maatregel in het belang der contracteerende partijen zelve, maar der kinderen, die uit het huwelijk zijn ontsproten. Die voortzetting der gemeenschap, alleen in het voordeel, nimmer ten nadeele der minderjarigen, is geen recht, dat aan de echtgenooten over en weder, bij en ten gevolge van het ontstaan der huwelijksgemeenschap, wordt gegeven, maar eene door den Wetgever vastgestelde poenale sanctie van het gebod, dat bij het ontbinden der gemeenschap eene beschrijving moet worden gemaakt der daartoe behorende goederen. — — — — —

Zij ontleent, naar mijne overtuiging, haren oorsprong niet aan eenige stellige of stilzwijgende overeenkomst,

1) Zie W. 1945.

bij het aangaan des huwelijks gesloten, maar alleen aan de wet, aan den wil des Wetgevers, die op deze wijze voor de belangen der kinderen heeft willen waken," enz..

Inderdaad art. 182 mag niet anders worden opgevat dan als een maatregel van maatschappelijk belang, die na de ontbinding der huwelijksgemeenschap zijn ontstaan te danken heeft niet aan het feit, dat vroeger tusschen de echtgenooten gemeenschap van goederen bestond, maar daaraan dat de langstlevende verzuimd heeft voor een behoorlijken inventaris zorg te dragen.

De gecontinueerde gemeenschap is dus geen inhaerent deel der huwelijksgemeenschap maar eene nieuwe, eene strafgemeenschap, »geene conventioneele straf ten behoeve van een der contracteerende partijen bedongen, wegens het niet nakomen van een of ander deel der overeenkomst, maar eene straf, gesteld door den Wetgever, die gemeend heeft te moeten waken voor de belangen der kinderen."

De langstlevende heeft zich aan verzuim schuldig gemaakt onder de werking van het hedendaagsche Burgerlijk Wetboek. Derhalve staat het onzen Wetgever vrij, om dat verzuim te straffen met zoodanige straffen als hij noodig oordeelt, al werd bij den aanvang des huwelijks ook zulk eene straf als onwettig en ontoepasselijk beschouwd 1). Die straffen zijn be-

1) Om voor de toepassing van dit systeem het verzuim van den langstlevende een misdrijf te noemen, is niet noodig. Daarom is de overweging van het aangehaalde Tielsche vonnis juist:

»dat het voorschrift van art. 182 is eene straf op het verzuim der boedelbeschrijving gesteld, dit verzuim toch wel niet een misdrijf kan worden genoemd, en dus art. 52 Transitioire wet alle toepassing mist."

paald in art. 182 en art. 370 B. W., en bij de toepassing van die artikelen is dus geen spoor van strijd tusschen transitoir en hedendaagsch recht aanwezig 1).

Onder de weinige vonnissen, die in onzen geest zijn geweest, is er eene van de Rechtbank te Eindhoven 2), die d. d. 6 September 1847 oordeelde, dat art. 1442 C. N. toepasselijk was op een huwelijk, aangegaan onder de werking van het Wetboek van Lodewijk Napoleon (dat zooals hiervoor blijkt, in art. 196 de *continuata communicatio* kende), wanneer dat huwelijk was ontbonden onder *vigueur* van den C. N., o. a. op grond:

»dat wel is waar de regten, hetzij uit de wet, hetzij uit overeenkomst onherroepelijk verkregen, door geene latere wet kunnen worden verkort, en dat alzoo de onmiddellijke gevolgen van een kontrakt van vroegere dagteekening moeten stand houden, doch dat daarentegen

1) Zie het tegenovergestelde systeem vordedigd door *De Kleijn, Rechtsk. Onderz.*, laatste hoofdstuk.

De Kuijper, t. a. p. blz. 74, laat zich over dezen vermeenden strijd aldus uit:

»Men werpe niet tegen art. 38 in verband met art. 1 van de wet op den overgang van de vroegere tot de nieuwe wetgeving; de Wetgever erkent in die artikelen openlijk het beginsel, bij de beslissing van alle transitoire kwestieën aangenomen, dat alle burgerlijke handelingen en burgerlijke betrekkingen moeten beoordeeld worden naar de wet, geldende op het oogenblik, dat die handelingen zijn geschied, of die betrekkingen zijn aangegaan, onverschillig, of bij eene latere wet, aangaande diezelfde handelingen en betrekkingen, andere bepalingen zijn vastgesteld en andere gevolgen daaraan verbonden; *maar deze artikelen nemen de toepasselijkheid niet weg van eene strafbepaling, door eene latere wet vastgesteld tegen een verzuim onder het beheer dier latere wet begaan.*»

2) *W.* 856.

de accidenteele gevolgen, welke hetzij meestal van de handelingen van partijen afhankelijk zijn, hetzij niet kunnen geacht worden bij de overeenkomst bepaaldelijk te zijn bedoeld, niet als verkregen rechten moeten beschouwd worden, en aan den invloed eener latere wetgeving zijn onderworpen;”

»dat de gecontinueerde gemeenschap als eene poenaliteit wegens verzuim van inventaris moet worden beschouwd; dat dezelve mitsdien onder de accidenteele gevolgen moet gerangschikt worden, en dat dezelve dientengevolge wordt uitgesloten door de bepaling van art. 1442 C. N., welke uitdrukkelijk zegt, dat genoemd verzuim tot geene gecontinueerde gemeenschap zal aanleiding geven.”

Eveneens werd beslist door de Rechtbank te Almelo, bij vonnis van 21 September 1859, dat, waar het ook een huwelijk betreft, aangegaan onder de werking van het wetboek van Lodewijk Napoleon en ontbonden onder vigueur van den C. N., bij het verzuim van het opmaken van den inventaris, art. 1442 C. N. moet worden toegepast; zij overwoog o. a.:

»dat de bij dit wetsartikel (art. 196 W. L. N.) bepaalde voortzetting der gemeenschap niet anders kan beschouwd worden dan als eene straf, waarmede de wet den overblijvenden echtgenoot bedreigt, die aan zijne verplichting tot inventarisatie van den boedel niet voldoet, en een maatregel van voorzorg, uitsluitend genomen in het voordeel der minderjarigen, die zelve voor hunne belangen niet kunnen waken, waarbij dus niet valt te denken aan een recht, dat als in den

1) W. 2341.

aard der huwelijksgemeenschap gelegen, aan de echtgenooten over en weder, bij en door het ontstaan der gemeenschap wordt gegeven, en dat daaruit volgt, dat die voortgezette gemeenschap niet kan worden gehouden voor eene bepaling, behoorende tot het huwelijkscontract, maar is op zich zelf staande, zoodat het recht, daaruit voortvloeiende, niet aan eene overeenkomst der echtgenooten, maar zuiver aan den wil des Wetgevers zijn oorsprong ontleent."

De gecontinueerde gemeenschap tot straf van den langstlevenden echtgenoot is de eenige uit het costumiere recht, die in het hedendaagsche recht is overgebleven 1). Zij ontstaat onmiddellijk na het overlijden van een der echtgenooten, wanneer de langstlevende met minderjarige kinderen achterblijft en tusschen de echtgenooten algheele of beperkte huwelijksgemeenschap heeft bestaan. Want zoo er in 't geheel geene huwelijksgemeenschap bestond, zou er ook geen sprake zijn van gecontinueerde gemeenschap. De langstlevende moet immers eene boedelbeschrijving maken van de goederen, »die de gemeenschap uitmaken."

In de Ontwerpen van 1816 en 1820 was uitdrukkelijk de bepaling opgenomen, dat, ook na de ontbinding der gemeenschap van winst en verlies, de

1) De Rechtbank te Middelburg nam aan, bij vonnis van 9 Februari 1870, dat eene zinsnede in het huwelijkscontract, waarbij bedoeld werd »dat de langstlevende zal blijven in het bezit van den gemeenen boedel, en voor het geval, dat deze, zonder hertrouwd te zijn, kinderloos sterft, de helft zal worden geërfd door de erfgenamen bij versterf van den eerststervende" behoort tot de dispositions prohibées. »Zie ook *de Gelder*, Adviezen, IV. 327.

gecontinueerde gemeenschap zou bestaan, en wel in dienzelfden omvang, als dit het geval zou zijn bij ontbinding der algeheele gemeenschap. Evenwel zou dit niet het geval zijn bij ontbinding der gemeenschap van vruchten en inkomsten.

