



Over de terugwerkende kracht der vervulde voorwaarde bij verbintenissen

<https://hdl.handle.net/1874/275988>

III 2

OVER
DE TERUGWERKENDE KRACHT

DER
VERVULDE VOORWAARDE BIJ VERBINTENISSEN.

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

DR. W. KOSTER,

GEWOON HOOGLEERAAR IN DE GENEESKUNDIGE FACULTEIT,

MET TOESTEMMING VAN DEN ACADEMISCHEN SENAAAT

EN

VOLGENS BESLOIT VAN DE RECHTSGELEERDE FACULTEIT,

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

DOCTOR IN HET ROMEINSCHE EN HEDENDAAGSCHE RECHT,

AAN DE HOOGESCHOOL TE UTRECHT,

DOOR

WILLEM JOHAN KARSTEN,

geboren te Utrecht.

TE VERDEDIGEN

op Zaterdag, 22 Juni 1867, des namiddags ten 2 ure.



UTRECHT,
J. DE KRUYFF.
1867.

DE VERGEEFDE RECHT

DE VERGEEFDE RECHT

DE VERGEEFDE RECHT

DE VERGEEFDE RECHT

DE VERGEEFDE RECHT

DE VERGEEFDE RECHT

DE VERGEEFDE RECHT

DE VERGEEFDE RECHT

DE VERGEEFDE RECHT

DE VERGEEFDE RECHT

DE VERGEEFDE RECHT

DE VERGEEFDE RECHT

DE VERGEEFDE RECHT

STOOM-SNELPERSDRUK VAN L. E. BOSCH, EN ZOON, TE UTRECHT.



A A N

DE NAGEDACHTENIS MIJNER OUDERS.

IN AGRICULTURE AND GARDENING

BY J. B. HARRIS

Author of "The Garden of Eden"

and "The Garden of Paradise"

Illustrated by J. B. Harris

Published by J. B. Harris

100 North 3rd Street, Philadelphia, Pa.

Copyright, 1910, by J. B. Harris

Printed in the United States of America

By the American Book Company

100 North 3rd Street, Philadelphia, Pa.

Copyright, 1910, by J. B. Harris

Printed in the United States of America

By the American Book Company

100 North 3rd Street, Philadelphia, Pa.

Copyright, 1910, by J. B. Harris

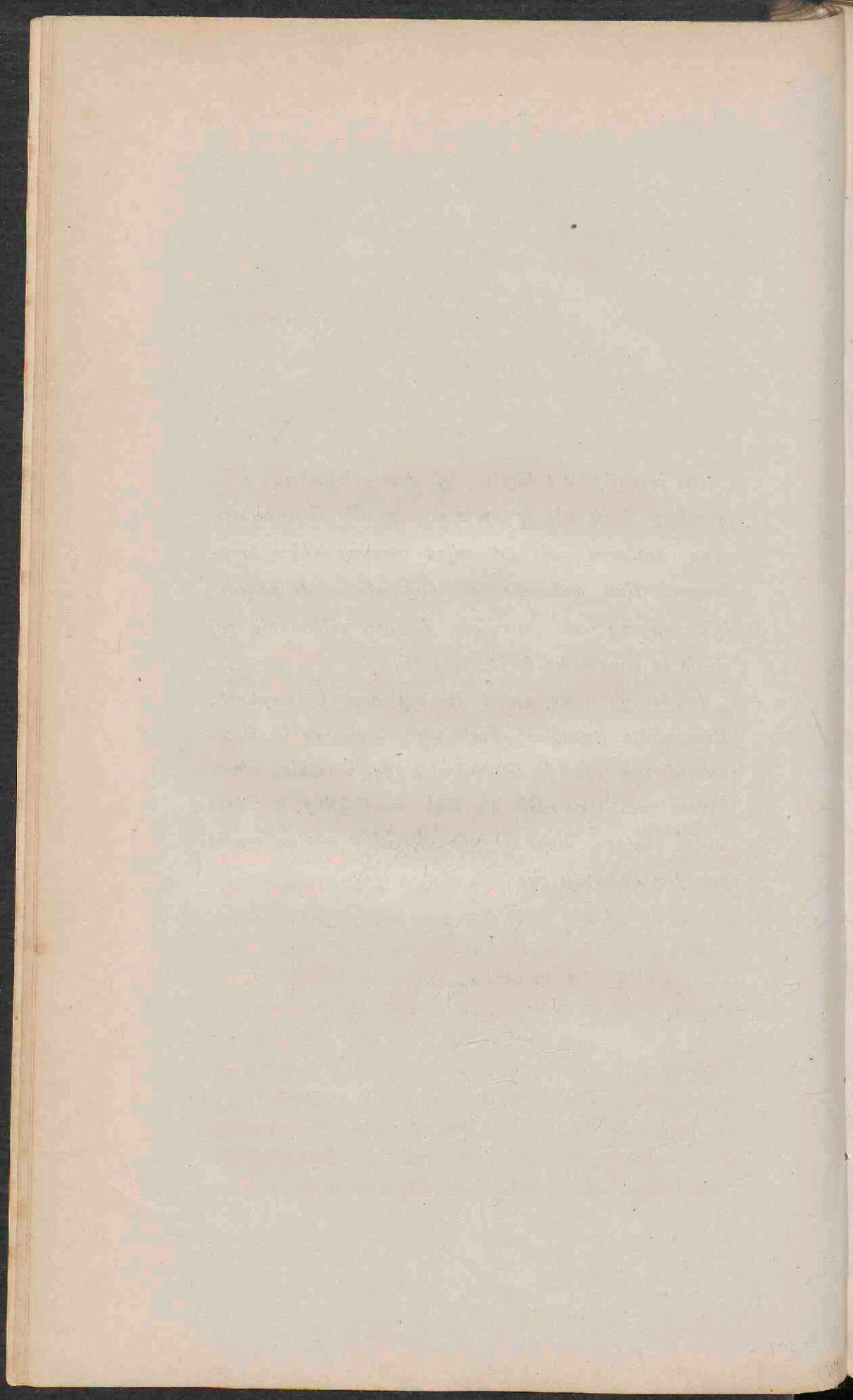
Printed in the United States of America

By the American Book Company

100 North 3rd Street, Philadelphia, Pa.

Het is mij eene behoefte, bij deze gelegenheid, mijn oprechten dank uit te spreken aan alle Hoogleeraren dezer Academie, die tot mijne vorming hebben bijgedragen. Hun onderwijs en niet minder de persoonlijke omgang met sommigen Hunner zullen bij mij steeds in aangename herinnering blijven.

In het bijzonder gevoel ik mij aan U verplicht, Hooggeachte Promotor, Prof. FRUIN! en aan U, Hooggeleerde DE GEER! die mij bij de bewerking dezer Proeve met Uw raad en Uwe voorlichting wel hebt willen bijstaan. Moge zij eene niet al te onrijpe vrucht van Uw onderwijs zijn!



INLEIDING.

De vervulde opschortende voorwaarde bij verbintenissen oefent eene terugwerkende kracht uit: ziedaar eene stelling, die niet alleen in vele wetboeken wordt aangetroffen, maar ook, tot voor korten tijd, de algemeene goedkeuring wegdroeg. Gelijk in alle wetboeken, welke zich aan den Code Napoléon aansluiten, zoo is zij ook in het onze uit dezen overgenomen; tot hare opname in den Code leidde het gezag van POTHIER; en POTHIER grondde haar op het Romeinsche recht.

Wanneer wij derhalve die stelling aan onze beschouwing onderwerpen, en een onderzoek aangaan over de beteekenis, welke zij volgens ons recht heeft, over haren grond en over de deugdelijkheid van dien grond, dan kan het Romeinsche recht aan dat onderzoek onmogelijk vreemd blijven. Is toch de in onze wet vervatte beschouwing der voorwaarde ontleend aan het Romeinsche recht, dan kan de vraag, of de, eveneens in onze

wet uitgesproken, terugwerking met die beschouwing te rijmen is, eerst dan toestemmend worden beantwoord, wanneer het blijkt, dat ook *Jure Romano* de vervulde voorwaarde terugwerkte. Is dit niet het geval, dan zal men de gestelde vraag ontkennend moeten beantwoorden; tenzij het duidelijk worde, dat niet ons recht, maar het Romeinsche, aan de voorwaarde eene verkeerde werking heeft toegeschreven. Het behoeft geene vermelding, dat voor eene juiste beslissing op deze punten het onderzoek van het Romeinsche recht noodzakelijk is. Hiermede is dan ook de inhoud van het eerste gedeelte van dit proefschrift gerechtvaardigd.

Wat nu de werking der vervulde opschortende voorwaarde, volgens het Romeinsche recht, betreft, vroeger heerschte daar volkomene eenstemmigheid over; algemeen schreef men haar eene terugwerking toe. Bij voorwaardelijke legaten alleen werd zij door velen niet aangenomen ¹⁾. Welke voorstelling men zich echter van die terugwerking vormen moest; of, zooals de woorden van het *adagium* luiden ²⁾, de voorwaarde, eens vervuld,

1) Zie eene uitvoerige lijst der voor- en tegenstanders bij FITTING, Begriff der Rückziehung, bl. 31 n. 49.

2) „Retrotrahitur impleta conditio ad conventionis diem.” SAVIGNY, System III bl. 150. „Conditio existens retrotrahitur ad tempus celebrati contractus.” GLÜCK, Commentar IV, bl. 497. Zie over de letterlijke opvatting dezer uitspraak, o. a. door BARTOLUS verdedigd, de scherpe kritiek van DONELLUS, Comm. ad Tit. Dig. de V. Obl., ad l. 78: „Quam rationem a quibusdam tantopere probari et nova ratione conves-

geacht moest worden vervuld te zijn op het tijdstip der afgelegde wilsverklaring; dan wel, of men den rechtstoestand, die na de vervulling der voorwaarde ontstond, ten gevolge eener andere rechtsfictie van datzelfde oogenblik voorhanden moest aanmerken; voorts, of zij ook op inwendige gronden steunde, of zij met het wezen der voorwaarde overeenkwam: over dit alles, zeg ik, liet men zich weinig, of in het geheel niet uit. Dat de rechtsbronnen haar duidelijk aanwezen, was, meende men, een voldoende grond voor haar bestaan.

Doch was inderdaad die aanwijzing zoo duidelijk? In den laatsten tijd heeft men die bewering althans in twijfel getrokken ¹⁾. Niet alleen is van vele uitspraken, die tot nog toe voor onloochenbare bewijzen der terugwerking golden, de dubbelzinnigheid in het licht gesteld, maar men heeft ook op verschijnselen gewezen, wier bestaan met die terugwerking niet was overeen te brengen.

Een nieuw onderzoek is hiervan het gevolg geweest: een onderzoek, dat zich nu niet meer tot de rechtsbronnen bepaalde, maar ook tot de inwendige gronden werd uitgestrekt.

tiri, miror. Qua una nescio, an quicquam sit — ineptius aut nugatorium magis. — Cum conditio existit multo post stipulationem contractam, existimari eam jam ab initio existisse, aut etiam omnino adjectam non esse, cum natura quodammodo ipsa pugnare videtur: certe natura fieri non potest.”

1) Dit is het eerst geschied door KRTZ (Pandectenrecht 1^{er} Th., 3^{ter} Bd., blz. 336 vlg.), SCHWEPPE (Röm. Privatr. I, § 119, n^o. 3), en vooral door BLUME (Encyclopädie, 2^{te} Abth., § 69).

Lieten de uitspraken der Romeinsche rechtsgeleerden nog twijfel over, deze zou opgeheven worden, indien het bekend was, welken wil de partijen bij het afleggen eener voorwaardelijke wilsverklaring hadden; dit onderzoek zou ons leeren, in welken zin wij onduidelijke en dubbelzinnige uitspraken hadden op te vatten.

In de jongste bewerkingen van ons onderwerp treden dan ook eene theoretische en eene positief-rechtelijke behandeling op den voorgrond ¹⁾. Die indeeling zal ik ook in deze proeve volgen. Wij zullen eerst de vraag trachten te beantwoorden, of de terugwerking met het wezen der voorwaardelijke wilsverklaring overeenkomt; en daarna, of zij in de rechtsbronnen steun vindt.

Doch tot eene juiste beantwoording dier vraag is het noodig, te weten, wat men volgens het Romeinsche recht onder *terugwerking* heeft te verstaan. Aan dit onderzoek zullen wij dus een eerste hoofdstuk wijden.

1) Zie SELL, über bed. Trad. bl. 100 vlgg.; GÖTTING, das Wesen der Susp. bed., Zeitschrift für Civilr. u Pr., N. F. I, blz. 268 vlgg.; BRACKENHÖFT, der Zustand der bed. Oblig. in het aangeh. tijdschrift, N. F. IX, bl. 108 vlgg.; FITTING, Begriff der Bedingung, Archiv f. d. civ. Pr. XXXIX, bl. 330, 336; vooral FUCHTA, Curs. der Inst. II, bl. 367 vlgg. (5^e Aufl.); UNGER, Oesterr. Privatr. II, bl. 70 vlgg.; IHERING, Geist des Röm. Rechts III, 1^{te} Abth. bl. 157, 160 vlgg.

EERSTE GEDEELTE.

ROMEINSCH RECHT.

HOOFDSTUK I,

WEZEN DER TERUGWERKING.

Aan FITTING komt de verdienste toe, het eerst een nauwkeurig onderzoek over de terugwerking te hebben ingesteld, en, naar veler gevoelen althans, daarin te zijn geslaagd ¹⁾.

Volgens hem zijn de Romeinen in het toekennen der terugwerking door een vast beginsel geleid, berustende op het in het dagelijksche leven dikwijls voorkomende verschijnsel, dat wij van een bestaanden toestand eerst door eene latere gebeurtenis kennis krijgen.

Deze gebeurtenis roept dan niet een nieuwen toestand, én rugwaarts voor het verledene, én voor de toekomst, in het leven; zij maakt slechts

1) Ueber den Begriff der Rückziehung, von Dr. H. FITTING, Erlangen 1856. Beoordeeld door WINDSCHEID, Heidelb. krit. Zeitsch. IV. bl. 35 vlgg., en door v. SCHEURL, Krit. Ueberschau V, bl. 24 vlgg.

een ouden, ons onbekenden toestand bekend, zij stelt zijne gevolgen, dus ook de rechten, die aan hem verbonden waren, in het licht; tevens blijkt nu eerst van de onwaarde van die handelingen, waaraan, bij bekendheid met dien toestand, reeds terstond alle geldigheid zou zijn ontzegd.