Deze laatste uitzondering is voor het hedendaagsche recht niet aan te nemen, want de langstlevende moet eenen inventaris opmaken van de goederen, die de gemeenschap uitmaken, en die goederen kunnen zich evenzeer in de gemeenschap van winst en verlies als van vruchten en inkomsten bevinden. Na ontbinding van elke huwelijksgemeenschap dus kan de gecontinueerde gemeenschap ontstaan, duurt *de* gemeenschap voort, d. w. z. de *communio omnium bonorum*, die nimmer ten nadeele van de kinderen kan zijn. Welke beperkte huwelijksgemeenschap ook tusschen de echtgenooten hebbe bestaan, zoo behoudt de gecontinueerde gemeenschap haar eigen, onveranderlijk karakter, omdat zij niet is eene voortzetting daarvan, maar eene nieuwe, eene strafgemeenschap 1).

Evenmin als artikel 182 duidelijk het begin der gecontinueerde gemeenschap heeft aangewezen, evenmin heeft het haren duur bepaald. In het costumiere recht kon de ontbinding der gecontinueerde gemeenschap op meer dan ééne wijze geschieden, doch gewoonlijk maakte de langstlevende er een einde aan door het geven van staat en inventaris, »alles

1) Zij, die in de gecontinueerde gemeenschap slechts eene voortgezette huwelijksgemeenschap zien, kennen na de ontbinding der gemeenschap van winst en verlies slechts eene gecontinueerde gemeenschap van winst en verlies, enz..

naar de keure van de plaatse, daar 't sterfhuis gevallen is."

In dien zelfden geest luidde art. 196 van het wetboek van Lodewijk Napoleon, bepalende, dat »deze gemeenschap blijft voortduren tot den tijd toe, dat die inventaris gemaakt zal zijn." Volgens de Ontwerpen van 1816 (art. 259) en van art. 1820 (art. 264) eindigde de gecontinueerde gemeenschap:

1^o. zoodra de inventaris was opgemaakt, hetzij de scheiding daarop al of niet was gevolgd;

2^o. door de vertichting;

3^o. door overlijden van den langstlevende.

Zowel de woorden als de beteekenis van artikel 182 regelen het einde der gecontinueerde gemeenschap volgens hedendaagsch recht aldus:

1^o. *door den dood van den langstlevenden echtgenoot.*

De regel »morte socii solvitur societas" kan hier wederom toegepast worden. Evenals de huwelijksgemeenschap steeds wordt ontbonden door den dood van een der echtgenooten, zoo eindigt de gecontinueerde gemeenschap met den dood van den langstlevende. Deze geldt in de gecontinueerde gemeenschap voor den eenen socius, de minderjarigen te samen voor den anderen. Door het overlijden van een hunner wordt dus de gecontinueerde gemeenschap niet ontbonden. De toeziende voogd moet zorg dragen, dat hetgeen van diens nalatenschap aan den langstlevenden opkomt, wederom in de gecontinueerde gemeenschap valt, zooals straks blijken zal. Zijn alle minderjarigen op een na gestorven, dan blijft met dien laatsten de gecontinueerde gemeenschap bestaan, terwijl de dood van dezen ook de

ontbinding der gecontinueerde gemeenschap medebrengt.

1^o. door de meerderjarigheid der kinderen.

Alleen ten behoeve van minderjarige kinderen toch, bepaalde de Wetgever, dat de langstlevende binnen drie maanden inventaris zou opmaken, en dat bij gebreke daarvan eene gecontinueerde gemeenschap tusschen hem en de minderjarigen zou ontstaan. Zoodra dus de kinderen meerderjarig worden, houdt ten hunnen aanzien de gecontinueerde gemeenschap op, en kunnen zij daaruit verder geen voordeel trekken. Immers kunnen zij dan den langstlevende noodzaken tot inventarisatie en scheiding; zij behoeven dus niet langer deel uit te maken van eene gemeenschap waarin zij buiten hunne schuld zijn geraakt. Daarom is het nog geen wonderlijke toestand, dat de gecontinueerde gemeenschap wel voor minderjarigen, niet voor meerderjarige kinderen bestaat. Want de laatsten kunnen door inventarisatie steeds hun aandeel in den gemeenen boedel deelachtig worden. De minderjarigen kunnen dat niet, en zouden van de willekeur der langstlevenden afhangen, indien de wet door het instituut der gecontinueerde gemeenschap niet gezorgd had, dat zij evenzeer recht hebben op dat aandeel, in welken staat ook de boedel verkeert, benevens op het voordeel, dat, bij het einde, de gecontinueerde gemeenschap ten hunnen opzichte zal blijken te hebben opgeleverd. De gemeene boedel blijft dus voor minderjarigen en meerderjarigen dezelfde -- en de verdeeling daarvan insgelijks. De gecontinueerde gemeenschap tusschen den langstlevenden en de minderjarigen staat geheel op zich zelf.

3°. door het opmaken eener boedelbeschrijving bij onderhandsche of authentieke acte, in tegenwoordigheid van den toezienenden voogd 1).

Voor al in den laatsten tijd is dikwijls de vraag ter sprake gekomen, of de langstlevende door het opmaken van eenen inventaris na den tijd van drie maanden een einde aan de gecontinueerde gemeenschap kan maken. In dit opzicht loopen de gevoelens der rechtsgeleerden zeer uiteen. Als bewijs van hoeveel belang men ook deze kwestie voor de praktijk acht, diene, dat op de algemeene vergadering der Notarissen van 1 Augustus 1871 een lid uit den ring Gorinchem garantie vroeg voor de kosten van een geding over de voortzetting der gemeenschap, al of niet na eenen inventaris meer dan drie maanden na het overlijden opgemaakt. Het hoofdbestuur heeft die garantie tot een bepaalde som toegestaan (f 300).

1) In het *Correspondentie-Blad*, n°. 31, blz. 334 en 335 waar men in de gecontinueerde gemeenschap slechts voortzetting der huwelijksgemeenschap ziet, worden terecht de volgende vragen gedaan:

»Tot hoelang duurt de gecontinueerde gemeenschap voort?

»Tot aan de boedelschrijving.»

»Maar dat is geen middel om eene gemeenschap (lees: huwelijksgemeenschap) te doen ontbinden.»

»Tot aan de boedelscheiding.»

»Maar dat is ook geen middel om de gemeenschap te ontbinden, ofschoon het eene ontbondene gemeenschap doet ophouden.»

»Tot aan den dood van den langstlevenden echtgenoot.»

»Voorwaar dit zou eene straf zijn, welke billijkheid in verhouding tot de nalatigheid kan worden betwijfeld.»

Zoowel in het oudvaderlandsche recht, als in de ontwerpen van 1816 en 1820 en in het wetboek van Lod. Nap. kon de langstlevende door eenen inventaris, wanneer dan ook opgemaakt, een einde maken aan de gecontinueerde gemeenschap. De woorden zoowel als de ratio legis van art. 182 laten eene dergelijke opvatting ook in het hedendaagsche recht toe. Immers het artikel zegt duidelijk: »Bij gebreke van zoodanige boedelbeschrijving duurt de gemeenschap voort,» m. a. w. zoolang de langstlevende geene openbare of onderhandsche boedelbeschrijving heeft opgemaakt in tegenwoordigheid van den toezienden voogd, bestaat de gecontinueerde gemeenschap. Dat aan die woorden dergelijke uitlegging moet gegeven worden, is reeds hierboven aangetoond.

De gecontinueerde gemeenschap had haar ontstaan alleen te danken aan het feit, dat de langstlevende verzuimd had, de boedelbeschrijving te geven. Zoodra hij aan dezen plicht voldoet, ontnemt hij aan het bestaan der gecontinueerde gemeenschap haren grond en valt zij noodwendig weg. *Cessante causa cessat effectus.*

De ratio legis van het artikel is eene straf voor den langstlevende in het belang der minderjarigen. Dat belang bestaat in eene zoo spoedig mogelijk opgemaakte boedelbeschrijving. Door nu de gecontinueerde gemeenschap langer te laten voortduren dan noodig is, zou dat belang ten zeerste worden gekrenkt. De tijdsbepaling van art. 182 strekte ten doel om den inventaris zoo nauwkeurig mogelijk den toestand des boedels te doen constateeren, zooals die was op het oogenblik van overlijden van den eerstgestorven echtgenoot. Door een lateren inventaris

is die waarborg gedeeltelijk verloren gegaan, doch ter aanvulling daarvan is juist de gecontinueerde gemeenschap in het leven getreden.

De Kleyn noemt dit gevoelen eene vrij algemeen heerschende dwaling, en dat wel om verschillende redenen, »Art. 182,» zegt hij, »spreekt slechts van ééne boedelbeschrijving.» Oppervlakkig gezien is dit het geval, doch reeds is duidelijk aangetoond, dat, bij eene juiste opvatting van den aanvang der laatste zinsnede van het artikel, daarin nog eene tweede boedelbeschrijving ligt opgesloten. »Het is inconsequent om aan te nemen, dat eene latere boedelbeschrijving niet in staat is, de in art. 370 opgelegde straf te doen eindigen, maar wel die, welke nevens deze in art. 182 aan den overblijvenden echtgenoot is opgelegd.» Tot dit onderscheid geven aanleiding in de eerste plaats de woorden der beide artikelen, en in de tweede plaats het karakter der straf. In art. 182 wordt het niet bestaan der boedelbeschrijving gestraft met de gecontinueerde gemeenschap, in art. 370 het verzuim, om dien binnen bepaalden tijd op te maken, met het verlies van vruchtgenot. Beide straffen hebben dus geheel verschillende grondslag. »De langstlevende heeft een misdrijf gepleegd, waaraan de schuldige door geene kunstgrepen mag kunnen ontsnappen.» Het is zeer twijfelachtig, of hier van misdrijf in eigenlijken zin sprake is, maar aan den anderen kant mag de straf nooit langer duren, dan in het belang der minderjarigen noodzakelijk is. En dezen hebben zeer zeker belang bij het zoo spoedig mogelijk opmaken van den inventaris. Dit is echter juist, wat de Kleyn ontkent: »Zou zulk eene door den overblijvenden echtgenoot

geleverde boedelbeschrijving iets meer insluiten dan de zeer vleijende (?) dankbetuiging voor den Wetgever, dat hij hem zoo uitmuntend in de gelegenheid gesteld heeft, om zich ten koste van minderjarige weezen te verrijken; en de kennisgeving, dat zijn gelddorst bevredigd is, en hij zijn illustre bedrijf staakte! Zou zij in elk geval den vader of moeder de teruggave niet kunnen doen staken van hetgeen den minderjarigen wederrechtelijk ontnomen is!" Hierop moge alleen ten antwoord dienen, dat de toeziende voogd de verplichting heeft op zich genomen, om voor de belangen der minderjarigen behoorlijk zorg te dragen 1).

Voor de bewering, dat de bepalingen, omtrent het einde der gecontinueerde gemeenschap door een later opgemaakten inventaris, uit ons Wetboek voorbedachtelijk zijn weggelaten, is nergens bewijs te vinden. Integendeel 2).

Omtrent deze kwestie zijn verschillende vonnissen geweest. De rechtbank te Arnhem oordeelde, bij vonnis van 28 Maart 1861 3), dat een later opgemaakte inventaris de gecontinueerde gemeenschap doet eindigen. Daarentegen was de Arrondissements-Rechtbank te Utrecht, bij vonnis van 4 Januari 1860 4), van een ander gevoelen, evenals de rechtbank te Gorinchem, die den 5^{den} Maart 1872 eene beschikking gaf, waarbij werd uitgemaakt, dat de gecontinueerde gemeenschap door een later opgemaakten inventaris niet wordt ontbonden 5).

1) *De Kleyn, Rechtsk. Onderz.* 84—94.

2) Zie die bewering bij de *Kuijper*, t. a. p. 96.

3) Zie Weekbl. n^o. 2289.

4) Zie Weekbl. n^o. 2199.

5) Zie W. v. Not. en Reg. n^o. 117.

De aanleiding tot het verzoek, waarop deze beschikking werd verleend, was ongeveer deze: De requestrant, die met zijne kinderen in gecontinueerde gemeenschap leefde, had twee jaren na den aanvang daarvan een inventaris opgemaakt. Daarna had hij eenig land gekocht, en thans, in de gelegenheid zijnde, dit wederom voor eenen aanzienlijken prijs te verkoopen, meende de persoon, die het land van hem koopen wilde, dat hij tot dien verkoop de machtiging behoefde van de Arrondissements-Rechtbank, omdat door het niet opmaken van eenen inventaris, binnen den tijd van drie maanden na het overlijden zijner echtgenoot, eene gecontinueerde gemeenschap tusschen hem en zijne kinderen ontstaan was, en derhalve het door hem gekochte onroerend goed behoorde tot de baten van die gemeenschap, en mitsdien onverdeeld aan de minderjarigen toekwam. Op uitdrukkelijk verzoek van den aanstaanden kooper verzocht hij dus machtiging tot onderhandschen verkoop. De rechtbank overwoog bij die gelegenheid:

„dat evenmin als eenige gemeenschap door eenen inventaris ophoudt te bestaan, evenmin aan die voortgezette gemeenschap door het opmaken van eenen inventaris een einde kan worden gemaakt, vermits het opmaken van een inventaris geen middel is, om eene gemeenschap te ontbinden.”

De rechtbank achtte deze beschouwing geheel in overeenstemming met art. 182, en wel omdat zij aan het woord gemeenschap in de laatste zinsnede van het artikel dezelfde beteekenis hecht, als welke dat woord in de eerste heeft, nl. die van huwelijksgemeenschap. Zij ziet derhalve in de gecontinueerde ge-

meenschap slechts eene (fictieve) voortduring der vroeger bestaande huwelijksgemeenschap, en geen zelfstandig rechtsinstituut.

Men zou met recht kunnen vragen, waarom de gecontinueerde gemeenschap wel kan ontstaan door het niet opmaken van den inventaris, maar omgekeerd niet kan eindigen door het wel opmaken daarvan. Even goed toch als, bij gebreke van een behoorlijken inventaris, de gecontinueerde gemeenschap ontstaat, even goed kan zij een einde nemen, wanneer de oorzaak van haar ontstaan is weggenomen.

De requestrant nam met de beschikking van de rechtbank dan ook geen genoegen, en kwam daarvan in appèl bij het Provinciaal Gerechtshof van Zuid-Holland, onder meer te kennen gevende :

»dat, zelfs ingeval men eene direkte continuatie (der huwelijksgemeenschap) wil aannemen, die in elk geval ophoudt bij het maken van een' inventaris;»

»dat het nimmer de bedoeling van den burgerlijken Wetgever kan geweest zijn, straffen te bepalen, naardien die bevoegdheid behoort bij den strafwetgever, zoodat de bepaling van art. 182 niet gemaakt is met de bedoeling, den nalatigen ouder met straf te bedreigen, maar enkel om te zorgen, dat er zoo veel mogelijk inventaris werd opgemaakt;»

»dat het in den aard der zaak ligt, dat de Wetgever eenen zekeren termijn bepaalt, van waar de garantie van den vader of moeder aanvangt, doch daaruit geenszins volgt, dat die door het later maken van een inventaris niet zou ophouden;»

»dat de bewering van de Arrondissements-Rechtbank, dat eene gecontinueerde gemeenschap slechts

op dezelfde wijze kan ontbonden worden als eene gewone gemeenschap, en het maken van eenen inventaris bij art. 182 van het B. W. niet is opgenomen onder de wijzen, waarop eene gemeenschap eindigt, niet kan opgaan, naardien, even goed als eene gemeenschap tijdelijk kan doorloopen door eene fictie der wet (het niet opmaken van eenen inventaris), even goed die gemeenschap wederom kan ophouden door dezelfde fictie van de wet, nl. het opmaken van eenen inventaris."