De terugwerkende gebeurtenis is derhalve, gelijk FITTING het juist uitdrukt, „nicht ein *erzeugendes* Ereigniss, sondern nur ein *bezeugendes*”¹⁾. Een voorbeeld moge zijne meening verduidelijken.

Wanneer iemand gedurende een geruimen tijd afwezig is, zoodat over zijn bestaan volkomene onzekerheid heerscht, dan kunnen zij, die op dat oogenblik zijne vermoedelijke erfgenamen zijn, de goederen van den afwezige als nalatenschap voorloopig in bezit nemen; en de rechten, welke hem gedurende zijne afwezigheid opkomen, kunnen door diegenen uitgeoefend worden, die er aanspraak op zouden hebben, indien hij niet meer in leven ware. Keert hij nu terug, dan blijkt uit die gebeurtenis, dat hij al dien tijd nog in leven is geweest, dat dus zijne goederen nog niet als nalatenschap konden beschouwd worden, en dat de hem tusschentijds opgekomen rechten op geen ander konden overgaan, omdat hij nog niet

1) T. a. p. bl. 119. FITTING bepaalt de terugwerking aldus: „Durch einen spätern Umstand wird die eigentliche, wahre Natur eines vorhergehenden Zustandes offenbar und bestimmt. Es herrschte bisher über die eigentliche, rechtliche Beschaffenheit eines Verhältnisses eine Ungewissheit, welche durch den Ausfall, die Gestaltung eines spätern Ereignisses, verschwindet.” bl. 6.

dood was. Hem wordt dus alles, zijne goederen en rechten, met de vruchten uitgekeerd ¹⁾.

Het is de vraag, of deze beschouwing, die overeenkomt met hetgeen werkelijk plaats heeft, ook eigen is aan het Romeinsche recht.

Wanneer wij de gevallen nagaan, waarin *Jure Romano* eene terugwerking plaats greep, dan meen ik, dat het antwoord op die vraag niet anders dan bevestigend kan luiden. Immers ook daar wordt ons telkens op die openbarende, *declarative* natuur der terugwerkende gebeurtenis gewezen; ook daar wordt haar geene andere kracht toegekend, dan dat zij ons met een reeds vroeger bestaanden toestand en zijne gevolgen bekend maakt.

Tot de voornaamste dier gevallen ²⁾, waarvan wij er enkele hier vermelden willen, behooren die, welke ontleend zijn aan het *jus postliminii* en de *fictione legis Corneliae*. De terugkeer van den Romein uit zijne gevangenschap, of de zekerheid, dat hij nooit meer terugkeeren zou, hadden in zoover eene terugwerkende kracht, dat hij in het eerste geval in denzelfden toestand gebracht werd, als had hij nooit onder de vijanden verkeerd; zoodat zijne kinderen geacht werden, ook gedurende zijne afwezigheid, onder zijne vaderlijke macht te zijn gebleven, en voor hem te hebben verworven. In het andere geval daarentegen namen aan, dat hij op het tijdstip zijner gevangen-

1) Zie Burg. Wetboek I, 19. Titel.

2) Uitvoerig worden deze gevallen door FITTING behandeld, t. a. p. bl. 7—22.

neming, dus nog als Romeinsch burger, gestorven was ¹⁾. In welken zin nu die werking werd opgevat, geven ons verschillende plaatsen uit de Digesten te kennen. Zoo zegt TRYPHONINUS: „Si quis capiatur ab hostibus, hi, quos in potestate habuit, *in incerto sunt, utrum sui juris an adhuc pro filiis familiarum computentur*”, l. 12 § 1 de capt. 49: 15. Evenzoo JULIANUS: „*Status hominis, cujus pater in hostium potestate est, in pendentis est, et reverso quidem patre, existimatur nunquam suae potestatis fuisse, mortuo, tunc paterfamilias fuisse, quum pater ejus in hostium potestate perveniret*”, l. 22 § 2 eod.

Deze plaatsen wettigen m. i. geene andere opvatting dan deze, dat men ten gevolge der gevangenschap van den Romein, gelijk door iedere langdurige afwezigheid, ten opzichte van zijn lot, dus ook van zijn rechtstoestand, in onzekerheid verkeerde; en dat het slechts die onzekerheid was, welke door zijn dood of zijne wederkomst werd opgeheven.

Meent men, dat de woorden der aangehaalde fragmenten ook eene andere opvatting toelaten, eene zoodanige namelijk, volgens welke aan den dood of de wederkomst van den Romein door het recht een nieuwe toestand werd vastgeknoopt, en in de plaats gesteld van den vorigen, die dan van zijn aanvang d. i. hier van de gevangenneming af opgeheven werd: zoo valt hiertegen op

1) Zie l. 5 § 1, 2; l. 12 § 1, 6; l. 16, 18, 22 § 2, l. 24 de capt. et de postl. 49. 15. PAULUS Rec. Sent. II, 25 § 1; § 5 Inst. quibus modis jus pot. l. 12.

te merken. dat in dit geval die woorden niet van onnauwkeurigheid zouden zijn vrij te pleiten. Zou het wel juist zijn, van een onzeker toestand te spreken, waar, gelijk een verdediger dier opvatting zelf zegt, de toestand van den aanvang af volkomen bepaald is, en waar slechts de mogelijkheid bestaat, dat hij door eene latere, tot zijn aanvang terugwerkende gebeurtenis opgeheven wordt? ¹⁾

1) Om deze reden, meent WINDSCHEID, past FITTING's definitie der terugwerking op verscheidene der door hem aangehaalde gevallen niet in haren eigenlijken zin. Zij kan daar slechts deze gewone beteekenis hebben, dat de rechtsordering een rechtelijk karakter (eine juristische Bestimmtheit) toekent, voor een tijdvak, dat vóór het oogenblik dier toekenning ligt, m. a. w. tot een vroeger tijdvak rugwaarts toekent.

Wanneer nu FITTING deze eenvoudiger (?) definitie daarom niet behoudt, ten einde in het licht te stellen, dat de rechtsordering tot zoodanig eene overdracht van eene rechtelijke werking op een vroeger tijdvak, niet geleid wordt door de gebeurtenis zelve, waaraan zij die rugwaartsche werking toekent, maar alleen door den aard der betrekkingen, die in dat verloopene tijdvak voorkwamen, dan dwaalt hij volgens WINDSCHEID. Die vroegere toestand *kan* wel een grond van terugwerking zijn, maar is niet noodzakelijk haar grond. Wanneer de rechtsordering het noodig acht, op het verledene eene werking over te dragen, op gronden, die niet in dat verledene zijn gelegen, dan heeft de theorie geen recht, daar geene terugwerking aan te nemen. — Dit laatste zal hem niemand betwisten. Doch waar zijn de gevallen, waarvan WINDSCHEID spreekt? Immers, berust niet daarop FITTING's definitie, dat het recht zulk eene werking aan eene gebeurtenis juist op geene andere gronden toekent, dan op zoodanige, welke in het verledene gelegen zijn? Men moet dus de gevallen aanwijzen,

Doch geeft men al de mogelijkheid dezer opvatting toe, dat zij niet die der Romeinsche rechtsgeleerden was, blijkt uit l. 9 de cast. pec. 49.17; in welke wet ons geval wordt gelijk gesteld met een geval, waar die opvatting der terugwerking volstrekt niet is aan te nemen. Het is ontleend aan de rechtsinstelling van het *peculium castrense*.

Indien namelijk de zoon zonder achterlating van een testament stierf, of indien zijn testament geen gevolg had, bekwam de vader het *peculium*, niet echter als erfgenaam ab intestato, maar als eigenaar, die zijn eigendom slechts ter besturing aan zijn zoon had overgegeven. Hier had dus eene terugwerking plaats, en wel in den door ons aangenomen zin. Zoo duidelijk mogelijk wordt dit door PAULUS uitgesproken in l. 98 § 3 de solut. 46. 3: „*Rem autem castrensis peculii solventem patrem perinde accipere debemus, ac si alienam dedisset, quamvis possit residere apud eum, cui soluta est, prius mortuo intestato filio; sed tunc acquisita creditur, quum filius decesserit; et utique cuius fuerit, eventus declaret, sitque et hoc ex his, quae postfactis in praeteritum quid fuerit declarent.*”

Niet minder duidelijk zegt ULPIANUS in l. 9 cit.: „*Sed quum nihil de peculio decernit filius, non nunc obvenisse patri, sed non esse ab eo profectum videtur.*” Daarna laat hij volgen waarop hier boven bedoeld werd: „*Nec est novum, ut ex postfacto aliquis successorem habuisse videatur; nam et si filius ejus, qui ab hostibus captus est e. q. s.*” Een bewijs,

waar dit wel geschiedt, wil men de juistheid dier definitie ontkennen. Zie WINDSCHEID, Heidelb. krit. Zeits. t. a. p.

zoowel dat de Romeinen in de verschillende gevallen der terugwerking, slechts de toepassing van éézelfde beginsel zagen, als dat de hier aangewezen opvatting van dat verschijnsel ook die van het vorige geval was. ¹⁾

Dit zelfde karakter vertoont ons de terugwerking bij het *legatum purum per vindicationem*. Ondubbelzinnig luidt de uitspraak van MARCIANUS (l. 16 D. de reb. dub. 34.5): „*Quaedam sunt in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur, et apparet, quid actum sit; ut ecce si res legata fuerit, et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit; nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est, si vero repudiaverit, valet. Tantum est, et si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres; nam si quidem non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit, si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur.*” ²⁾

Een paar andere voorbeelden levert ons de leer van het vruchtgebruik. Het is bekend, dat hij, die het vruchtgebruik van een slaaf had, datgene bekwam, wat deze ex opera sua of ex re usufructuarii verwierf. Nu vinden wij door de Jetti deze vraag gesteld: Indien de slaaf eene door hem gekochte zaak ontvangt, zonder de prijs er voor betaald te hebben, wien behoort die zaak dan toe,

1) Cf. l. 1, 2, 4 § 2, l. 14, 17, 18 § 1, l. 19 § 3 en § 5, l. 20 D. de cast. pec. 49, 17; l. 44 pr. de leg. 30, 1; l. 18 pr. ad leg. Falc. 35. 2; l. 1 § 22 de collat. bon. 37. 6; l. 33 pr. § 1 de acq. rer. dom. 41. 1.

2) Cf. l. 86 § 2 D. de leg. 30. 1; l. 44 pr. § 1 eod. GAIUS II § 195.

den heer of den vruchtgebruiker? Het antwoord luidt: „in pendent est, cui proprietatem acquisierit, et quum ex peculio, quod ad fructuarium pertinet, solverit, intelligitur fructuarii res fuisse; quum vero ex eo peculio, quod proprietarium sequitur, solverit, proprietarii ex postfacto fuisse videtur”. GAJUS l. 43 § 2 D. de a. r. d. 41. 1; derhalve „numeratio pretii declaratura est, cujus sit.” ULPIANUS l. 25 § 1 D. de Usufr. 7. 1. ¹⁾

Even zoo bij het vruchtgebruik eener kudde; de jongen der kudde behooren namelijk als vrucht den vruchtgebruiker toe, voor zoo ver zij niet tot aanvulling der gestorven beesten dienen. ²⁾ Zoo lang nu die aanvulling niet heeft plaats gehad, is het onzeker, welke jongen den eigenaar der kudde toebehooren, welke den vruchtgebruiker. Eerst door de aanvulling wordt die onzekerheid weggenomen. „Interim tamen — zegt ULPIANUS, l. 70 § 1 D. de Usufr. 7. 1 — quamdiu summittantur et suppleantur capita, quae demortua sunt, cujus sit foetus, quaeritur. Et Julianus scribit, pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii; quae sententia vera est.” Cf. l. c. § 2, l. 12 § 5 fin. D. eod.

Ten slotte nemen wij uit de Digesten nog het volgende geval eener terugwerking over. Iemand heeft zijn landgoed vermaakt aan hem, die er het vruchtgebruik van had; ten gevolge echter van

1) Cf. l. 12 § 5 D. de Usufr. 7. 1; l. 43 § 10 D. de aed. ed. 21. 1; l. 18 § 3 D. de stip. serv. 45. 3.

2) l. 68 § 1, 2, l. 69 D. de usufr. 7. 1.

de door den zoon des erflaters ingestelde querela inofficiosi, moet de legataris het landgoed aan dezen overgeven. De vraag is, of nu ook door confusio het vruchtgebruik van den legataris vervallen is. PAPINIANUS antwoordt: neen, er is geene confusio, want het blijkt nu, dat van den dood des erflaters af niet de vruchtgebruiker, maar de zoon eigenaar van het landgoed geweest is, derhalve „mansisse fructus jus integrum ex postfacto apparuit”. l. 57 D. d. usufr. 7. 1.

Wij weten thans, wat, naar de Romeinsch-rechtelijke, tevens alleen ware, opvatting, het karakter ter terugwerking is: de zekerheid namelijk, die ons eene gebeurtenis over een vroeger verborgen rechtstoestand verschaft.

Deze uitkomst reeds zal van invloed zijn op het later in te stellen onderzoek, of eene terugwerking der voorwaarde in de rechtsbronnen steun vindt. Immers, wij zullen daartoe eerst dan mogen besluiten, wanneer in de aangevoerde bewijsplaatsen dat karakter duidelijk wordt aangewezen ¹⁾. — Wat echter de vraag betreft, die wij het eerst wenschten te behandelen, of ook het wezen der voorwaarde eene terugwerking eischt, voor het antwoord op deze vraag is het verkregen resultaat niet voldoende. Hiertoe is het noodig, de ver-

1) Het nut van een speciëel onderzoek der terugwerking wordt door WINDSCHEID t. a. p. in twijfel getrokken. M. i. ten onrechte. Waar het twijfelachtig is, of in een bepaald geval het recht eene terugwerking voorschrijft, daar kunnen wij slechts tot zekerheid komen, door dat geval met andere te vergelijken, waar dit niet twijfelachtig is.

houding te leeren kennen, die tusschen de bekend makende gebeurtenis en den bekend gemaakten toestand bestaat. Het zal echter niet moeilijk zijn, die verhouding op te sporen; reeds bij den eersten oogopslag doet zij zich aan ons voor. Het is namelijk die van oorzaak en gevolg. Gelijk voor de toekomst eene gebeurtenis ons slechts ten opzichte van hare gevolgen zekerheid kan geven, zoo kan zij dat voor het verledene slechts ten opzichte van hare oorzaken doen.

Omdat de gebeurtenis, die wij zien plaats grijpen, geene andere oorzaak kan hebben, dan dien eenen bepaalden toestand, zoo besluiten wij, dat die toestand, zij het ook buiten ons medeweten, voorhanden geweest zijn moet.