Door eene fictie wordt de gemeenschap geacht voort te bestaan, maar eigenlijk is het niettemin eene geheel nieuwe gemeenschap, welker einde aan artikel 181 niet kan worden getoetst. Minder juist schijnt de bewering, »dat de bepaling van art. 182 niet gemaakt is met bedoeling om den nalatigen ouder met straf te bedreigen." Zoowel uit het voorstel van de derde afdeling, als uit de natuur der gecontinueerde gemeenschap, zooals die in de laatste woorden van art. 182 wordt geschetst, blijkt, dat hier wel degelijk aan straf voor den nalatigen echtgenoot te denken is. De bevoegdheid om straffen te bepalen behoort zeer zeker ook bij den Burgerlijken Wetgever te huis. Men denke slechts aan de vergoeding van kosten, schaden en interessen, welke straf hier door den Wetgever niet kon worden toegepast, omdat de maat dier vergoeding hier a priori onmogelijk te bepalen is. Echter is het verzuim van den langstlevende geen misdrijf, waarom dan ook de straf der gecontinueerde gemeenschap niet zoo gestreng mogelijk moet worden toegepast, zooals men wel eens beweerd heeft, en zeker niet verder dan het belang der minderjarigen vordert.

Het Hof vereenigde zich dus met het gevoelen van den requestant, en gaf, den 6den Mei 1872, een arrest, waarbij de beschikking der Rechtbank vernietigd, en de machtiging niet noodig geoordeeld, m. a. w. geconstateerd werd: *dat de gecontinueerde gemeenschap door en op het tijdstip van het opmaken van eenen inventaris wordt ontbonden 1).*

Ook de Arrondissements-Rechtbank zelve kwam van hare meening terug, en gaf, den 19den November van hetzelfde jaar, een vonnis, waarbij zij te kennen gaf, dat de gecontinueerde gemeenschap steeds door het opmaken van eenen inventaris wordt ontbonden 2).

Het verlies van vruchtgenot kan echter door een' inventaris, na verloop van drie maanden opgemaakt, niet worden hersteld. Art. 370 zegt duidelijk, dat door het *verzuim* het vruchtgenot wordt verloren. De Fransche schrijvers over art. 1442 C. N., waaraan art. 370 zijn oorsprong ontleent, dachten hierover eveneens. »L'inventaire tardif," zegt Troplong, »ne fait pas revivre le droit d'usufruit pour l'avenir; il ne rétablit pas le père ou la mère dans un droit définitivement abrogé."

De inventaris, die een einde aan de gecontinueerde gemeenschap gemaakt heeft, moet tot grondslag voor de scheiding worden genomen. Dan eerst is de toepassing van art. 1112 daar, waarvan Diephuis spreekt 3).

1) Weekbl. v. Not. en Reg. n^o. 130.

2) Ibid. n^o. 58.

3) *Diephuis*, Het Nederl. Burg. recht, I. 836, 837. Het beroep van Mr. de *Kuijper* op dit artikel is dan ook geheel onjuist.

Zoolang die ontbinding niet aanwezig is, kan van dit artikel geen gebruik gemaakt worden, want dan bestaat er geen onverdeelde boedel. Gemeenschap en onverdeelde boedel als synoniem te beschouwen, gaat niet aan. De laatste is dan eerst aanwezig, als de eerste ontbonden is.

»Ten voordeele van de minderjarigen, doch nimmer ten hunnen nadeele.»

In het oudvaderlandsche recht liep de gecontinueerde gemeenschap zoowel ten voordeele van de minderjarige als van de meerderjarige kinderen. Thans alleen ten voordeele van de eersten. Zoodra zij meerderjarig worden, is ten hunnen opzichte de ratio legis verdwenen, en blijven zij derhalve buiten de voordeelen, die ten gunste hunner minderjarige broeders en zusters, tot aan het einde der gecontinueerde gemeenschap, daarin vallen. Schüller 1) beweert wel het tegenovergestelde, doch het artikel spreekt stellig alleen van »minderjarigen.» Heeft dus de overleden echtgenoot deels minderjarige, deels meerderjarige kinderen nagelaten, dan heeft ten opzichte van deze laatsten de gecontinueerde gemeenschap nooit bestaan. Komt aan den overgebleven echtgenoot eene erfenis op, die in de gecontinueerde gemeenschap valt, dan zal, zoo die erfenis b. v. f1000 bedraagt, daarvan later bij de scheiding f500 aan de minderjarigen worden aanbedeeld, terwijl de meerderjarigen niets krijgen.

Ten einde te weten, in welken zin de gecontinueerde gemeenschap slechts ten voordeele der min-

1) Zie Burg. Wetb., aanteekening op art. 182.

derjarigen kan zijn, is het noodig na te gaan, welke de baten en lasten dier gemeenschap zijn.

De Groot had reeds van het boedelhouderschap gezegd: »zoo komt de helft van alle de aankomsten, die na de dood van den eerstoverleden den boedel aankomen, *zoowel by erfenisse als anderzints*, voor de helft aan de kinderen, zonder dat de kinderen de schade, die in dezelve tydt zoude mogen vallen, helpen dragen, zonder dat ook de belastinge, ofte wat anders by den langstlevende zou werden mogen gedaan, de kinderen eenigzints hinderlyk kan zyn" 1). Reeds is echter aangetoond, dat deze woorden van de Groot volstrekt niet als het algemeene recht van den lande kunnen worden opgevat, maar dat de baten en lasten der gecontinueerde gemeenschap steeds afhingen van de woorden der costume, geldende in de plaats, waar de gecontinueerde gemeenschap was opengevallen. Naar de Coutume de Paris vielen in de gecontinueerde gemeenschap »tous les biens meubles et conquêts immeubles du survivant," terwijl al wat de kinderen bezaten of verkregen er buiten bleef. Van beide rechten verschilde het wetboek van Lodewijk Napoleon, volgens hetwelk alle voordeelen, die den boedel aankwamen, van welken kant ook, voor de helft aan de kinderen kwamen, terwijl de verliezen geheel voor rekening van den langstlevende waren.

Voor het hedendaagsche recht moet hier alles uit het karakter der gecontinueerde gemeenschap en uit de laatste woorden van artikel 182 worden afgeleid.

1) Inleiding, II. XIII.

Wat de baten betreft der gecontinueerde gemeenschap, is alzoo het volgende aan te nemen:

1^o. Alles wat op het oogenblik van het overlijden van den eerstgestorven echtgenoot tot de huwelijksgemeenschap behoorde, (nl. »de goederen, die de gemeenschap uitmaken») valt in de gecontinueerde gemeenschap.

2^o. Alles wat de langstlevende echtgenoot na dien tijd door erfenis, legaat of schenking verkrijgt, valt eveneens in de gecontinueerde gemeenschap. Wat echter de kinderen op die wijze verkrijgen, valt er buiten, omdat anders de gecontinueerde gemeenschap niet »ten hunnen voordeele» zou zijn.

Deze woorden vereischen eenige toelichting 1).

In art. 262 van het Ontwerp van 1816 en in art. 263 van het Ontwerp van 1820 was het door mij gezegde uitdrukkelijk bepaald. Evenmin als het zeker is, dat de Wetgever van 1838 tot die beginselen is willen terugkeeren, kan het bewijs geleverd worden, dat hij dit niet heeft willen doen. Dat een dergelijk artikel als het bovenstaande niet in ons Burgerlijk Wetboek is opgenomen, doet ook minder ter zake, wanneer men bedenkt, dat ter wille van de vereeniging met België, het geheele beginsel van de gecontinueerde gemeenschap,

1) Sommige rechtsgeleerden, die in de gecontinueerde gemeenschap eene strenge voortzetting zien der huwelijksgemeenschap, meenen, dat de erfenissen, schenkingen en legaten, die zoowel den langstlevende als den kinderen aankomen, in de gecontinueerde gemeenschap vallen.

Zie *Behandeling van verschillende vraagstukken*, II. blz. 8. Anderen als *Loke* t. a. p. blz. 436 en *v. Uye Pieterse* t. a. p. blz. 80, beweren, dat de erfenissen enz. van beide kanten er buiten blijven.

zooals dit in het ontwerp van 1820 was geregeld, werd prijs gegeven, en niet in het wetboek van 1830 werd opgenomen. Wanneer echtgenooten in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, is het gevolg daarvan, dat, wanneer een van hen eene erfenis verkrijgt, de ander daarop, krachtens die gemeenschap, terstond voor de helft recht heeft. De gecontinueerde gemeenschap brengt, wat de goederen betreft, dienzelfden toestand, al is zij fictief, mede ten opzichte van den langstlevende en zijne kinderen. Tusschen hen bestaat eene nieuwe gemeenschap van goederen, door de nalatigheid van den langstlevende te voorschijn geroepen, doch zóó eigenaardig, dat die gemeenschap wel ten voordeele, doch nimmer ten nadeele van de minderjarigen kan zijn. Krachtens die gemeenschap hebben zij, zoodra den langstlevenden eenig voordeel aankomt, daarop recht voor de helft, terwijl alles, wat zij op eenige wijze verkrijgen, er buiten blijft, omdat anders de gecontinueerde gemeenschap hun nadeel zou opleveren.

In dien zelfden zin werd geoordeeld door de Rechtbank te Utrecht, in een vonnis van den 18^{den} Mei 1859, welk vonnis door den Hoogen Raad werd bevestigd, bij arrest van 13 September 1859 1).

Het beroep der Rechtbank op de Groot, die ook alles wat »door erfenisse als anderzints» den langstlevende opkwam, in de gecontinueerde gemeenschap deed vallen, — van daar de leer, dat art. 182, in dezen zin, uit het oudvaderlandsche recht zou overgenomen zijn, — is minder juist. Wat de Groot opgaf als jus commune, was het niet, maar gold, zooals hiervoor

1) Zie *Weekblad van 't Recht*, n. 2101.

*den geheel
analoge met
de huwelijk
gemeenschap
in Nederland.
den zou ook bij
beperkte huwelijk
gemeenschap
beperkten
overgenomen
schap van de
schied. etc. etc.
den kon open*

Loke heeft hier medebrachten. In dien zin zou Loke ook recht hebben, wanneer hij in zijn Handboek beweert, dat de gecontinueerde gemeenschap slechts omvat de winsten, welke de langstlevende of ook de minderjarige door arbeid, spaarzaamheid of uit anderen hoofde hebben verkregen. — Ook deze leer steunt op het oudvaderlandsche recht, b. v. op de costumen van Utrecht, en het gevoelen van Lijbrechts, die ook geloofde, dat »de winsten van erfenissen of giften, die hunne oorzaak uit den boedel niet hebben, verstaan worden, aan den langstlevende, hem aanbestorven zijnde, vrij te komen” 1). Een beroep op het oudvaderlandsche recht kan alzoo in dit opzicht niet baten.

De erfenis, aan den langstlevende opgekomen, die met zijne kinderen in gecontinueerde gemeenschap leeft, behoort dus, krachtens die gemeenschap, voor de helft aan de kinderen 2). Wanneer nu echter de erfenis, het legaat of de schenking aan den langstlevende is opgekomen, onder voorwaarde, dat noch het een noch het ander in de gecontinueerde gemeenschap mocht vallen, dan blijft het er buiten. Deze regel lijdt nochtans uitzondering voor het gedeelte, waarover de erflater niet beschikken kon. Wanneer iemand toch zijnen zoon tot algeheelen erfgenaam institueert, onder bepaling, dat zijne geheele nalatenschap zal buitengesloten blijven van de tusschen zijn zoon en diens echtgenootte bestaande huwelijksgemeenschap,

1) Zie diens »redenerend verhoog over 't Notarisampt,” I, 10, 15.

2) Zie hierover nog een vonnis van de Arrondissements-Rechtbank te Gorinchem, de dato 25 Januari 1873.

*E wor? Is deze
 een af. strafvult &
 in de gemeenschap
 kan contracten
 dit dan niet wor-
 den chondu?*

dan is die beschikking ten deele nietig. Want de
gemeenschap heeft recht op het wettig erfdeel, dat
den zoon toekomt en waarover de erflater niet be-
schikken mag 1).

*En waar om
over zien op
de wet?*

Even als nu die legitieme van rechtswege in de
gemeenschap valt, komt in de gecontinueerde ge-
meenschap, wat den langstlevende als wettig erfdeel
toevalt, omdat de erflater daarover geene beschik-
kingen maken kan. De wet kent haar toe, en volgens
de wet maakt zij onmiddellijk een deel uit van de
gecontinueerde gemeenschap.

3°. Eveneens behoort tot de gecontinueerde ge-
meenschap alles, wat de langstlevende door handel,
beroep of spaarzaamheid enz. verkrijgt, benevens de
vruchten en inkomsten van een en ander.

Art. 370 ontzegt aan den vader het vruchtgenot
van de goederen zijner minderjarige kinderen. Tot
die goederen behoort de helft der gecontinueerde
gemeenschap, waarvan de vruchten ook buiten het
bereik van den langstlevende vallen 2). Een en ander
moet bij de scheiding worden verrekend. Indien b.v.
daarbij aan de kinderen wordt toebedeeld eene som
van f 20.000, en de gecontinueerde gemeenschap heeft
10 jaren geduurd, dan moeten tevens aan de kinderen

1) Zie vonnis der Arrondissements-Rechtbank te *Nijmegen*, de dato
30 *Sept.* 1862, in het Weekbl. n°. 2440.

Dit vonnis werd door het Hof van Gelderland bevestigd, bij
arrest van 17 *Juni* 1863. Zie *Rechtsgel. Bijbl.* van 1864, blz. 89.

2) De vruchten der goederen, die aan de minderjarigen toebe-
hooren, mogen dus geen bestanddeel van de gemeenschap uitmaken,
terwijl de vruchten van de goederen van den langstlevende daar-
aan nimmer mogen worden onttrokken.

worden te goed gedaan de vruchten van dat kapitaal berekend over dat aantal jaren. Berekenet men de interest van dat kapitaal tegen 4% 's jaars, dan zal de f 20.000 der minderjarigen nog moeten worden vermeerderd met een som van f 8000, tenzij de langstlevende door deugdelyke bescheiden mocht kunnen bewyzen, dat de minderjarigen op de renten van zekere in de gemeenschap gevallen kapitalen, b. v. door erfenis, legaat of schenking, slechts recht hebben gedurende een minder aantal jaren dan de gecontinueerde gemeenschap geduurd heeft 1).

4°. Eindelijk behoort tot de gecontinueerde gemeenschap wat de langstlevende door huwelyksgemeenschap verkrijgt, wanneer hij een tweede huwelyk aangaat. Want niettegenstaande dat tweede huwelyk, blijft de gecontinueerde gemeenschap bestaan, en worden hare baten met het aandeel van den langstlevende in de nieuwe huwelyksgemeenschap vermeerderd. Er bestaan dus twee gemeenschappen

1) *De Kuijper* twijfelt, »of zij nog wel afzonderlijk aanspraak hebben op de vruchten en inkomsten der in het gemeen gehouden goederen, in strijd met de woorden der wet, daar die vruchten en inkomsten hebben medegewerkt tot de verbetering van den toestand, waarom zij de voortdoring der gemeenschap aannemen; maar wat, zoo de gemeenschap bepaaldelyk door erfeningen, den langstlevenden opgekomen, aanzienlyk is verbeterd? De billijkheid en de kinderlyke erkentelykheid, de kiescheid zelve, zal die vordering meerendeels niet doen plaats hebben; maar zoude de letter der wet den onnatuurlyken zoon niet ter hulpe zijner niet kinderlyke eischen komen? Want het blijven bestaan van art. 370, na de aanneming van art. 182, kan niet, als bloote vergissing, tot wegcijfering van de strafbepaling van art. 370, worden aangemerkt". t. a. p. 116.

naast elkaar, in beide van welke de hertrouwde echtgenoot is geïnteresseerd, terwijl de nieuwe echtgenoot en de voorkinderen tot elkander in geene betrekking staan. De Martini zegt daarvan: »om te kunnen bepalen, wat in ieder dezer twee gemeenschappen zij aangebracht, moet het kapitaal van beide de gemeenschappen worden opgemaakt, zoodanig als het stond op het tijdstip van het aangaan des nieuwen huwelijks. Bij het eindigen der beide gemeenschappen wordt opgemaakt, hoeveel winst of verlies aan ieder van haar is opgekomen, en hoe dit over en weer zij te verdeelen.» Dat die verdeling tot groote verwarring en moeielijkheden aanleiding gaf, werd reeds in het costumiere recht erkend. Simon van Leeuwen, v. d. Keessel en Pothier gaven verschillende voorbeelden van verdeling eener gecontinueerde gemeenschap, waarbij de kinderen gerechtigd zijn tot de aanbrenst van den nieuwen echtgenoot in de baten der huwelijksgemeenschap. Die verdeling wordt hoe langer hoe moeielijker, bijaldien de langstlevende een derde of vierde huwelijk aangaat. Het is niet mogelijk een bepaald systeem voor die verdeling vast te stellen, daar alles afhangt van de meerdere of mindere aanbrenst van den nieuwen echtgenoot en van den voor- of achteruitgang der beide gemeenschappen. Het is daarom zeer wenschelijk, dat de langstlevende geen tweede huwelijk aanga, voordat hij door het opmaken eener behoorlijke boedelbeschrijving een einde aan de tusschen hem en zijne minderjarige kinderen bestaande gecontinueerde gemeenschap heeft gemaakt.