Hebben wij van een afwezige in langen tijd geen bericht ontvangen, zoodat wij van zijn lot volkomen onkundig zijn, dan zal ons zijn dood of zijn terugkeer zekerheid daaromtrent verschaffen, omdat het plaats hebben dier beide omstandigheden het bestaan harer oorzaken, hier het geleefd hebben van den afwezigen persoon, in zich sluit.

Op geen anderen grond berust de geloofwaardigheid van historische berichten. Wij schenken ze eerst dan ons vertrouwen, wanneer wij schakel voor schakel den ganschen keten kunnen volgen, die van het bestaan der mededeeling tot de werkelijkheid leidt van hetgeen medegedeeld wordt; eerst wanneer het blijkt, dat het voorhanden zijn van het bericht het gevolg wezen moet daarvan, dat hetgeen bericht wordt inderdaad heeft plaats gevonden, eerst dan oordeelen wij, dat dat be-

richt ons over die in het verleden liggende gebeurtenis zekerheid heeft verschaft.

Van de hierboven besproken gevallen der terugwerking is het dat der l. 43 § 2 D. de a. r. d. 41.1, waarin die verhouding duidelijk te voorschijn komt.

Gelijk wij gezien hebben ¹⁾, wordt aldaar de onzekerheid, waarin men ten opzichte van den eigendom der door den slaaf gekochte en ontvangen zaak verkeert, door de betaling opgeheven: naar gelang deze met het geld van den eigenaar of van den vruchtgebruiker geschiedt, blijkt het, dat de een of de ander eigenaar der zaak geweest is. — Wij hebben hier niet met eene fictie te doen. Inderdaad wijst hier de betaling uit, wien de zaak heeft toebehoord. Betalen toch is voldoen aan eene verbintenis, vordert dus het bestaan eener verbintenis, is er het gevolg van.

Betaalt nu de slaaf met het geld bijv. van den vruchtgebruiker, m. a. w. voldoet deze door den slaaf, dien hij in vruchtgebruik heeft, aan eene verbintenis, dan kan dit slechts het gevolg daarvan zijn, dat die verbintenis door den slaaf voor hem is aangegaan; en hieruit vloeit weêr voort, dat hetgeen de andere partij tot voldoening zijner verplichting heeft verricht, ook ten zijnen bate is gekomen.

Hier is dus eene ware terugwerking voorhanden, die niet op fictie, maar op de werkelijkheid berust, en die, ook zonder dat het recht zulks bepaalde, toch zou plaats grijpen.

Daarin verschilt dan ook ons geval van de meeste

1) Bl. 11.

overige, die wij hebben aangevoerd: de terugwerking berust daar wel op eene fictie; hetgeen ons haar grond toeschijnt, de verhouding van oorzaak en gevolg, is daar werkelijk niet voorhanden, maar wordt door het recht als voorhanden aangenomen.

Vatten wij hetgeen in dit hoofdstuk gezegd is, kortelijk te zamen, dan blijken de uitkomsten, waartoe het gedane onderzoek geleid heeft, deze te zijn:

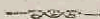
1°. De rechtsbronnen geven als kenmerk der terugwerking de zekerheid op, die ons eene latere gebeurtenis over een vorigen rechtstoestand verschaft.

2°. Overal, waar het blijkt, dat het recht dat kenmerk als voorhanden aanneemt, moet eene terugwerking worden aangenomen.

3°. Waar dat niet blijkt, mogen wij dan slechts eene terugwerking aannemen, wanneer de terugwerkende gebeurtenis een gevolg is van den toestand, waarmee zij ons bekend maakt, omdat voor het verledene eene gebeurtenis ons slechts ten opzichte harer oorzaken kan inlichten.

Bij de vraag, die ons thans gaat bezig houden, komt alleen het laatste punt in aanmerking. Of met den aard der voorwaarde eene terugwerking overeenkomt, zal daarvan afhangen, of de vervulling der voorwaarde tot oorzaak heeft den toestand, waarentrent zij gezegd wordt ons zekerheid te geven.

Doch hierover wenschen wij in een nieuw hoofdstuk te handelen.



HOOFDSTUK II.

OEFENT, VOLGENS HAREN AARD, DE VOORWAARDE
EENE TERUGWERKING UIT?

Onder degenen, die op de boven dit hoofdstuk gestelde vraag een bevestigend antwoord geven, is het vooral UNGER, die zijne meening uitvoerig heeft uiteengezet en verdedigd. Over de opvatting der terugwerking met FITTING instemmende, tracht hij aan te wijzen, dat het plaats hebben der als voorwaarde gestelde gebeurtenis de onzekerheid opheft, die over het bestaan van onzen wil, dus ook van de wilsverklaring, van de door ons gepleegde rechtshandeling, heerschte. Wanneer iemand — zoo vangt hij zijn betoog aan — zijn wil onder eene opschortende voorwaarde verklaart, derhalve eene rechtshandeling onder eene opschortende voorwaarde verricht, dan stelt hij zijn wil vast, maar maakt het vastgesteld zijn van dien wil nog afhankelijk van de eene of andere onbekende omstandigheid — „er setzt seinen Willen, aber macht das Gesetzsein desselben u. s. w.” —; de rechtshandeling is voltrokken, maar de vraag naar haar aanzijn — „die Existenzfrage” — is daarvan afhankelijk gemaakt,

dat de eene of andere omstandigheid werkelijk voorhanden zij. Is dit laatste het geval, dan is de onzekerheid verdwenen; het is aan geen twijfel meer onderhevig, dat de toenmaals vastgestelde wil, de toenmaals voltrokken rechtshandeling bestond. Zoo heft de vervulde voorwaarde de onzekerheid op, waarin men ten opzichte van het bestaan der rechtshandeling verkeerde. Zij geeft deze niet eerst het aanzijn, maar zij maakt haar slechts tot eene zuivere, onvoorwaardelijke rechtshandeling — „sie purificirt das Rechtsgeschäft” —, doordat zij den twijfel, of de rechtshandeling al dan niet een bestaan heeft gehad, wegneemt. 1)

Tot zoover UNGER. Gaan wij thans na, of zijn betoog juist is. De vervulling der voorwaarde, zegt hij, wijst het bestaan hebben van den wil, van de rechtshandeling aan. Vóór dien tijd is het mij dus onbekend, dat ik een wil heb, dat er eene rechtshandeling door mij verricht is. Vindt echter de als voorwaarde gestelde gebeurtenis plaats, dan wordt het mij duidelijk, dat ik vroeger, zonder het te weten, een wil heb gehad, dat ik vroeger, zonder er mij van

1) UNGER, System der österr. allg. Privatr. II. bl. 71. Bl. 72 n. 61, zegt hij: „Sehr treffend sagt FITTING (Rückz. bl. 118): „Wir dürfen nicht, wie gewöhnlich geschieht, sagen: erst die Erfüllung der Bedingung bringe das Rechtsverhältniss zur Entstehung, sie sei das eigentlich Wirkende und es werde dann nur die Wirkung als bereits rückwärts vorhanden angenommen. Vielmehr können wir im Eintritt der Bedingung juristisch nur den *Erkennungsgrund* sehen, der uns zeigt, dass eine andere in der Vergangenheit liegende Thatsache wirkend oder vorhanden gewesen ist.””

bewust te zijn, eene rechtshandeling heb verricht. Maar is zulk een toestand wel mogelijk? Kan men wel een wil hebben, en te gelijkertijd niet weten, dat men wil? Kan men wel eene rechtshandeling, dus eene daad, voltrekken, zonder er de bewustheid van te hebben? Ik geloof, dat dit tot het gebied van het onmogelijke behoort. Voorts, hoe zal de voorwaarde het bestaan van den wil aantoonen? Stel, dat ik uw huis koop, indien het mijne afbrandt; zal dan het afbranden van mijn huis mij tot de ontdekking leiden van een reeds vroeger bij mij bestaanden wil, om uw huis te koopen? UNGER antwoordt: neen, niet uit zich zelve kan eene gebeurtenis mij het bestaan van mijn wil aanwijzen; mijn wil moet haar eerst die werking hebben toegekend. Die eene voorwaardelijke wilsverklaring aflegt, „macht das Gesetzsein seines Willens von einem bestimmten Umstand abhängig.” 1) „Der Wille setzt sich, aber indem er sich bedingt setzt, beschränkt er sein Sichsetzen, indem er sein Gesetzsein abhängig macht von der Wirklichkeit eines Umstands.” 2)

Ik vrees, dat deze beschouwing ons niet veel verder brengt. Vooreerst treft haar met nog grooter kracht het reeds hierboven geopperde bezwaar. Kan men niet over het bestaan van zijn wil in onzekerheid zijn, hoe is het dan denkbaar, dat men aan een ander verklaart, niet te weten, of de zoo even geuite wil al dan niet bestaat? Zou men het wel eene ernstig gemeende wils-

1) T. a. p. bl. 71.

2) T. a. p. bl. 57, n. 3.

verklaring achten, wanneer iemand zeide: ik wil met u wandelen; maar of ik dat wil, weet ik nog niet, dit zal eerst later blijken? Te recht zou de ander hem antwoorden: dan is het zeker, dat op dit oogenblik die wil nog niet bij u voorhanden is. — Een tweede bezwaar tegen UNGER's redenering ligt daarin, dat zij eene cirkelredenering is. Die eene voorwaardelijke wilsverklaring aflegt, wil, dat deze of gene gebeurtenis over het bestaan van zijn wil beslisse. Maar hoe zal dan ooit dat bestaan tot zekerheid geraken? De gebeurtenis, die het zal uitwijzen, kan dit slechts doen ten gevolge van den wil; en omgekeerd kan het bestaan van den wil, die haar die werking toekent, eerst blijken uit het plaats hebben dier gebeurtenis. Nog eens, hoe wordt hier over het bestaan van den wil zekerheid verkregen?

Mag men UNGER's verdediging der terugwerking als niet gelukt beschouwen, met de door anderen ¹⁾ tot datzelfde einde ingestelde pogingen is dit m. i. evenmin het geval.

Immers, hoewel zij daarin van UNGER verschil-

1) Zie SELL, bedingte Traditionen bl. 103; WÄCHTER, Würtemb. Privatr. II. bl. 701; FUCHTA, Cursus der Inst. II, bl. 367 (5^e Aufl.); VANGEROW, Lehrb. der Pand. I, bl. 142 (7^e Aufl.); cf. ARNDTS, Lehrb. der Pand. bl. 80. Zie ook GÖTTING, über das Wesen der Susp. bed. (Zeitsch. f. Civilr. u. Pr. N. F. I bl. 268 vlgg.); GOUDSMIT, Pand.-Syst. I, bl. 140, n. 1.; FITTING, über den Begriff der Bcd., Archiv. f. e. Pr. XXXIX, bl. 308 en 336, met wiens beschouwing die van UNGER, in den grond der zaak, overeenkomt.

len, dat zij als grond der terugwerking den vermoedelijken wil der partijen aanvoeren, en dus meenen, dat de wil haar uitdrukkelijk kan uitsluiten, zoo komt toch in den grond der zaak hunne verdediging met die van UNGER overeen. Waarin toch openbaart zich die vermoedelijke wil, zoo niet in de afgelegde wilsverklaring? Vragen wij nu, welke dan de wil is desgenen, die eene voorwaardelijke wilsverklaring aflegt, dan antwoorden zij ongeveer hetzelfde als UNGER: zijn wil vaststellende, maakt hij het bestaan van dien wil van de eene of andere gebeurtenis afhankelijk. ¹⁾ Wat derhalve tegen den laatste is aangevoerd, is ook op hen toepasselijk. — SELL ²⁾ geeft, behalve den vermoedelijken wil der partijen, als grond der terugwerking nog de noodzakelijkheid op, die er bestond, om de *conditio* scherp van den *dies* af te scheiden. Het oordeel echter, dat hij zelf over dat gevoelen uitspreekt, luidt: „doch bleibt das Gesagte immer blosser Hypothese.“ Inderdaad, de noodzakelijkheid dier onderscheiding is niet licht in te zien, of beter, dat onderscheid is ook zonder het aannemen eener terugwerking duidelijk te erkennen. Het bestaat toch slechts zoo lang, als er van *dies* en *conditio* sprake is, dus tot dat de bepaalde dag aangebroken en de voorwaarde vervuld is. Gedurende dien tijd openbaart het zich op deze wijze, dat de *dies* een zeker, de *conditio* daarentegen een onzeker uitzicht op een recht

1) Zie de definities, die de in de vorige noot aangehaalde schrijvers van de voorwaarde geven.

2) T. a. p. bl. 102.

geeft. Wanneer echter eenmaal de dag aangebroken is en de voorwaarde vervuld, dan bestaat er tot onderscheiding geene behoefte meer. Er is van beiden geen sprake meer; zoodra de verbintenis in 't leven treedt, verdwijnen zij uit den kring onzer beschouwing; aan de ontstane verbintenis is het niet meer te erkennen, of zij uit eene voorwaardelijke of onvoorwaardelijke, of uit eene van een *dies* voorzien wilsverklaring is voortgesproten. Waartoe zou het dan noodzakelijk zijn, juist op dat tijdstip tusschen beiden een scherp onderscheidend kenmerk daar te stellen, waarop zij van alle belang voor onze beschouwing verstoken worden?

Ten slotte willen wij nog van IHERING'S verdediging der terugwerking melding maken. Door dezen wordt een geheel bijzonder standpunt ingenomen. ¹⁾

In de voorwaardelijke rechtshandeling ziet hij namelijk het in het oud-Romeinsche recht eenige verschijnsel van het *successive ontstaan* eener rechtshandeling; tot aan de vervulling der voorwaarde bevindt zij zich in een toestand van *wording*, van *ontwikkeling*, gelijk met den nasciturus het geval is. Haar ontwikkelingsproces neemt niet een enkel tijdstip in, maar een geheel tijdvak, van de eerste handeling af, waarbij zij werd voorgenomen, tot aan de vervulling der voorwaarde. Van deze opvatting nu is, volgens IHERING, de terug-

1) Geist des röm. Rechts, III, 1^e Abth. bl. 160. Vgl. zijne recensie van SELL'S „bedingte Traditionen“, N. Krit. Jahrb. f. D. Rechtsw. dl. XI, bl. 878.

werking der voorwaarde een noodzakelijk gevolg; de beteekenis toch der terugwerking is geene andere dan deze: dat de rechtshandeling gedateerd wordt van den dag harer conceptie.

Pleit echter niet tegen deze plastische voorstelling de omstandigheid, dat de wilsverandering van eene der partijen op het ontstaan der verbintenis geen invloed uitoefent? Het begrip eener successive, eener wordende rechtshandeling schijnt toch eene voortdurende medewerking der partijen te eischen; kan er nu nog van medewerking sprake zijn, zoo de wil van een hunner tegen de verdere ontwikkeling, tegen de volmaking der rechtshandeling gekant is? En wanneer IBERING zegt: „Die Willensänderung des Handelnden ist unschädlich, denn der Wille hat sich mit und in dem Moment des Rechtsgeschäfts erschöpft” ¹⁾, dan vergeet hij, dat hij kort te voren verklaard heeft, dat de successive rechtshandeling niet een enkel tijdstip, maar een geheele tijdruimte inneemt.

Maar bovendien, al ware zijne beschouwing juist, dan nog zou de gevolgtrekking, die hij er ten aanzien der terugwerking uit maakt, niet te billijken zijn. De rechtsuitspraak „conceptus pro jam nato habetur” is slechts eene exceptie. De regel is, dat, gelijk van den mensch, zoo ook van de rechtshandeling het bestaan van het tijdstip harer geboorte dagteekent, d. i. hier, volgens IBERING, van de vervulling der voorwaarde.

In het bovenstaande hebben wij getracht, de

1) T. a. p. bl. 160, n. 213.

mislukking aan te toonen der pogingen, die door verschillende rechtsgeleerden, tot verklaring der terugwerking uit het wezen der voorwaarde, zijn aangewend. Deze mislukking is vooral daaraan te wijten, dat door de meesten zoowel het karakter der terugwerking als dat der voorwaardelijke wilsverklaring is uit het oog verloren. Velen namen te recht aan, dat terugwerking niets anders beteekent dan het bekend worden van een vroegeren toestand; maar zij merkten daarbij niet op, dat eene gebeurtenis ons slechts met een toestand kan bekend maken, waarvan zij zelve het gevolg is. Ten andere stelden zij datgene voorwaardelijk, wat nooit voorwaardelijk zijn kan, namelijk de wilsverklaring, het willen.

Wanneer wij ons derhalve dezelfde vraag ter beantwoording voorleggen, dan gaan wij daarvan uit, dat er eene wilsverklaring, dus ook een wil voorhanden is, dat beide een bestaan hebben, en dat over dat bestaan geene onzekerheid heerscht.

Het voorwaardelijke moet dan gezocht worden in den inhoud der wilsverklaring. Niet mijn willen, maar hetgeen ik wil is voorwaardelijk ¹⁾.

1) Hierop is reeds gewezen door SCHÖNEMANN, Zeitsch. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX, en WINDSCHEID, Pand. I, bl. 192, n. 2. Te recht zegt de laatste: „Nicht die Existenz des Willens wird von der Bedingung abhängig gemacht, sondern die Existenz des Gewollten. Wenn vor dem Eintritte der Bedingung kein Wille existirte, woher sollte denn mitt Eintritt der Bedingung ein Wille genommen werden? Die Existenz des Willens, die Thatsache des Wollens, kann gar nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden, so wenig wie die Existenz einer Thatsache überhaupt; erst da, wo es von

Het kan mijn wil zijn, dat er terstond eene verbintenis ontstaat; maar het kan ook mijn wil zijn, dat dit slechts onder bepaalde omstandigheden geschiede. In het laatste geval heb ik niet minder een wil, bestaat er niet minder eene wilsverklaring dan in het eerste. Mogen al die omstandigheden, en met deze de verbintenis niet plaats vinden, het blijft niet te min waar, dat de wil bij mij bestaan heeft, dat, wanneer die omstandigheden mochten voorkomen, ook de verbintenis in het leven zou treden.

Stemt dus met mijne wilsverklaring die van een ander overeen, dan is er eene overeenkomst, waaraan ik mij niet meer onttrekken kan, die derhalve terstond tusschen ons beide een rechtsband voortbrengt; ten behoeve mijner partij heb ik mij in mijn wil beperkt, zoodat de vraag, of tusschen ons eene werkzame verbintenis in het leven zal treden, of ik van den ander schuldenaar zal worden, niet meer van mij afhangt, maar daarvan, dat het eene of andere feit plaats heeft. Geschiedt dit, dan treedt de verbintenis in het leven, onverschillig of ik het al dan niet wil. Het is dus niet onzeker, dat de partijen eene overeenkomst hebben aangegaan; evenmin, dat deze tusschen hen een rechtsband heeft voortgebracht. Alleen daarover

menschlicher Willkühr abhängt, ob Thatsachen gewisse rechtlichen Wirkungen haben sollen oder nicht, beginnt der Raum für die Bedingungen." In dit opzicht wordt de voorwaarde juist door SAVIGNY gedefiniëerd, als „der Zusatz einer Willenserklärung, welcher *das Dasein eines Rechtsverhältnisses* von einem künftigen, ungewissen Ereigniss auf willkürlicher Weise abhängig macht." (System III, bl. 120).

heerscht onzekerheid, of de verbintenis, met het oog waarop de overeenkomst gesloten is, een werkzaam bestaan zal hebben. Het is derhalve dit laatste alleen, hetgeen voorwaardelijk is.

Het voorwaardelijke ligt dan hierin, dat het ontstaan der verbintenis in verband is gebracht met de eene of andere, hetzij sub- of objectief onzekere, omstandigheid. Het is van belang, te weten, welk dat verband is. Immers, zal men aan de vervulde voorwaarde eene terugwerking mogen toekennen, dan moet die omstandigheid het vroegere bestaan der verbintenis aantoonen, daarvan derhalve het gevolg zijn; is zij dat niet, dan mag ook geene terugwerking worden aangenomen.

Volgens mijne meening zijn hier twee opvattingen mogelijk. De door ons gestelde voorwaarde kan namelijk eene gebeurtenis zijn, die ons zal openbaren, of de toestand, waaraan wij als gevolg de verbintenis willen knooien, al dan niet bestaan heeft. In dit geval werkt de vervulde voorwaarde terug tot het tijdstip, waarop het blijkt, dat die toestand voorhanden is geweest. Immers, zij heeft hier die openbarende, declarative natuur, welke voor eene terugwerking vereischt wordt.

Volgens de andere opvatting wordt van de als voorwaarde gestelde gebeurtenis zelve het bestaan der verbintenis afhankelijk gemaakt; men wil deze als gevolg zien ontstaan van die gebeurtenis zelve, en niet van een door haar bekend gemaakten vroegeren toestand. Hier kan dus de verbintenis niet ontstaan, vóórdát de voorwaarde vervuld is, omdat vóór dien tijd hare oorzaak

niet aanwezig is. Hier is dus geene plaats voor de terugwerking.

Een voorbeeld moge hetgeen ik meen duidelijk maken. A verbindt zich aan B een som gelds te geven, indien D van zijne zeereis terugkeert. Nu kan A deze bedoeling hebben, zijne schenking daarvan te laten afhangen, dat D op dit oogenblik leeft, zoodat hij reeds terstond het geld zou geven, indien hij daarvan slechts zekerheid had. Den terugkeer van D stelt hij dan niet als voorwaarde, om daarvan in den eigenlijken zin des woords zijne schenking te laten afhangen, maar alleen omdat zij hem zal uitwijzen, of de toestand, waaraan hij als gevolg zijne schenking wil binden, voorhanden is geweest. In dit geval is het niet twijfelachtig, dat, wanneer D terugkeert, de schenking reeds van het oogenblik der wilsverklaring blijkt bestaan te hebben.

Maar de bedoeling van A kan ook eene andere geweest zijn. Stellen wij, dat D de zoon van B is, en dat A alleen daarom aan B geld wil geven, ten einde hem in de gelegenheid te stellen, voor zijn zoon zorg te dragen, wanneer deze in het ouderlijk huis teruggekeerd weêr ten laste zijns vaders komt. Hier is het duidelijk, dat de schenking bepaaldelijk als een gevolg der gestelde voorwaarde gewild is. Zoolang D op het schip de kost verdient, behoeft zijn vader niet voor hem te zorgen; eerst wanneer die kostwinning ophoudt, wordt dit noodzakelijk. De schenking derhalve bestaat hier niet vóórdát de voorwaarde vervuld is; eene terugwerking vindt hier niet plaats.

Zijn beide deze opvattingen van het verband

tusschen de voorwaarde en de verbintenis mogelijk, welke verdient dan de voorkeur, wanneer van de bedoeling der partijen niet blijkt? Zonder twijfel zal het antwoord voor de laatste gunstig zijn. Neemt men de eerste als de vermoedelijke opvatting der partijen aan, dan vervalt men in dit bezwaar, dat de vervulde voorwaarde meestal niet op één toestand, op één verschijnsel, als hare oorzaak, wijzen zal, maar op eene geheele reeks van verschijnselen, die elkander evenzeer in eene verhouding van oorzaak en gevolg opvolgen. Hoe zal men te weten komen, aan welk dier verschijnselen de partijen het ontstaan der verbintenis hebben verbonden? En zonder deze kennis is het toch niet mogelijk, te bepalen, in welke mate de terugwerking moet plaats grijpen, of zij zich tot het oogenblik der wilsverklaring, of tot een later tijdstip moet uitstrekken. Hier komt bij, dat deze opvatting, tegen hetgeen de rechtsbronnen ons leeren, de conditiones in praesens et praeteritum collatae van het begrip der voorwaarde uitsluit. In deze conditiones toch is het niet mogelijk die openbarende, declarative natuur te ontdekken, welke, volgens de bestreden opvatting, der voorwaarde eigen is ¹⁾. Als zoodanig eene conditie kan men immers slechts den toestand zelven stellen, waarvan men de verbintenis laat afhangen, niet de gebeurtenis, die ons het bestaan van dien

1) Zie over deze voorwaarden en, in het algemeen, over het onderscheid tusschen *eigenlijke* en *oneigenlijke* voorwaarden, RITTING, über den Begriff der Bedingung, Archiv. f. civ. Pr. XXXIX, bl. 305 vlgg., en UNGER t. a. p. bl. 58, n. 5, die beide dat onderscheid loochenen.

toestand zal openbaren. Welke reden is er nu, die opvatting, welke het recht voor sommige voorwaarden huldigt, niet over alle uit te strekken? vooral wanneer het, gelijk boven is aangetoond, zeer te betwijfelen is, of met eene andere opvatting wel in de meeste gevallen aan den wil der partijen zal voldaan worden?

Onze conclusie derhalve is deze: dat men, zoo de wilsverklaring zelve ons niet tot eene andere opvatting dwingt, onder voorwaarde te verstaan heeft een onbekend feit, of eene onbekende daad, waaraan *als gevolg* het ontstaan eener verbintenis is verbonden ¹⁾. Daar wij alzoo tusschen de voorwaarde en de verbintenis eene verhouding aanwezig vinden, juist tegenovergesteld aan die, welke voor eene terugwerking der eerste noodzakelijk zou zijn, zoo moeten wij de vraag, of, volgens haren aard, de voorwaarde eene terugwerking uitoefent, in ontkenningen zin beantwoorden.

Vóórdat wij dit hoofdstuk sluiten, willen wij een paar bedenkingen trachten te weêrleggen, waarvan de eene geopperd is, en de andere misschien geopperd zou kunnen worden. De eerste treft de verwerping der terugwerking. Wanneer het — zoo vraagt men ²⁾ — de wil der partijen

1) Wij spreken hier alleen over de voorwaarde bij verbintenissen. Wordt een zakelijk recht voorwaardelijk verleend, dan is het natuurlijk het ontstaan van een zakelijk recht, dat als gevolg aan een onbekend feit verbonden wordt.

2) GÖTTING, Zeitsch. f. Civ. u. Pr. t. a. p. bl. 270. Verg. UNGER t. a. p., bl. 72 n. 64.

niet is, dat bij de vervulling der voorwaarde de verbintenis van het oogenblik der wilsverklaring als aanwezig beschouwd wordt, welk nut heeft dan de voorwaardelijke wilsverklaring? waarom wacht men niet totdat de als voorwaarde gestelde omstandigheid werkelijk voorhanden is, om dan eene onvoorwaardelijke wilsverklaring af te leggen? Het antwoord is niet ver te zoeken. Immers, is het zeker, dat men dan nog in de gelegenheid zal zijn, die wilsverklaring af te leggen? Kan de wilsovereenstemming, die nu aanwezig is, dan niet ontbreken? Zal mijne partij, die zich nu op voor mij voordelinge voorwaarden voor een bepaald geval verbinden wil, ook dan nog daartoe bereid zijn? ¹⁾ In het antwoord op

1) Vgl. IHERING, Geist des röm. R. III, 1^o Abth. bl. 156: „Kein Verkehr, und wäre es noch so niedrig entwickelt, vermag sich ausschliesslich auf die Verhältnisse in der *Gegenwart* zu beschränken; schon die einfachsten Bedürfnisse treiben den Menschen in die *Zukunft*, und das Recht muss ihm die Formen gewähren, um sich die Zukunft zu sichern. — Die Dispositionen für die Zukunft hängen in ihrer Zweckmässigkeit und Nothwendigkeit oft noch von zukünftigen Verhältnissen ab; dürfte man sie nur *schlechthin* treffen, so musste man in manchen Fällen sich ihrer zunächst gänzlich enthalten. Darauf beruht das Verkehrsbedürfniss der *Bedingung*. Erst sie verleiht der Idee der *rechtlichen Beherrschung der Zukunft* ihre volle Verwirklichung, indem sie das Mittel gewährt, Combinationen, Berechnungen, Erwartungen, kurz das bloss *Mögliche* mit derselben Sicherheit, als wäre es bereits *wirklich*, in den Kreis unserer Operationen zu ziehen — Sie emancipirt von der Schranke der Gegenwart und ermöglicht es, die *Zukunft von sich, ohne sich von ihr abhängig zu machen.*“

deze wedervragen ligt, dunkt mij, tevens het antwoord op onze bedenking.

Eene andere bedenking stel ik mij-voor gericht te zijn tegen onze stelling, dat de verbintenis gewild wordt als *gevolg* van een feit, hetzij dit de gestelde voorwaarde zelve is, of door haar moet geopenbaard worden.