Door den dood van den langstlevende wordt de

*Les ha dar
 eiten, an den als
 door in de tusschen
 des wyl voort
 te teekenen! en
 dan is de costu.
 in de tusschen
 d'ijel.*

gecontinueerde gemeenschap ontbonden. De kinderen uit het eerste huwelijk hebben dan geen recht meer op hetgeen daarna door den nieuwen echtgenoot wordt verkregen. Omgekeerd kan deze, volgens artikel 236, door de vermenging van goederen en schulden geen meerder voordeel genieten, dan ten beloope van het minste gedeelte, hetwelk een dier kinderen, of bij vooroverlijden deszelfs afkomelingen bij plaatsvervulling genieten, en zonder dat dit voordeel immer het een vierde des boedels van den hertrouwdten echtgenoot mag te boven gaan.

Omtrent de lasten der gecontinueerde gemeenschap valt het volgende op te merken:

1°. De schulden der gemeenschap, die op het oogenblik van het overlijden van den eerstgestorven echtgenoot bestonden, worden schulden der gecontinueerde gemeenschap.

2°. De schulden, door den langstlevende aangegaan voor kosten van onderhoud als anderszins, worden mede door die gecontinueerde gemeenschap gedragen; mitsgaders alle verdere schulden, die zuiver uitvloeijsel zijn van het beheer der gecontinueerde gemeenschap, en waarbij de langstlevende kan aantonen, dat de minderjarigen gebaat zijn.

3°. Ten laste van de gecontinueerde gemeenschap kan niet gebracht worden het verlies, dat zij na de ontbinding des huwelijks heeft ondergaan 1).

1) »Het kan gebeuren, dat gedurende de voortzetting der gemeenschap, aan den langstlevende geene erfenissen zijn te beurt gevallen, en, al heeft dit plaats gehad, het toch nog voordeelijker voor de minderjarigen is, den staat van de gemeenschap aan te nemen, zooals zij was op het overlijden dan later, terwijl hetgeen

Zoo het toch bij het einde der gecontinueerde gemeenschap bleek, dat zij sedert dien tijd was achteruit gegaan, zou zij tot nadeel van de minderjarigen gestrekt hebben, wat in strijd is met de laatste woorden van art. 182.

De rechte beteekenis derhalve, die aan de woorden »ten voordeele van de minderjarigen doch nimmer ten hunnen nadeele» moet worden gehecht, vindt men in art. 267 van het Ontwerp van 1816, gelijk-luidende met art. 261 van het ontwerp van 1820. Art. 267 van het Ontwerp van 1816 zegt: »De voortduring dezer gemeenschap strekt alleen tot voordeel en geenszins tot nadeel van de kinderen of afkomelingen. Deze hebben het recht om opening te vragen van de gesteldheid des boedels, zooals die was ten tijde van het overlijden des eerstgestorven echtgenoots, en zooals die is of was ten tijde, dat de gemeenschap later zou hebben opgehouden: zij mogen vervolgens kiezen, of zij al of niet met de voortduring der gemeenschap willen genoegen nemen.»

Naar de duidelijke slotwoorden van art. 182, hebben ook in het hedendaagsche recht de minderjarigen het recht van keuze tusschen de nalatenschap van den eerstgestorven echtgenoot, zooals die is op het oogenblik van overlijden, en zooals die zich bevindt bij het einde der gecontinueerde gemeenschap 1).

door den boedel is verloren overtreft hetgeen door erfenissen is aangewonnen.» *De Kuisper*, t. a. p. 123.

1) *De Martini*, *Nederlandsche Wetgeving*, blz. 224. »De voortduring der gemeenschap mag nimmer ten nadeele verstreken van de kinderen. Ten einde dit te kunnen onderzoeken, moet er

Dat toch elke bate op zich zelf zou moeten worden verdeeld, en elke schade op zich zelf ten laste van den langstlevenden echtgenoot gebracht worden, zooals wel beweerd is, is niet aannemelijk. Voor zulk eene ongelijkheid, zegt Diephuis 1), die tot eene societas leonina van de ergste soort leiden zou, bestaat geen reden, en in de toepassing zou eene nauwkeurige schifting der voor- en nadeelen ook bijna onmogelijk zijn; maar wanneer, gedurende den verderen duur der gemeenschap, derzelve staat beter wordt, is dit mede in het voordeel der kinderen, terwijl, wanneer dezelve verergert en achteruitgaat, dezen in de nadeelen niet deelen." Er blijft hun dus niets anders te vorderen over, dan hun onverkort aandeel in de nalatenschap van den eerstgestorven echtgenoot.

Zoodra derhalve het einde der gecontinueerde gemeenschap dáár is, kunnen zij, of kan de toeziende voogd, die de belangen der minderjarigen behartigt, bij het opmaken van den inventaris, eene tweeledige boedelbeschrijving eischen. De eene vermeldt de be-

eene vergelijking plaats vinden van den gemeenschappelijken boedel, zooals deze was tijdens het overlijden van een der echtgenooten, en zooals dezelve daarna bestaat, wanneer de boedelbeschrijving na de drie maanden opgemaakt wordt. Uit zoodanig eenige vergelijking kan het eerst blijken, of de gemeenschap sedert het overlijden van een der ouders is verbeterd, dan wel verachterd enz.. Is nu de gemeenschap eens verachterd, dan moet men den kinderen het recht toekennen, om bij de scheiding zich te houden aan den boedel, zooals deze was op het oogenblik van overlijden van vader of moeder, want: »quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri." L. 6. Cod. de leg. et const.

1) t. a. p. n^o. 832.

standdeelen des boedels op het oogenblik van de ontbinding des huwelijks, de andere den tegenwoordigen toestand, zooals die is bij het einde der gecontinueerde gemeenschap. Uit de vergelijking van die twee inventarissen kan toch eerst blijken, of de gecontinueerde gemeenschap wel ten voordeele der minderjarigen geweest is. Vervolgens hebben zij de keuze, welken der beide inventarissen zij tot grondslag voor de scheiding willen nemen.

In de Ontwerpen van 1816 en 1820 was dit recht van keuze persoonlijk, en kon niet op de erfgenamen overgaan, dan in geval de gecontinueerde gemeenschap reeds geëindigd was, op de wijze genoemd in art. 264, al. 1 en 2 Ontwerp van 1820. Overigens werd ten hunnen aanzien de huwelijksgemeenschap gerekend ontbonden te zijn op het oogenblik van overlijden van den eerstgestorven echtgenoot, m. a. w. werd voor hen de gecontinueerde gemeenschap, als nooit aanwezig geweest zijnde, beschouwd. Onze Wet kent die uitzondering niet, en derhalve is thans ook aan de erfgenamen het recht van keuze gelaten, volgens het beginsel van art. 880 B. W. 1).

1) *De Kleijn* beweert, dat onze wet het recht van keuze niet kent, en zegt: »van het opmaken van twee boedelbeschrijvingen wordt volstrekt niet gesproken.» 't Is waar, dat onze wet zulks niet met ronde woorden zegt, doch het valt niet te ontkennen, dat het recht van keuze in de strekking der laatste woorden van art. 182 ligt opgesloten. Wanneer de gemeenschap is achteruitgegaan, kunnen zij hun erfdeel van den eerstgestorven echtgenoot onverkort opeischen, omdat anders de gecontinueerde gemeenschap hun nadeelig zou zijn geweest. En om te weten of dit het geval geweest is, bestaat geen ander middel dan eene tweeledige boedelbeschrijving. Al heeft de wetgever dus niet in

Men beweert, dat ingeval de minderjarigen bij de scheiding, zich houden aan den boedel, zooals die was bij het overlijden van den eerstgestorven echtgenoot, er dan eigenlijk in 't geheel geene gecontinueerde gemeenschap heeft bestaan. Zulks zou groote onzekerheid te weeg brengen ten opzichte van de daden van beheer door den langstlevende gedurende dien tijd gepleegd. Doch de gecontinueerde gemeenschap heeft wel degelijk bestaan, al blijkt het, dat na den dood van den eerstgestorven echtgenoot achteruitgang heeft plaats gehad. Slechts brengt het slot van art. 182 mede, dat die achteruitgang ten nadeele van den langstlevende wordt gebracht, wat nimmer had kunnen gebeuren, indien de huwelijksgemeenschap, bij hare ontbinding, terstond in een gemeenen boedel was overgegaan.