Den grond dezer stelling vind ik hierin, dat de omgekeerde verhouding, volgens welke de verbintenis de oorzaak en de voorwaarde het gevolg zijn zou, niet mogelijk is. En evenmin is het denkbaar, dat er in het geheel geen verband tusschen beiden zou bestaan. Welk ander blijft er dan over, dan het door ons aangenomene? Aan den invloed, dien de uitwendige verschijnselen op 's menschen wil uitoefenen, aan de motiveering van zijn wil door hetgeen buiten hem omgaat, wordt niet getwijfeld. Maar erkent men daarmee niet

Deze overigens juiste beschouwing is m. i. al te zeer beperkt tot de opschortende voorwaarde. Geeft het recht ons de middelen aan de hand, om volkomen de toekomst te beheerschen, dan moet zij ons des te meer eene volstrekte macht over het tegenwoordige verleen. En deze macht verschafft ons eerst de *conditio in praesens vel pract. collata*. Eerst door haar worden wij in staat gesteld, onze beschikkingen afhankelijk te maken van hetzij tegenwoordige of verledene, *ons onbekende*, verschijnselen, met dezelfde zekerheid, dat aan onzen wil volkomen zal voldaan worden, als wanneer wij onvoorwaardelijk eene beschikking maken. Bewijst ook niet het bestaan der *conditio in praesens etc.* de behoefte, die er aan gevoeld wordt? In den laatsten zin zou ik dus wenschen te lezen in de plaats van *Gegenwart: het zekere*, en in de plaats van *Zukunft: het onzekere*.

het dadelijk verband, dat tusschen het gewrocht van den wil en de uitwendige verschijnselen zelve bestaat? Immers, de voorstelling, die de mensch zich van dezen vormt, brengt den wil bij hem te weeg, eene rechtsbetrekking in het leven te roepen, wanneer zijne voorstelling aan de werkelijkheid beantwoordt, m. a. w. als gevolg daarvan, dat de uitwendige toestand zoo voorhanden zij, gelijk hij dien zich heeft voorgesteld. Van daar dat, wanneer dit niet het geval is, wanneer er eene zoogenaamde dwaling in motiven aanwezig is, deze de rechtsbetrekking opheft. ¹⁾ Dat de dwaling, de verkeerde voorstelling, aangewezen worden en te verontschuldigen moet zijn, is een waarborg voor de zekerheid van het recht, die onze beschouwing niet onwaar maakt.

Is nu de verhouding, die volgens ons gevoelen tusschen de voorwaarde en de verbintenis bestaat, een gewoon verschijnsel, berustende op den niet te miskennen invloed, dien de uitwendige omstandigheden op den mensch uitoefenen; vertoont zich die invloed, ofschoon minder zichtbaar, zelfs dan, wanneer wij onvoorwaardelijk eene verbintenis in het leven roepen; dan kan hij ook daar niet ontbreken, waar wij dat voorwaardelijk doen. Is dit het geval, dan komen wij tot de twee opvattingen, die boven uiteengezet zijn, dat namelijk de verbintenis gewild moet zijn óf als gevolg der gestelde voorwaarde zelve, óf als gevolg van den toestand, dien ons de vervulling der voorwaarde zal openbaren. En,

1) Vgl. WINDSCHEID, Pand. bl. 169; GOUDSMIT, Pand. bl. 116.

dat van deze beide opvattingen de eerste de ware is, hebben wij eveneens hierboven aangetoond.

De taak, die ons in dit hoofdstuk was opgelegd, kunnen wij als volbracht beschouwen, zoodat wij ons thans tot het positive recht moeten wenden, en vragen, in welken zin daarin onze quaestie beslist is.

HOOFDSTUK III.

BEWIJZEN, WELKE VOOR DE TERUGWERKING DER
VOORWAARDE WORDEN AANGEVOERD.

1. Onder de plaatsen ¹⁾, welke als bewijzen voor de terugwerking worden aangehaald, vinden wij vooreerst l. 8 pr. D. de peric. et com. rei vend. 18. 6. vermeld, waar PAULUS o. a. zegt: „quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emtione in praeteritum.”

Dat de werking, waarvan hier sprake is, een uitvloeisel van de terugwerkende kracht der voorwaarde zijn kan, zal niemand betwisten; het is slechts de vraag, of zij het zijn moet: en dit meenen wij te mogen betwijfelen. De woorden die het motief der beslissing bevatten: „quasi jam contracta enz.” pleiten er voor noch tegen. Kunnen zij beteekenen, dat, wanneer de voorwaarde vervuld is, de koop geacht wordt van het tijdstip

1) De meeste der hier besproken plaatsen zijn behandeld door WINDSCHEID, „die Wirkung der erfüllten Bedingung” Basel 1851; in welke verhandeling de terugwerking der voorwaarde bestreden wordt.

der wilsverklaring onvoorwaardelijk te hebben bestaan; met niet minder recht kan men ze in dezen zin opvatten, dat de partijen op dat tijdstip de overeenkomst gesloten hebben, die alleen de grond der latere verbintenis zijn kan, dat derhalve reeds van dat oogenblik af hun wil is gebonden geworden. Immers het woord *quasi* kan geen aanstoot geven; dikwijls wordt het in de bronnen in een redegewenden zin gebezigd. Men zie l. 32 § 13 D. de don. i. v. c. u. 24, 1, l. 1 § 3 C. de cad. toll. 6. 51. Of is het waar, wat IHERING zegt, dat, zonder eene terugwerking, het ontstaan der verbintenis na den dood van eene der partijen onmogelijk wordt? ¹⁾ Ik geloof, dat men dit mag ontkennen. Ontleent toch de vervulde voorwaarde hare werking alleen aan den verklaarden wil der partijen, dan kan slechts een van beiden plaats hebben: óf, dat na hun dood die wil krachteloos wordt; maar hoe zal dan nog de voorwaarde hare werking kunnen uitoefenen? óf, dat de wil zijne kracht blijft behouden; maar dan worden de erfgenamen reeds terstond na het openvallen der erfenis verbonden, de vervulde voorwaarde die werking te laten uitoefenen, die haar door den erflater is toegekend. En wanneer hij zich, tot staving zijner meening, op deze woorden der l. un. Cod. ut actiones, 4. 11. beroept: „ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes, veteres non concedebant” ²⁾, verliest hij dan niet uit het oog,

1) Geist des röm. R., t. a. p. bl. 161 n. 216.

2) Cf. l. 11 C. de cont. et committ. Stip. 8. 37, GAIUS III § 100, § 13 Inst. de inut. Stip. 3. 19.

dat deze door JUSTINIANUS afgeschafte regel niet gold van voorwaardelijke verbintenissen, maar van stipulationes post mortem en pridie quam mors secuta fuerit conceptae? En dat tusschen beiden een onderscheid bestaat, valt toch niet te miskennen. Die voorwaardelijk stipuleert, stipuleert niet post mortem; want indien de voorwaarde bij zijn leven in vervulling komt, dan is hij zelf verbonden, terwijl ten gevolge eener stipulatio post mortem slechts zijn erfgenaam kan verbonden worden. Daarenboven mogen wij vragen: hoe verklaart IHERING den passiven overgang van het voorwaardelijk legaat op de erven van den belasten erfgenaam? Immers „post mortem quoque heredis inutiliter legabatur” (Inst. § 35 de leg. 2. 20), ¹⁾ en, ook volgens hem, heeft de aan legaten toegevoegde voorwaarde geene terugwerkende kracht. Zijne beschouwing moet hem dus tot dit ongegronde besluit voeren, dat, wanneer de voorwaarde vervuld wordt na den dood des erfgenaams, die met de uitkeering van het legaat belast is, de legataris het legaat niet meer vorderen kan, omdat er een legatum post mortem heredis, dus een niet geldig legaat, blijkt aanwezig te zijn. Ik twijfel, of IHERING zelf dat noodzakelijke gevolg zijner redeneering zal willen toegeven.

Wij keeren dus terug tot hetgeen wij boven hebben gezegd, dat de overgang der voorwaardelijke verbintenis op de erfgenamen der oorspronkelijke partijen, ook zonder dat eene terugwerking plaats grijpt, mogelijk is. De vraag blijft derhalve,

1) Cf. GAJUS II § 232, ULPIAN. Reg. 24 § 16.

of hij in het Romeinsche recht al dan niet als een gevolg van de terugwerking der voorwaarde erkend is. Geeft ons, gelijk wij gezien hebben, l. 8 cit. geen antwoord op die vraag, beslissend is, volgens onze meening, § 4 Inst. de V. O. 3. 15, waar wij lezen: „Ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri, *eamque ipsam spem in heredem transmittimus*, si prius, quam conditio existat, mors nobis contigerit ¹⁾.” Voegen wij hierbij wat JULIANUS zegt: „Si quis, si Titius Consul factus erit, decem dari sponderit, quamvis pendente conditione promissor moriatur, *relinquet heredem obligatum*,” (l. 57 D. de V. O. 45. 1) dan is het aan geen twijfel meer onderhevig, dat de opvatting der Romeinsche rechtsgeleerden geene andere dan deze was, dat de erfgenaam ook dan door de wilsverklaring van den erflater gebonden werd, wanneer zij het voorwaardelijk ontstaan eener verbintenis tot voorwerp had.

Dit verbonden zijn nu van den erfgenaam onderstelt een verbonden zijn van den erflater zelven; m. a. w. dat, waar eene voorwaardelijke rechtshandeling verricht wordt, reeds van dat eigen oogenblik af, nog vóórdat de beoogde verbintenis werkzaam in het leven treedt, een rechtsband tusschen de partijen aanwezig is, waaraan zij zich niet meer kunnen onttrekken, en die zich terstond in verschillende opzichten openbaart ²⁾.

1) Cf. l. 54. D. de V. S. 50. 16 (ULPIANUS): „Conditionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura: vel qui spem habent, ut competat.”

2) Zelfs worden door vele voorstanders der terugwerking aan de enkele wilsverklaring, dus nog voordat de vervulde

2. Zoo is het slechts met deze opvatting te rijmen, dat, wanneer de voorwaarde vervuld is, de schuldeischer tegen de vrijlating van den slaaf zijns schuldenaars kan opkomen, wanneer zij pendente conditione, met het opzet om hem te benadeelen, geschied is; en dat hij in het algemeen tegen zijne partij de actio Pauliana kan instellen, wanneer deze p. c. in fraudem creditorum gehandeld heeft. L. 27 pr. D. qui et a quibus 40. 9. FITTING ziet hierin eene toepassing der terugwerking ¹⁾. Doch, naar mijn gevoelen, ten onrechte. Men kan toch moeilijk den toelag hebben, zijn schuldeischer te benadeelen, wanneer men niet weet, dat men er een heeft. Want volgens FITTING's beschouwing der terugwerking, zal men dat eerst later, met de vervulling der voorwaarde, te weten komen. En wanneer hij, zich beroepende op l. 10 § 7 D. quae in fraud. cred. 42. 8, beweert, dat het consilium fraudandi niet juist op één bepaalden schuldeischer betrekking behoeft te hebben, maar slechts in het algemeen het opzet beteekent, schuldeischers te benadeelen; dan kan hierop geantwoord worden, dat de zin der l. 10 cit. geene

voorwaarde hare *Existenz* heeft aangetoond, verschillende werkingen toegekend, o. a. ook die, waarvan in l. 8 cit. sprake is. Wanneer zij desnietteenstaande ditzelfde fragment als een bewijs voor de terugwerking blijven gebruiken, dan behoeft het geene opmerking, dat zij geen recht daartoe hebben. Zie vooral WÄCHTER, Würtemb. Pr. R. II, bl. 696 vlgg.; voorts VANGEROW Pand. I, bl. 141 (7^e Aufl.); UNGER, Oesterr. Pr. R. II, bl. 70, n. 55; GOUDSMIT, Pand. bl. 138, n. 1.

1) Begriff der Rückz. bl. 52 vlgg. Hij geeft echter toe, dat de door ons verdedigde opvatting, mogelijk is, bl. 101, n. 142.

andere dan deze is: dat, wanneer meerdere schuldeischers door handelingen van hun gemeenschappelijken schuldenaar benadeeld zijn, zij slechts den animus fraudandi ten opzichte van een hunner te bewijzen hebben ¹⁾. Nu stemmen wij, met het oog op deze bepaling, toe, dat in dit ééne geval, wanneer er een of meer onvoorwaardelijke schuldeischers zijn, en van het kwade opzet jegens één hunner gebleken is, de voorwaardelijke schuldeischer ook dan de actio Pauliana kan instellen, wanneer men aan de terugwerking blijft vasthouden. Is dit echter niet het geval, is de schuldenaar slechts voorwaardelijk verbonden, dan komt het ons onmogelijk voor, dat de vervulling der voorwaarde, behalve de vroegere aanwezigheid van een schuldeischer, tevens het bestaan hebben van den animus fraudandi bij den schuldenaar zou openbaren. Hierbij komt de afdoende opmerking van WINDSCHEID: dat, indien de grond, die de vrijheid van den p. cond., in fraudem creditorum, gemanumitteerden slaaf verhinderde, daarin lag, dat existente conditione de verbintenis reeds op dat oogenblik bestond, dit dan ten gevolge zou moeten hebben, dat er deficiente conditione in het geheel geen gestum fraudationis causa voorhanden was; dat derhalve, in dat geval, de slaaf de vrijheid zou moeten verkregen hebben van het tijdstip der manumissie. ¹⁾ Nu lezen wij echter in l. 16 § 4 D. qui et a quibus 40.9: „si sub conditione

1) „Illud certe sufficit, et si unum scit creditorem fraudari, ceteros ignoravit, fore locum actioni.”

2) Heidelb. Krit. Zeitsch. IV.

alicui pecunia debeatur, *quasi statuliber* erit a debitorum manumissus, ut pendeat libertas ex conditione." Derhalve, de slaaf erlangt de vrijheid niet vóórdat ¹⁾ van de verijdeling der voorwaarde blijkt. Hieruit volgt, dat de grond, die zijne manumissie ongeldig maakt, niet de terugwerking zijn kan, maar elders moet gezocht worden. En waarin anders zullen wij hem dan vinden, zoo niet in dien rechtsband, waardoor wij boven zagen, dat de partijen terstond na het plegen der voorwaardelijke rechtshandeling aan elkander verbonden worden?

3. Op denzelfden grond berust het, dat, hetgeen de *filiusfamilias* of de slaaf voorwaardelijk stipuleeren, voor hen verworven wordt, in wier macht zij op dat oogenblik staan, ook indien zij, tijdens de vervulling der voorwaarde, vrij of aan een ander onderworpen zijn. Dit wordt ons duidelijk te kennen gegeven door POMPONIUS in l. ult. D. de stip. serv. 45. 3: „*Quidquid contraxit servus, dum nobis servit, etiam si stipulationem contulit in alienationem vel manumissionem suam, tamen nobis id acquisitum erit, quia potestas ejus tunc quum id contraheretur, nostra fuit. Idque est, si filiusfamilias contrahat, namque etiam quod in emancipationis suae tempus contulerit, nobis debetur, si tamen dolo malo id fecerit.*” Ook hierin hebben velen ²⁾ een bewijs voor de terugwerking meenen te zien, zich vooral op deze woorden van PAULUS beroepende: „*Si filiusfamilias sub condi-*

1) Cf. FITTING t. a. p. bl. 31 vlgg.

2) O. a. SELL, *bed. Trad.* bl. 105; FITTING, t. a. p. bl. 53 Cf. WINDSCHEID, *die Wirkung der erf. Bed.* bl. 13 vlgg.

tione emancipatus fuerit, deinde exstiterit conditio, patri actio competit, quia *in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.*" L. 78 pr. D. de V. O. 45. 1. Maar DONELLUS heeft reeds aangewezen, dat men onrecht doet, deze laatste woorden als een algemeenen grondregel te beschouwen, en dat PAULUS slechts dit heeft willen zeggen: dat, met betrekking tot de verwerving der vordering door den machthebber, bij voorwaardelijke stipulaties, in tegenstelling van hetgeen bij voorwaardelijke legaten geschiedt, op den tijd der wilsverklaring gelet wordt.

De reden hiervan vindt ook hij daarin, dat reeds van dat oogenblik af een rechtsband tusschen de beide partijen aanwezig is: „certum est — zegt hij — subesse jam a principio stipulationem, quamvis interpositam a filio sub conditione; cui stipulationi et spes adjuncta, fore ut aliquando debeatur, quum scilicet conditio exstiterit. Hanc ipsam stipulationem atque hanc spem statim patri acquiri dicimus; — non utique tamquam quaesitam a filio, a quo deinde transeat ad patrem; sed tamquam interpositam et quaesitam a patre ipso, qui in ea interponenda usus sit ministerio et voce filii. — Placet enim, quum de acquirendo agitur, vocem filii intelligi vocem patris, vocem servi videri vocem domini." Dat nu bij legaten het oogenblik der vervulde voorwaarde beslissend is ¹⁾, ligt daaraan, dat vóór dien tijd geene enkele handeling van den zoon, dus van den vader, voorhanden is, waardoor deze eenig recht zou erlangen. Eerst na de vervulling

1) l. 14 § 3 D. quando dies legat. 36. 2, l. 18 D. de R. J. 50. 17.

der voorwaarde verklaart de zoon, hetzij uitdrukkelijk of stilzwijgend, het legaat te willen aannemen. Maar opdat ook dan nog zijne stem die zijns vaders, zijne handeling die zijns vaders zij, is het noodig, dat hij nog aan diens macht zij onderworpen. Is dit niet meer het geval, dan verwerft hij of voor zich zelve, of voor hem, die hem nu in zijne macht heeft ¹⁾.

4. Wij komen thans tot eene plaats, die steeds voor een der sterkste bewijzen der terugwerking gegolden heeft, zoodat zelfs KRITZ, een harer eerste bestrijders, zich tot de bewering gedrongen zag, dat in het daar behandelde geval de partijen aan de vervulde voorwaarde, bij uitzondering, wel een terugwerkende kracht hadden toegekend. Wij bedoelen l. 16 D. de solut. 46. 3, die deze uitspraak van POMPONIUS bevat: „Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur jam olim liberatus.” SCHÖNEMANN ²⁾ heeft getracht,

1) DONELLUS: Comment. ad Tit. Dig. de Verb. Oblig. 45. 1, ad l. 78. Ook WINDSCHEID merkt op, dat de *Willensgebundenheit*, welke p. cond. bij den eventueelen verliezer aange troffen wordt, wel bij beschikkingen onder levenden, maar niet bij die ter doode, een recht van den eventueelen verkrijger tegenover zich heeft. Vandaar, dat bij voorwaardelijke legaten p. c. geen active overgang op den erfgenaam van den legataris plaats greep. Heidelb. Krit. Zeitsch. t. a. p. Evenzoo meent FITTING, dat de *Gebundenheit der Sache*, welke men volgens hem in gevallen van *voorwerking* aantreft, kan opgevat worden 1° als eene objective eigenschap der zaak, maar 2° ook, als beantwoordende aan het recht van een persoon. Begr. der Rückz. bl. 102.

2) Das Wesen der Susp. Bed., Zeitsch. f. Civilr. u Pr. N. F. XIX bl. 10 vlgg.

de kracht van dit bewijs te ontzenuwen, door te stellen, dat de *acceptilatio* niet de verbintenis, maar eenvoudig de wilsverklaring opheft. „*Verbis facta obligatio aliis verbis dissolvi potest*”¹⁾: d. i. gelijk de *verborum obligatio* door het uitspreken van woorden gegrond wordt, zoo wordt zij ook door het uitspreken van woorden weêr opgeheven, onverschillig of die eerste woordenwisseling reeds al dan niet eene verbintenis heeft voortgebracht; de formule der *acceptilatio* luidt niet: „*quod ego tibi debeo,*” maar „*quod ego tibi promisi, habesue acceptum.*” Wanneer wij nu in de *Digesten* dergelijke uitspraken vinden: „*ita demum egisse aliquid acceptilatio dicitur, si obligationis conditio extiterit*” (l. 77 D. de reg. J. 50, 17), „*postea existente conditione intelligitur jam olim liberatus*” (l. 16 D. de solut. cit.), dan moeten wij daaraan niet dien zin geven, dat de *acceptilatio* eerst na de vervulling der voorwaarde hare werking uit, maar dat alleen in dat geval de schuldenaar voordeel van haar heeft, omdat er *deficiente conditione* in het geheel geene verbintenis ontstaat, en er derhalve geene *acceptilatio* meer noodig was, om hem er van te ontheffen. — Ik geloof niet, dat deze beschouwing juist is. Reeds terstond moeten wij tegen de laatste stelling opkomen: is toch *SCHÖNEMANN*'s voorstelling van het wezen der *acceptilatio* waar, dan oefent deze reeds terstond, ook indien later de voorwaarde verrijdeld wordt, eene voor den schuldenaar voordeelige werking uit, daar hij van dat eigen oogenblik af

1) § 1 Inst. Quib. mod. obl. toll. 3. 29.

van al de verplichtingen, hem pendente conditione opgelegd, bevrijd wordt. Nu twijfel ik, of zich hiermeê vereenigen laat wat PAPINIANUS in l. 77 cit. zegt: „*Ita demum egisse aliquid acceptilatio dicitur, si obligationis conditio exstiterit,*” en wat wij in l. 12 D. de acceptil. lezen: „*Sed ita id factum (sc. acceptilatio) apparebit, si conditio stipulationis exstiterit.*” Bovendien zou het, indien SCHÖNEMANN'S theorie de ware was, zonderling mogen heeten, dat na de acceptilatio nog van eene conditio gesproken werd. De gebeurtenis, die daardoor alleen waarde voor onze beschouwing verkregen heeft, dat de wilsverklaring een bijzonder gevolg aan haar heeft verbonden, verliest die waarde, wordt eene voor ons volkomen onverschillige gebeurtenis, zoodra de wilsverklaring door de acceptilatio als te niet gedaan is. In de aangehaalde fragmenten daarentegen wordt op het al of niet plaats hebben dier gebeurtenis ook dan nog acht geslagen, zoo zelfs, dat in het laatste geval de acceptilatio gezegd wordt niets te hebben uitgewerkt. Een bewijs, dunkt mij, dat die gebeurtenis hare beteekenis als voorwaarde nog niet verloren heeft, en dat de wilsverklaring, die haar alleen die beteekenis geven kan, nog niet van kracht beroofd is.

SCHÖNEMANN'S poging, om l. 16 de solut. cit. als bewijs van de terugwerking krachteloos te maken, mogen wij derhalve als mislukt aanmerken.

Onderwerpen wij het fragment aan eene nadere beschouwing, dan zien wij, dat het niet uitdrukkelijk op eene terugwerking wijst; want niets verhindert, de woorden „*conditione existente intel-*

ligitur jam olim liberatus" in den door WINDSCHEID ¹⁾ aangeduiden zin op te vatten, dat de na de vervulling der voorwaarde geboren verbintenis op het oogenblik harer geboorte opgeheven wordt „kraft der bereits früher eingetretenen liberirenden Thatsache," zoodat het niet schaadt, dat die handeling reeds vroeger verricht is, en dus eene herhaling dierzelfde handeling niet meer gevorderd wordt. Dit moet derhalve onderzocht worden, of volgens het Romeinsche recht de acceptilatio altijd terstond hare eigenaardige werking uitoefent: in welk geval geene geldige acceptilatio zonder het gelijktijdig voorhanden zijn eener verbintenis kan gedacht worden; dan wel, of ook hare werking (opheffing eener verbintenis) eerst later kan plaats grijpen, namelijk dan, wanneer er eene verbintenis aanwezig is. Dat alleen het eerste het geval is, wordt door FITTING beweerd ²⁾; hij beroept zich echter op plaatsen, die volstrekt niet beslissend zijn: nl. op l. 16 cit., wier verklaring juist het betwiste punt uitmaakt, op l. 12 D. de acceptil. 46, 4 en op l. 77 D. de R. J. 50, 17. Van l. 12 nu zullen wij straks aantoonen, dat zij eer tegen dan voor hem pleit, en van l. 77 meenen wij, dat noch het een noch het ander kan gezegd worden. „Actus legitimi — zoo heet het daar —, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti . . . acceptilatio . . ., in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem. Nonnumquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt,

1) Wirk. der erf. Bed. bl. 15; Cf. Heidelb. krit. Zeits. t. a. p.

2) Begriff der Rückz. bl. 55. Vergel. zijne verhandeling „über den Begriff der Bedingung", Archiv. f. civ. Pr. XXXIX bl. 342.

quae aperte comprehensa vitium afferunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptatio intelligitur, si obligationis conditio exstiterit; quod si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum." Hier wordt dus gezegd, dat de actus legitimi somtijds dezelfde werking hebben, alsof de voorwaarde, wier uitdrukkelijke vermelding verboden is, er inderdaad bijgevoegd ware. Daar het nu juist de vraag is, welke werking de voorwaarde uitoefent, kunnen noch de voorstanders noch de bestrijders der terugwerking, zonder aan eene petitio principii schuldig te worden, zich van deze plaats bedienen.

Voor de andere opvatting, waartoe volgens ons gevoelen l. 16 de solut. recht geeft, beroepen wij ons ten eerste op het tweede gedeelte van dat fragment zelf. Na gezegd te hebben: „sub conditione debitori si acceptum feratur, postea existente conditione intelligitur jam olim liberatus,” gaat POMONIUS aldus voort: „Et hoc etiam si solutio re fiat, accidere Aristo dicebat; scripsit enim: si quis sub conditione pecuniam promisit, deditque ea conditione, ut, si conditio exstisset, in solutum cederet, existente conditione liberari eum, *nec obstare quod ante ejus pecunia facta est*”. ARISTO derhalve zeide, dat, gelijk de schuldenaar na de vervulling der voorwaarde „jam olim liberatus” geacht werd door de acceptilatio, die vóór dien tijd geschied was, hetzelfde plaats vond, indien hij pendente conditione werkelijk betaald had, en dat het niet schaadde, dat de betaling reeds vroeger (ante conditionem

existentem) geschied was. De zin dezer laatste woorden (*nec obstare* enz.) is niet te vatten, tenzij men aan de woorden „*intelligitur jam olim liberatus*” de door WINDSCHEID aangeduide beteekenis geve. ARISTO's uitspraak bevat dan het volgende: dat ook, indien *pendente conditione* werkelijk geld gegeven is, met dit doel, dat het tot betaling strekken zal, indien de voorwaarde der verbintenis vervuld wordt, dat ook dan de schuldenaar eerst na de vervulling der voorwaarde bevrijd wordt, niettegenstaande (*nec obstare*), ja, krachtens de reeds vroeger plaats gegrepen eigendomsoverdracht van het geld. Gelijk dus de *solutio re* eene toekomstige verbintenis tot voorwerp kan hebben, zoo is dit ook met de *acceptilatio*, de *imaginaria solutio*, het geval.

Tot ditzelfde besluit leidt l. 12 D. de *acceptilat.* 46. 4, van POMPONIUS. „*Quod in diem vel sub conditione debetur, acceptilatione tolli potest. Sed ita id factum apparebit, si conditio stipulationis exstiterit vel dies venerit.*” Deze plaats is een krachtig bewijs voor hetgeen de nieuwere beoefenaren van het Romeinsche regt leeren, dat de tijdsbepaling niet slechts de uitoefening, maar het ontstaan van het recht opschort. 1) Bestond

1) Dit gevoelen wordt uitvoerig verdedigd door UNGER t. a. p. bl. 89 n. 6, bl. 91 n. 7, en door WINDSCHEID, *Lehrb. des Pand. R.*, I bl. [223 n. 5. Ook GOLDSMIT deelt het, *Pand. Syst.* I bl. 150 n. 1. Zie o. a. l. 44 § 1 D. de O. et A. 44. 7, l. 9 pr. D. de reb. cred. 12. 1, l. 41 § 1 D. de V. Obl. 45. 1. De oude beschouwing, welke zij toegeven dat, nevens de nieuwe, in de rechtsbronnen gevonden wordt, is daaruit ontstaan, dat het door tijdsbepaling opgeschorte recht,

toch het recht reeds van het oogenblik der wilsverklaring af, hoe kon dan de Jurist zeggen: „ita id factum apparebit, si dies venerit”? wat verhinderde, dat de acceptilatio de aanwezige verbintenis terstond ophief?

Wordt daarentegen door de tijdsbepaling het ontstaan van het recht zelf opgeschort, dan levert inderdaad ons fragment het voorbeeld eener acceptilatio, wier voorwerp eene toekomstige verbintenis uitmaakt; want aan den termijn kan men geene terugwerkende kracht toeschrijven.

Een derde bewijs voor onze verklaring van de l. 16 cit. putten wij uit l. 13 § 9 D. h. t. (de acceptil.), waar wij van ULPIANUS het volgende lezen: „Qui ita stipulatur a fidejussore: „Quod Titio credidero fide tua esse jubes?” deinde, antequam crederet, acceptum fecit fidejussori, reus non liberabitur, sed quandoque ei creditum fuerit, tenetur. Nam etsi fidejussorem non ante liberatum esse credimus, quam quum fuerit creditum reo, non tamen reus antiquiore acceptilatione, quam obligatio ejus est, liberari potuit.”