De gecontinueerde gemeenschap moet echter voor het geheel worden aanvaard of geweigerd. Ten deele laten loopen, en ten deele aanvaarden gaat niet aan. Zoo dus b. v., tijdens de ontbinding van het huwelijk, de baten der gemeenschap een saldo bedroegen van f 25.000, welke som gedurende de gecontinueerde gemeenschap steeg tot f 50.000, dan mag, indien, bij het einde, de baten f 30.000 beliepen, slechts de laatste som als uitgangspunt voor de scheiding genomen worden.

Ten slotte iets over het beheer der gecontinueerde gemeenschap. Wat toch de wet bepaalt omtrent het

alle bijzonderheden het stelsel van het ontwerp van 1820 overgenomen, is er bewijs, dat hij dit niet heeft willen doen? Zie *De Kleyn.*, t. a. p. 58.

beheer van den man of de vrouw over de goederen der huwelijksgemeenschap, is hier volstrekt niet toepasselijk 1).

Terecht vraagt De Martini 2): »Indien bij die voortdoring ook artikel 179 zijne volle kracht behoudt, indien namelijk de overblijvende der ouders de vader is, wat zullen wij stellen, indien de overblijvende de moeder is? Heeft zij dan, om de voortdoring der gemeenschap wettig te kunnen beheeren, ook telkens de macht van de Arrondissements-Rechtbank noodig, zooals wanneer de man bij zijn leven afwezig is of zich in de onmogelijkheid bevindt, om zijnen wil te verklaren?» De Martini vergat echter, dat de maritale macht een uitvloeisel is van het huwelijk, dat de tegenwoordigheid der vrouw veronderstelt; dat het beperkte beheer der vrouw ten minste het bestaan, van den echtgenoot vereischt; dat beider beheer als zoodanig tegelijk met het huwelijk ophoudt te bestaan, en dat dus noch van het een, noch van het ander bij de gecontinueerde gemeenschap sprake kan zijn.

Men moet toch in acht nemen, dat hier slechts een langstlevende echtgenoot bestaat, die met zijne kinderen in gecontinueerde gemeenschap leeft en van rechtswege de voogdij uitoefent over die minderjarigen. De goederen der huwelijksgemeenschap zijn voor een gedeelte goederen van de minderjarigen geworden, en de langstlevende man of vrouw kan dus daarover

1) Zie daarentegen *Schüller*, die beweert dat de regelen voor het beheer der gemeenschap ook blijven gelden voor de gecontinueerde gemeenschap. T. a. p. blz. 43.

2) *De Martini*, N. W. blz. 223.

geen ander beheer voeren, dan met in achtneming der formaliteiten, waaraan de voogden, volgens de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, onderworpen zijn. Ik zeg: »voor een gedeelte», want voor de andere helft beheert hij die goederen als eigenaar. Het belang der minderjarigen bepaalt, welk beheer in de verschillende omstandigheden op de goederen der gecontinueerde gemeenschap moet worden toegepast, want die gecontinueerde gemeenschap loopt »ten hunnen voordeele en nimmer ten hunnen nadeele» 1).

Om voor dat beheer de regels vast te stellen, is het minder noodig om alle artikelen der elfde afdeeling van den zestienden titel na te gaan, ten einde zoo doende te bepalen, welke daarvan op het beheer van den langstlevende toepasselijk zijn, welke niet. De meeste toch van die artikelen zien niet op voogdij over eigen kinderen, maar op die over vreemde minderjarigen. Zoo b. v. art. 447, dat den verkoop beveelt van alle meubelen, huisraad enz., waarvan toch zeker de toepassing (niettegenstaande de woorden van het volgende artikel), om het belang der minderjarigen bij de gecontinueerde gemeenschap, ten eenenmale onmogelijk is. Zoo ook artt. 446, 450 enz. Over het algemeen moet de langstlevende de goederen der gecontinueerde gemeenschap als een goed huisvader besturen, en bij het einde daarvan rekening en verantwoording aan de belanghebbenden doen 2). Hij

1) Door een tijdig opgemaakten inventaris had de langstlevende ook de hinderpalen, aan dit beheer verbonden, kunnen voorkomen.

2) Art. 443^a en 467 B. W..

moet de inkomsten der minderjarigen beleggen op den voet van art. 449, en is verder verantwoordelijk voor alle kosten, schaden en interessen, die uit zijn slecht beheer kunnen voortvloeien. In het belang der minderjarigen behoeft de langstlevende de toestemming van den Kantonrechter, waar het geldt:

1°. vervreemding van onroerende goederen der gecontinueerde gemeenschap.

Want de langstlevende behoeft niet, evenals een voogd, zekerheid te stellen voor zijn beheer. De eenige en grootste zekerheid, die derhalve de minderjarigen hebben, bestaat in de onroerende goederen. Het staat den langstlevende niet vrij, om hiermede naar willekeur te handelen, want die goederen behooren gedeeltelijk aan de minderjarigen 1). Daarom moet hij verlof tot vervreemding vragen aan den Kantonrechter die dat verlof niet zal verleenen »dan uit hoofde eener volstrekke noodzakelijkheid of van een klaarblijkelijk voordeel.»

Met vervreemden staat verpanden gelijk, en verder alles wat afstand van eigendomsrechten daarstelt 2). Zoo is ook het verlof der rechtbank noodig

1) Ieder medeëigenaar pro indiviso met minderjarigen is immers verplicht om bij het verkoopen of bezwaren der goederen van de gemeenschap, de wetsbepalingen na te komen, die een dergelijken verkoop regelen.

2) Zie arrest van het Hof van Gelderland, de dato 6 Sept. 1848. Volgens dat arrest zou de overblijvende echtgenoot, zonder machtiging, zijne toestemming niet mogen geven tot het in bezit nemen en vergraven van een gedeelte der aan de gemeenschap toebehoorende goederen, omdat dit eene ontzetting van eigendom en eigendomsrechten daarstelt. Zie *W.* no. 989.

tot het opnemen van gelden ten behoeve van de minderjarigen, het overdragen van schuldvorderingen, enz. Een vonnis van de rechtbank te Winschoten, de dato 10 April 1839, waarbij het tegenovergestelde was beslist, werd vernietigd bij een arrest van den Hoogen Raad, van den 7den November van datzelfde jaar 1).

2°. het verwerpen eener erfenis. De aanvaarding moet daarentegen geschieden onder benefice van inventaris. Oppervlakkig schijnt het, dat beide overbodig zijn, omdat voor- en nadeel hierbij voor den langstlevende en de minderjarigen hand aan hand gaan en de eerste natuurlijk zal aanvaarden of verwerpen, naarmate hem het een of ander voor de gecontinueerde gemeenschap verkieslijk toeschijnt.

Maar het is duidelijk, dat, krachtens de gecontinueerde gemeenschap, de minderjarige op elke erfenis, die den langstlevende aankomt, voor de helft recht heeft. Voor de eene helft slechts mag de langstlevende voor zich zelve aanvaarden; voor de andere helft doet hij dit voor de gemeenschap, als voogd over de minderjarigen, die met hem deelgerechtigd zijn in de gecontinueerde gemeenschap. In die laatste hoedanigheid nu mag het niet van zijne zienswijze alleen afhangen, of de gecontinueerde gemeenschap al dan niet belang heeft bij de aanvaarding of verwerping, maar is art. 459 toepasselijk. Zoo doende kan het actief der gemeenschap nooit worden verminderd, wat anders wellicht het geval had kunnen zijn, en welke vermindering wederom in strijd zou wezen met de laatste woorden van art. 182.

1) W. no. 56.