De verklaring, die FITTING van deze wet gegeven heeft, mag hoogst zonderling heeten. Hij gaat van het denkbeeld uit, dat voor de verplichting van hem, die zich voor eene toekomstige schuld borg heeft gesteld, het ontstaan dier schuld geen *conditio juris*, geen objectief vereischte, maar niets

in tegenstelling met het voorwaardelijke, een *zeker jus futurum* is: in dien zin kon dus gezegd worden, dat reeds terstond een recht voorhanden was, met welks uitoefening men echter moest wachten.

meer dan eene gewone voorwaarde is, bij welke terugwerking plaats grijpt. Het ontstaan der hoofdschuld toont dus aan, dat de borg van het oogenblik der borgstelling af verbonden is geweest, dat hij dien ten gevolge door de acceptilatio inderdaad bevrijd is geworden. Daar nu echter bevrijding van den borg bevrijding van den hoofdschuldenaar uitwerkt, zoo zou ook in ons geval hij moeten bevrijd zijn, wien het geld geleend is; en dit is toch bezwaarlijk aan te nemen, daar op het oogenblik, dat de acceptilatio met den borg werd aangegaan, zijne verbintenis nog in geen enkel opzicht bestond, en het dus niet mogelijk was, dat hij toen van eene verbintenis ontheven werd. Hieruit zou derhalve moeten volgen, dat ook de acceptilatio, met den borg aangegaan, niets had uitgewerkt, daar in dat geval de hoofdschuldenaar wel zou bevrijd zijn. Van den anderen kant is er echter niets wat hare werking, ten opzichte van den borg, zou verhinderen, daar de acceptilatio, met dezen aangegaan, op zich zelve volkomen geldig is. Het is duidelijk, dat wij hier niet, zonder ons aan inconsequentie schuldig te maken, tot eene uitkomst kunnen geraken. De Romeinen zijn dan ook niet daarvoor teruggedeinsd, en hebben eenvoudig beslist, dat de acceptilatio alleen den borg, en niet den toekomstigen hoofdschuldenaar bevrijdt ¹⁾.

Juist dat, volgens FITTING, de inhoud onzer wet

1) Begr. der Rückz. bl. 57 vlg. Zijn recensent v. SCHEURL keurt deze verklaring ten sterkste af. Zie krit. Ueberschau, V bl. 34.

slechts kan verklaard worden, wanneer men eene inconsequentie aanneemt, doet ons aan zijne verklaring wantrouwen. Wanneer wij die dan ook nader beschouwen, blijkt het, dat zij geen vasten grond onder zich heeft. Zij gaat 1^o uit van eene *petitio principii*, daar de terugwerking der voorwaarde als bewezen wordt aangemerkt; 2^o berust zij op eene hypothese, waaraan ik geloof, dat alle steun ontbreekt.

FITTING stelt namelijk, dat voor de verbintenis van den borg het bestaan eener hoofdschuld geen objectief vereischte, maar slechts eene, zij het ook stilzwijgend aan te nemen, voorwaarde is. Daar nu de voorwaarde tot de *accidentalia negotii* behoort, zoo moet men, volgens die theorie, ook zonder dat zij aanwezig is, borg kunnen zijn. Het geval moet zich dus kunnen voordoen, dat ik verklaar borg te willen zijn, zonder het te willen zijn ten behoeve van een bepaalden schuldenaar, dat ik derhalve borg ben voor niemand. Maar waar blijft dan het begrip van verbintenis onder borgtocht, hetwelk juist daarin ligt, dat aan een schuldeischer een tweede schuldenaar verbonden wordt, wien hij kan aanspreken, indien zijn eigenlijke debiteur, de hoofdschuldenaar, hem niet voldoet? Bovendien wordt het in de bronnen duidelijk gezegd, dat er zonder eene hoofdschuld geen borg mogelijk is: „*non poteris habere fidejussorem obligatum, quia nec reus est, pro quo debeat, sed nec res ulla, quae possit deberi*”; l. 38 D. de fidej. 46.1. Cf. l. 29, l. 37, l. 47 D. cod.

Wordt derhalve voor eene toekomstige schuld een borg gesteld, dan ontstaat eerst zijne verbint-

tenis te gelijk met de hoofdschuld, l. 6 § 2 D. de fidej. Gaat nu de schuldeischer vóór dien tijd eene acceptilatio met hem aan, dan brengt zij wel zijne bevrijding te weeg, maar eerst op dat tijdstip, waarop dit mogelijk is, dus niet vóórdat de hoofdschuld aanwezig is, omdat vóór dien tijd zijne verbintenis nog niet bestaat; treedt zij echter te voorschijn, dan wordt zij, krachtens de reeds vroeger plaats gegrepen acceptilatio, op dat eigen oogenblik weer opgeheven. Eene andere verklaring der l. 13 de acceptil. is niet mogelijk, tenzij men die van FITTING goedkeure. Bevestigt alzoo deze wet hetgeen vroeger gezegd is, dat de acceptilatio ook eene toekomstige verbintenis tot voorwerp hebben kan, zij geeft tevens te kennen, hoe dit moet opgevat worden. Waarom wordt namelijk in ons geval met den borg ook niet hij bevrijd, wien het geld geleend is? De reden kan slechts daarin liggen, dat tijdens de acceptilatio de aanstaande schuldenaar nog in geen enkel opzicht gebonden was, dat het nog geheel aan hem lag eene verbintenis al dan niet aan te gaan; van acceptilatio kon er dus moeilijk sprake zijn, want er bestond volstrekt geen recht, waarvan afstand zou kunnen gedaan worden. Waar dit echter wel het geval is, waar het niet meer aan de willekeur van den een overgelaten is, in de toekomst al of niet verbonden te worden, en de ander een daarmee overeenstemmend recht heeft, daar is de acceptilatio eener toekomstige verbintenis mogelijk. Dit verklaart ook hetgeen wij in § 8 l. 13 cit. lezen: „Si legatorum sub conditione relictorum fidejussori

dato acceptolatum sit, legata debebuntur, postea conditione eorum existente." Want ofschoon de belaste erfgenaam reeds pendente conditione in zijn wil gebonden is, heeft toch de legataris vóór de vervulling der voorwaarde geen daaraan beantwoordend recht. Zie boven bl. 42, noot 1. 1)

Een vierde bewijs voor de door ons voorgestane opvatting der woorden: „olim liberatus intelligitur”, van de l. 16 de solutt., zien wij in l. 72 D. de fidejuss. 46.1, waar GAJUS zegt: „Si fidejussori sub conditione obligato, si navis ex Asia venerit, quem sub hoc modo accepi, ut usque ad tempus vitae suae dumtaxat obligaretur, pendente conditione acceptum latum fuerit, et is fidejussor adhuc pendente conditione mortuus fuerit, confestim a reo petere possum, quia existens conditio neque obligationem in personam jam mortui effeere, neque acceptilationem confirmare possit.” Werd, indien p. c. eene acceptilatio was aangegaan, de schuldenaar, bij vervulling der voorwaarde, inderdaad geacht reeds bevrijd te zijn geweest op het oogenblik der acceptilatio, dan zouden ook in ons geval de borg en de hoofdschuldenaar beide van hunne verbintenissen ontheven moeten zijn. Immers uit den terugkeer van het schip uit Azië zou dan blijken, dat de borg verbonden was geweest tot aan zijn dood; door de acceptilatio echter, die daarvóór plaats had, zou zijne verbintenis, en dus ook die des hoofdschuldenaars, opgeheven moeten zijn. Maar nu is juist GAJUS' beslissing geheel anders. — Deze

1) Het boven gezegde is ontleend aan WINDSCHEID, Heidelb. Krit. Zeitsch., t. a. p.

plaats bewijst niet tegen de door ons bestreden opvatting, indien, gelijk WINDSCHEID meent, ¹⁾ de voorwaarde, waaronder de borg zich verbonden heeft, deze is: „si navis *fidejussore vivo ex Asia venerit.*” Ik geloof echter niet, dat de woorden: „quem sub hoc modo accepi enz” daartoe recht geven. Bovendien zou deze voorwaarde, zoodra de borg gestorven was, verijdeld zijn; maar hoe zou dan nog de Jurist van den terugkeer van het schip na den dood des borgs, als van eene *exsistens conditio*, kunnen spreken? WINDSCHEID's gissing komt mij daarom onaannemelijk voor.

In het bovenstaande hopen wij aangetoond te hebben, dat l. 16 de solut. geen bewijs voor de terugwerkende kracht der vervulde voorwaarde bevat, maar dat zij slechts, in verband met andere Digestenplaatsen, op een gebonden zijn van den wil des schuldenaars, nog vóórdát de voorwaarde vervuld is, en op een daaraan beantwoordend recht van den schuldeischer wijst.

5. In ditzelfde verschijnsel meenen wij de oorzaak te vinden van den voorrang, dien de voorwaardelijke schuldeischer op het hem pendente conditione toegestane pand heeft, boven dengene, wien daarna, doch noch vóór de vervulling der voorwaarde, datzelfde pand voor eene onvoorwaardelijke schuld gegeven is. Het fragment, om welks verklaring het hier te doen is, is de vermaarde l. 11 § 1 D. qui potiores 20. 4. In de inleiding dier wet lezen wij: „Potior est in pignore, qui prius

1) Die Wirk. der erf. Bed., bl. 16. FITTING keurt deze verklaring af. Begr. der Rückz., bl. 56 n. 87.

credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, esset res obligata, licet ab hoc postea accepit; poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam." Daarop vervolgt GAJUS aldus: „Videamus, an idem dicendum sit, si, sub conditione stipulatione facta, hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio, ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum; *cum enim semel conditio existit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset; quod et melius est.*” Het behoeft nauwelijks gezegd te worden, dat men in de onderstreepte woorden een onwederlegbaar bewijs der terugwerking gezien heeft; én op zich zelve beschouwd, én als motief der voorafgaande beslissing, konden zij, meende men, niets anders dan haar aanduiden. Immers, de rang, dien iemand op een pand heeft, hangt van den ouderdom van zijn pandrecht af. In ons geval heeft dus, bij vervulling der voorwaarde, de schuldeischer daarom boven anderen den voorrang op het hem pendente conditione gegeven pand, omdat toen zijn pandrecht reeds bestond; doch dit is niet mogelijk, tenzij hij op dat oogenblik tevens schuldeischer was, m. a. w. zoo niet de voorwaarde de verbintenis rugwaarts doet ontstaan; want een pandrecht onderstelt de aanwezigheid eener hoofdverbintenis.

Juist omdat wij aan de waarheid der laatste stelling gelooven, twijfelen wij aan die der eerste. De meening toch, dat de rang op het pand door

den ouderdom van het pandrecht bepaald wordt, moet noodzakelijk tot het besluit leiden, dat er ook een pandrecht bestaan kan vóór de hoofdverbintenis.

Wij vestigen eerstelijk de aandacht op hetgeen in l. 9 § 2 D. qui potiores 20. 4. AFRICANUS zegt: „Sed et si heres ob ea legata, quae sub conditione data erant, de pignore rei suae convenisset, et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit, ac post conditio legatorum exstitit, hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit.” De verbintenis van den belasten erfgenaam ontstaat eerst na de vervulling der voorwaarde, daar het, na FITTING'S onderzoek, ¹⁾ aan geen twijfel meer onderhevig kan zijn, dat bij legaten de voorwaarde niet terugwerkt. Moet nu de voorrang, dien de voorwaardelijke legataris, op het hem pendente conditione gegeven pand, boven den ander heeft, uit den hooger en ouderdom van zijn pandrecht verklaard worden, dan moet men aannemen, dat hij, nog vóórdat hij schuldeischer was, reeds een pandrecht had.

Of zal men juist in deze wet een bewijs der terugwerking, ook bij voorwaardelijke legaten, vinden? Ik geloof niet, dat men daartoe recht heeft. Wanneer alle verschijnselen, waartoe het voorwaardelijke legaat aanleiding geeft, tegen de terugwerking pleiten, gelijk inderdaad het geval is, zal dan het besluit niet gerechtvaardigd wezen, dat ook dit eene verschijnsel daarin zijn grond niet hebben kan, en dat men dus een anderen grond

¹⁾ Begriff der Rückz., bl. 31 vlgg.

zoeken moet, te meer, daar in onze wet volstrekt niet op eene terugwerking gewezen wordt? Met volle recht mag dus, volgens ons gevoelen, de aangehaalde plaats als een bewijs daarvan gelden, dat de boven vermelde regel omtrent den rang van het pand niet te rijmen is met de stelling, dat vóór het aanwezig zijn eener hoofdverbintenis geen pandrecht denkbaar is. — Ten tweede wordt de juistheid dezer bewering gestaafd door hetgeen wij in het principium der l. 9 cit. lezen: „Qui balneum ex Kalendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur. Idem ante Kalendas Julias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus: an adversus hunc creditorem petentem Erotem, locatorem Praetor tueri deberet? respondit: debere; licet enim eo tempore pignori datus esset, quo *nondum quicquam pro conductione deberetur*, quoniam tamen jam tunc in ea causa Eros esse coeperit, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset, potiorum ejus causam habendam.” Ook in dit geval is tijdens de vestiging van het pand nog geene schuld voorhanden, welke het verzekeren moet; zoodat ook hier de verklaring van den voorrang des verhuurders uit den ouderdom van zijn pandrecht tot het besluit moet leiden, dat hij een pandrecht heeft gehad zonder schuldeischer te zijn. Aan eene terugwerking van den aangebroken termijn valt toch niet te denken ¹⁾. — Tot dezelfde uitkomst brengt

1) Deze plaats is een krachtig bewijs voor hetgeen boven, bl. 47, gezegd is, dat de tijdsbepaling het ontstaan zelf van

ons ten slotte l. 1 pr. D. qui potiores. PAPINIANUS zegt er het volgende: „Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit; subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit; mox residuae quantitatis numeratio impleta est; quaerebatur de pignore. Quum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem qui dotem promisit compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis, nec probe dici in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur.” Indertijd heeft WINDSCHEID ¹⁾ als zijn gevoelen te kennen gegeven, dat hier inderdaad reeds tijdens de vestiging van het pand den gene, die de dos beloofd had, eene vordering tot hare teruggave ten laste van den echtgenoot toekwam, omdat de dos promissa voor constituta geldt. DERNBURG ²⁾ heeft echter te recht hiertegen opgemerkt,

de verbintenis opschort, niet slechts hare uitoefening. Of moet men met DERNBURG (Pfandr. I bl. 522) hier niet aan eene verbintenis met tijdsbepaling denken, maar aan eene toekomstige, nog onzekere, „abhängig von der contractmäßigen, fortdauernden, Prästation des Miethlocals”? Deze beschouwing is m. i. onjuist, omdat zij tot de slotsom voert, dat alle wederkeerige verbintenissen, ook indien zij volkomen zuiver, zonder voorwaarde of tijdsbepaling, zijn aangegaan, toekomstige en onzekere verbintenissen zijn. Vgl. WINDSCHEID Pand. II, 1^o Abth. bl. 199 n. 2.

1) Archiv. f. civ. Pr. XXXV bl. 73. Later is hij van gevoelen veranderd. Zie zijn Lehrb. der Pand. I, bl. 640 n. 8.