*al regt 182.
Heed te voordel
in tek. no. 182
hoor 4/37 van
te p. 182. Want
de minor in
gewestig man
doel verhoor
alles door
dat de
langstlevende
elke en
tekeu voordel
1/2 van de erfenis
bastaat en
dit art 459
in tek. no. 182
op het geval
niet de beide
bastaat de de
minor te
keiden. hoer
de imp. hoer*

Wanneer aan den langstlevende eene erfenis opkomt, valt zij onmiddelijk in de gecontinueerde gemeenschap. Zijne minderjarige kinderen hebben krachtens die gemeenschap daarop dadelijk recht, en bij gevolg mag hij die erfenis niet alleen voor zich zelven aanvaarden, maar moet hij bij de scheiding zijne minderjarige kinderen vertegenwoordigen. Die minderjarigen zijn wel geene erfgenamen *stricto sensu*, maar het recht om bij boedelscheiding te worden vertegenwoordigd, strekt zich niet alleen uit tot erfgenamen, maar tot allen, die mede gerechtigd zijn tot den te verdeelen boedel.

Dat recht ontleenen de minderjarigen niet aan den eerstgestorven echtgenoot, want deze was reeds niet meer aanwezig, toen de erfenis openviel, maar aan den langstlevende zelven, die door zijn verzuim om inventaris te maken, oorzaak werd, dat zij mede-eigenaren zijn geworden in de gecontinueerde gemeenschap, dus medegerechtigd tot alle daartoe behoorende goederen, en bijgevolg ook tot eene erfenis, die daarin valt. Zij hebben daarop een zakelijk recht en kunnen dus, hoewel geen erfgenamen zijnde, toch erfrechten ten opzichte der nalatenschap uitoefenen.

De minderjarigen moeten dus worden opgeroepen bij de scheiding. Bij gebreke van die oproeping kan de scheiding worden nietig verklaard. Het is alzoo van het grootste belang om, zoodra een der medeërfgenen een langstlevende is met minderjarige kinderen, een nauwkeurig onderzoek in te stellen, of deze laatsten ook moeten worden vertegenwoordigd. »Qui agit, certus esse debet, cum sit in potestate ejus, quando velit experiri, et ante debet rem diligenter

*Kusechtin
dey warden
vanden aal
vanden erfgen
hij warden ge
stort? Is
meer wil was
ten rechts op
de helft was
wat de langst
levende de al
erfgenamen
hijft ge word
hij recht is
waarschijnlijk
geeft tydig of
na den dood
van erfgenamen
kan? want dan
hijft ge word
aardem als van
den dood van
den erfgenamen
den de wil tegen
over de nalatens
schap? Heer?*

explorare et tunc ad agendum procedere" 1). Evenmin is de langstlevende, die zijne minderjarige kinderen, met wie hij in gecontinueerde gemeenschap leeft, niet oproept bij de scheiding, zelf ontvankelijk in zijne actie tot boedelscheiding, en kunnen dus derden op grond daarvan steeds eene exceptie voorstellen.

De Rechtbank te Sneek had, bij vonnis van 3 Dec. 1862, eene tegenovergestelde beslissing gegeven. Dat vonnis werd echter vernietigd door het Hof van Friesland, bij arrest van 17 Juni 1863 2), welk arrest den 10den Juni 1864, door den Hoogen Raad werd bevestigd 3).

1) L. 42 Dig. de div. Reg. jur. ant..

2) *Rechtsg. Bijb. v.* 1863, blz. 730.

3) Over den invloed van curatele, afwezigheid en faillissement op de gecont. gemeenschap, zie *de Kleyn*, blz. 145 en v.. In het hierboven ontwikkelde stelsel van gecont. gem., kunnen die beschouwingen, als minder behorende tot ons onderwerp, veilig worden gemist.

STELLINGEN.

I.

Kwijtschelding van usus, uit den verschuldigten ususfructus, doet niet de geheele verbintenis vervallen, noch bewerkt zij eene verandering in geldschuld, voor zooverre het vruchtgebruik meer waard is, dan de usus.

II.

De koper, die den eigenaar buiten beslissing van den rechter, de zaak heeft gerestitueerd, kan den verkoper met de rechtsvordering uit de duplae stipulatio of met de actio emti aanspreken.

III.

Om het ontstaan der overeenkomst door herroeping van het gedane aanbod te keeren, is het niet noodig, dat die herroeping reeds tot hem, aan wien het aanbod gedaan is, gekomen zij, voordat de aanneeming geschied is.

L. 4 pr. D. de man. vind. (40. 2) bevat echter geen bewijs, gelijk Von Scheurl meent.

IV.

De strafbepaling der gecontinueerde gemeenschap in art. 182 B. W. bedoelt geene voortzetting van huwelijksgemeenschap, maar eene geheel nieuwe gemeenschap.

V.

De omvang dezer gemeenschap is steeds dezelfde, onverschillig welke huwelijksgemeenschap vroeger tusschen de echtgenooten hebbe bestaan.

VI.

De gecontinueerde gemeenschap eindigt steeds door eene onderhandsche of authentieke boedelbeschrijving

in tegenwoordigheid van den toezienden voogd opgemaakt.

VII.

Artikel 182 B. W. is toepasselijk op huwelijken, onder vigueur van den Code Napoléon aangegaan.

VIII.

In bovengenoemd artikel worden onder »minderjarige kinderen» geene voor- of kleinkinderen begrepen.

IX.

De aansprakelijkheid van den toezienden voogd, volgens artikel 428^b, geldt niet voor den inventaris van artikel 182 B. W.

X.

Het is wenschelijk, dat de gecontinueerde gemeenschap worde afgeschaft, en vervangen door de bepaling van artikel 1442 C. N.

XI.

Aan art. 91 B. W. behoorde te worden toegevoegd

»Deze bepaling vervalt, wanneer de bevalling binnen gemelden tijd heeft plaats gehad.»

XII.

De bewering, dat iedere notarieele acte eene onwaarheid bevat door de vermelding, »dat de acte is onderteeekend,» voor dat die onderteekening heeft plaats gehad, is onhoudbaar.

XIII.

Art. 6 al. 1 der Wet op het Notarisambt is uit den aard der zaak overbodig.

XIV.

Art. 15 dezer Wet geeft geen voldoende maatstaf tot het examineeren van aspirant-candidaat-notarissen.

XV.

Het denkbeeld der vrijverklaring van het Notariaat is alleen voor verwezenlijking vatbaar door vermeerdering van standplaatsen naar vasten wettelijken maatstaf en door het daarstellen van ééne Staatscommissie voor het examineeren van aspirant-candidaat-notarissen.

XVI.

De betrokkene, van wien de houder door bedriegelijke middelen de acceptatie van den wissel heeft verkregen, is op dien grond tegenover een lateren houder ontheven van zijne verplichting, om te betalen.

XVII.

Koopmansboeken missen bewijskracht in gedingen tusschen kooplieden omtrent zaken, die niet beider handel betreffen.

XVIII.

Wanneer de bevrachter meer goederen inlaadt dan bij de chertepartij is bepaald, is de vervrachter gerechtigd, die meerdere goederen te weigeren, en zoo ze reeds geladen waren, die te lossen.

XIX.

Een vreemdeling kan voor den Nederlandschen rechter niet worden gedagvaard, ter zake van verbintenissen door hem jegens een vreemdeling in Nederland of in het buitenland aangegaan.

XX.

Art. 317 C. P. is niet van toepassing op hem, die de zwangerschap der vrouw niet kende.

XXI.

Poging bij het ontbreken van het object is niet strafbaar.

XXII.

Ten onrechte is tegen de concubine, in het geval van art. 339 C. P. geene strafbepaling gesteld.

XXIII.

De vervolging voor een onbevoegden rechter stuit de verjaring in strafzaken.

XXIV.

Er bestaat geene geldige reden voor de uitsluiting van geestelijken en bedienaren van den godsdienst van het lidmaatschap der Staten-Generaal.

XXV.

De betrekking van Burgemeester moest onvereinigbaar zijn met het lidmaatschap van de Provinciale Staten.

XXVI.

Ook uit een economisch oogpunt is de Zondagswet af te keuren.

XXVII.

Aanleg en exploitatie van spoorwegen door den Staat, is te verkiezen boven particuliere ondernemingen.

XXVIII.

Ware koloniale handels- en nijverheidspolitiek, moet gedreven worden volgens de beginselen van vrijen handel en vrijen arbeid.