2) Pfandr. I bl. 532 n. 9. Cf. l. 33, 49 D. de j. dot. 23. 3, l. 33, 41, 44 § 1 D. Sol. mat. 24. 3.

dat deze regel geene betrekking kan hebben op de tegenvordering van den belover der dos zelven; daar het niet aan te nemen is, dat deze na de ontbinding van het huwelijk eene actie zou kunnen instellen tot teruggave van hetgeen hij zelf wel beloofd, maar niet gegeven had.

Die regel heeft alleen daarin zijn grond, dat zij, die na de ontbinding van het huwelijk de dos ontvangen, geen nadeel van de *exceptio non numeratae dotis* mogen lijden, wanneer het aan den echtgenoot zelven te wijten is, dat hem de dos niet is uitgekeerd. Is nu hij, die de vordering tot hare teruggave heeft, dezelfde, door wien zij beloofd is, dan is dat nadeel niet voorhanden, dus ook niet de grond, waarom de regel toepassing zou vinden. — Dat de woorden „*nec probe dici e. q. s.*” niet op den echtgenoot, maar op den belover der dos, betrekking hebben, wordt tegenwoordig, met recht, algemeen aangenomen. ¹⁾ — Zoo handelt ook deze plaats over de pandvestiging voor eene schuld, die nog niet aanwezig is, en bevestigt, nevens de andere, onze vorige uitspraak, dat de meening, volgens welke de rang op het pand door den ouderdom van het pandrecht bepaald wordt, tot het besluit voert, dat er een pandrecht bestaan kan, vóórdat er eene hoofdverbintenis voorhanden is.

1) Vroeger dacht men, dat de beteekenis dier woorden deze was, dat de echtgenoot, ter wille van zijne vrouw, gedwongen was, de betaling der beloofde dos te eischen. Ook wächter is nog van deze meening, *Würtemb. Privatr.*, II bl. 705 n. 22. Zie zijne wederlegging door WINDSCHEID, *Archiv*, t. a. p. bl. 70 n. 43, en DERNBURG t. a. p.

Nu hebben FITTING ¹⁾ en DERNBURG beweerd, dat dit laatste inderdaad mogelijk is. Volgens beiden is het bestaan eener hoofdverbintenis niet eene *conditio juris*, een objectief vereischte, van het pandrecht, maar slechts eene, haar toegevoegde, gewone voorwaarde, die als alle andere eene terugwerkende kracht heeft. FITTING beroept zich daarop, dat, wanneer iemand de teruggave eener eerst later te betalen geldsom stipuleert, die latere betaling geen objectief vereischte der stipulatio, maar slechts eene gewone voorwaarde, of eene „*Voraussetzung*”, is. Doch waarom? Omdat het niet tot het wezen der stipulatio behoort, tot voorwerp eene nog te betalen geldsom te hebben. Hoe kan nu echter hieruit volgen, dat ook voor het pandrecht het bestaan der hoofdverbintenis slechts eene voorwaarde is, en niet tot zijn wezen behoort? Welk verband tusschen de stipulatio en het pandrecht wettigt dien overgang van het eene geval op het andere? Ik geloof niet, dat het aan te wijzen is. — FITTING beroept zich ook nog op l. 4 D. quae res pign. 20.3, l. 1, 11 pr. D. qui pot. 20.4. Maar de verklaring dezer plaatsen hangt juist van de beslissing onzer vraag af.

DERNBURG grondt zijne meening op l. 18 D. qui potiores 20.4, waar wij van SCAEVOLA lezen: „*Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris, acceptis pignoribus, eidemque debitori Maevius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit. Quaero: an Titius non tantum sortis et earum usurarum nomine, quae acces-*

1) Begriff der Rückz. bl. 42, en DERNBURG Pfandr. t. a. p. bl. 523. Vgl. WINDSCHEID, Archiv f. c. Pr., xxxv bl. 58, Lehrb. der Pand. I bl. 203 n. 15, bl. 582 n. 7, bl. 639 n. 6.

serunt antequam Maevius crederet, sed etiam earum, quae postea accesserunt, potior esset? Respondit: Lucium Titium in omne, quod ei deberetur, potiozem esse." Hij ziet in de rentestipulatie „die Begründung einer Reihe von zukünftigen Forderungen, deren Zustandekommen vom Stehenbleiben des Capitals (einer conditio tacita) abhängig ist." Het komt mij daarentegen voor, dat de verbintenis van den goldleener, om interessen te betalen, volkomen aan die van den huurder gelijk is. Wat toch is het uitleenen van geld tegen interest in den aard der zaak anders, dan eene huur en verhuur van geld? Gelijk men nu bij deze overeenkomst niet van zoovele verschillende en toekomstige verbintenissen spreken kan, als er termijnen zijn, waarop de huurpenningen moeten voldaan worden, zoo is dit evenmin het geval met de verplichting, die de geldleener op zich genomen heeft, om op vaste tijden interessen te betalen, d. i. den prijs, waartegen de kapitalist hem het gebruik van zijn geld heeft afgestaan. Deze verbintenis behoort dus tot diegene, waarvan Gajus zegt: „Saepe enim ex una eademque obligatione aliquid jam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est, velut cum in singulos annos vel menses certam pecuniam stipulati fuerimus" (Inst. IV. § 131). Hetzelfde blijkt uit L. 75 § 9 de V. O. 45. 1, die DERNBURG ten onrechte voor zich aanvoert: „Qui sortem stipulatur et usuras quascumque, certum et incertum stipulatus videtur, et tot stipulationes sunt, quot res sunt." De zin der laatste woorden kan slechts deze zijn, dat er twee stipulaties zijn, de eene van het kapitaal en de andere van de

rente. Beteekenden zij, dat er zoovele waren, als er termijnen zijn, waarop de interessen moeten betaald worden, hoe zou dan de jurist van eene incerta stipulatio hebben kunnen spreken, daar het toch niet onzeker is, hoeveel als interest telkens moet worden betaald? Wat haar tot eene incerta stipulatio maakt, is, dat de onbekendheid, hoe lang het kapitaal onafgelost en de verplichting tot het geven van interessen derhalve blijven zal, haar inhoud onbepaald laat, dat derhalve niet blijkt, „quantum in stipulatione sit 1).” — De l. 18 cit. kan dus volstrekt niet bewijzen, dat er reeds een pandrecht mogelijk is, vóórdat er nog eene schuld bestaat. — Evenmin is dit het geval met eene andere plaats, die door DEENBURG wordt aangevoerd, l. 13 § 11 D. locati 19, 2: „Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum *reconduxisse* videbitur, sed etiam pignora videntur *durare* obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat: hujus enim novus consensus erit necessarius.” Het woord *reconduxisse*, zegt hij, wijst op eene nieuwe, zij het ook stilzwijgende, overeenkomst, het woord *durare* daarentegen op het voortduren van het oude pandrecht. Doch deze opvatting van *durare* is te letterlijk. Wat lezen wij toch aan het einde derzelfde wet? „Sed et si secundo quoque anno post

1) Zie HUSCHKE, Zeitsch. f. Civilr. u. Pr. XX bl. 161, die ook van meening is, dat „die Zinsenobligation eine einzige, incerta, obligatio sei, deren Prästationen allmählich fällig werden”. Vgl. l. 1 Cod. de jud. 3. 1, l. 35 § 7 D. de m. c. don. 39. 6, l. 16 § 1 D. de V. O. 45. 1, § 3 Inst. de V. O. 3. 15.

finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in eo anno *permansisse*; hoc enim ipso quod tacuerunt, consensisse videntur." Valt er nu tusschen *durare* en *permanere* wel eenig onderscheid te erkennen? Bovendien pleit ten sterkste tegen zijne verklaring l. 13 Cod. de loc. 4. 65: „Sin autem tempus, in quo locatus fundus fuerat, sit exactum, et in eadem locatione conductor *permanserit*, tacito consensu eandem locationem *una cum vinculo pignoris renovare videtur*." — De l. 39 § 5 D. de adm. tut. 26. 7, en de l. 6 D. de naut. foen. 22. 2, die hij nog aanhaalt, bewijzen te veel. Volgens zijne verklaring zou er toch in die beide gevallen een pandrecht bestaan hebben, zonder dat er ooit eene verbintenis aanwezig was. Dit evenwel acht hij zelf niet denkbaar, blijkens hetgeen hij vroeger zegt: „ein solches Pfandrecht existirt natürlich nur für dem Falle künftigen Entstehens der Pfandschuld. Das Verhältniss ist in pendentii."

Vindt DERNBURG's meening geen steun in het positive recht, theoretisch is zij nog minder te verdedigen. Immers, is het bestaan eener hoofdverbintenis voor het pandrecht slechts eene, zij het ook stilzwijgend aan te nemen, gewone voorwaarde, dus niet eene *conditio juris*, dan moet men ook een pandrecht kunnen vestigen, zonder dat men er die voorwaarde wil bij gedacht hebben, m. a. w. een pandrecht zonder eene verdring, tot wier verzekering het dienen zal. Wordt echter dan niet het wezen van het pandrecht geheel miskend? Mist het dan niet de kenmerken, die het volgens DERNBURG zelve eigen zijn:

„Es muss der Verpfänder einem *Gläubiger* Rechtsbefugnisse an Bestandtheilen seines Vermögens anweisen. — Jene Uebertragung aber muss — hierauf liegt das Hauptgewicht — *zur Sicherstellung einer danebenbestehenden Forderung* in der Art geschehen, dass dem Gläubiger das Recht bleibt Zahlung der Forderung zu verlangen, und dem Schuldner das Recht der Auslösung des Pfandobjects offensteht“¹⁾ Is er daarentegen geen pandrecht mogelijk zonder die voorwaarde, dan is zij ook eene *conditio juris*, een objectief vereischte, dat tot zijn bestaan noodzakelijk is.

Wij keeren terug tot l. 1 pr., en l. 9 pr. en § 2 D. *qui potiores*.²⁾ In de aldaar behandelde gevallen kan, gelijk wij meenen te hebben aangetoond, de rang van hem, wien het eerst het pand gegeven is, niet bepaald zijn geworden door den ouderdom van diens pandrecht, omdat hij tijdens de vestiging nog geen pandrecht had. Het tijdstip der pandvestiging moet derhalve zijn rang bepaald hebben, niettegenstaande zij niet terstond een pandrecht deed ontstaan. Kan nu hierin niet de verklaring liggen der l. 11 § 1 D. *qui potiores*? Is het onmogelijk, dat ook in dit geval, waar den voorwaardelijken schuldeischer *pendente conditione* een pand gegeven wordt, het oogenblik dezer rechtshandeling, ofschoon zij nog niet ter-

1) T. a. p. bl. 96. Vgl. bl. 514: „Nur dem Forderungsgläubiger können daher die Vortheile, die es bietet, zu Gute kommen und nussbar werden; einem Andern bestellt, ist es *werth- und wirkungslos und nichtig*.“

2) Zie bl. 55.

stond een pandrecht doet ontstaan, voor zijn rang beslissend is? Mij komt dit zelfs waarschijnlijk voor.

Immers de reden, waarom in die andere gevallen de rang van den tijd der pandvestiging af dagteekent, ligt hierin, dat de verpander door zijne wilsverklaring reeds in zoover gebonden is, dat hij het eventueele ontstaan van het pandrecht niet meer verhinderen kan. Zoo lezen wij in l. 9 pr. cit.: „quoniam tamen jam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset;” tegen den wil van den conductor, den verpander, kan dus het pandrecht wel in het leven treden, omdat deze reeds door zijne vroeger afgegevene wilsverklaring gebonden is. Diezelfde reden nu is voorhanden, waar de

1) WINDSCHEID Pand. I bl. 637: „Das den Rang der Pfandrechte bestimmende Zeitverhältniss ist nicht nothwendig das ihrer Entstehung. Ein Pfandrecht hat Rang ganz gewiss von der Zeit, wo es existent geworden ist; aber es kann auch sehr wohl Rang von einer Zeit haben, wo es noch nicht existent war. Dieses Letztere ist dann der Fall, wenn vor der Entstehung des Pfandrechts bereits der Grund zu demselben in einer den Schuldner (den Eigenthümer der Pfandsache) bindenden Weise gelegt war.” De beslissing der l. 1 pr. qui pot. berust, gelijk WINDSCHEID m. i. te recht aanneemt (t. a. p. bl. 640 n. 8 i. f.), hierop, dat, wanneer het geheel aan de willekeur van den verpander is overgelaten, de andere partij tot zijn schuldeischer te maken, het als de wil van beiden moet aangemerkt worden, dat het pandrecht van het tijdstip der vestiging dagteekent. Op deze wijze is de, door de jurisprudentie haast algemeen aangenomen, voorrang te verklaren van de hypotheek tot verzekering van een geopend crediet. Zie echter hierover eene verhandeling van Mr. PHILIPS, Themis, 1855.

voorwaardelijke schuldenaar aan zijn schuldeischer p. c. een pand geeft. Ook diens wil is door de verpanding in dezelfde mate gebonden, als door de wilsverklaring, waardoor voorwaardelijk eene verbintenis in het leven zal treden. Kan hij het ontstaan der verbintenis niet meer verhinderen, evenmin kan hij het ontstaan van het pandrecht verhinderen. Dat nu werkelijk op dezen grond aan den voorwaardelijken schuldeischer de voorrang op het pand wordt toegekend, blijkt m. i. daaruit, dat ons geval eerst vermeld wordt tusschen twee gevallen in, wier beslissing alleen op dien grond berust, nl. l. 9 § 1 cit., en later nog eens als tegenstelling van een geval, waar die grond niet voorhanden is, nl. l. 11 § 1 cit. Of pleiten de woorden dezer laatste wet: „cum enim semel conditio exstitit enz.” tegen onze verklaring? Ik geloof niet, dat zij, zoowel op zich zelve, als in verband met de plaatsing der l. 9 § 1 cit., eene andere beteekenis kunnen hebben, dan deze: dat, ten opzichte van den rang op het pand, de vervulling der voorwaarde dezelfde uitkomst heeft, als of de stipulatio onvoorwaardelijk was. ¹⁾ De reden daarvan geeft dan l. 9 pr. cit. aan: quoniam jam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut etc. Duidelijkheidshalve zegt dus de jurist slechts dit,

1) Zie ook WINDSCHEID, Wirkung der erf. Bcd., bl. 21. Van de letterlijke opvatting onzer woorden zegt DONELLUS niet ten onrechte: „Cum conditio exstitit multo post stipulationem contractam, existimari eam jam ab initio exstitisse, aut etiam omnino adjectam non esse, cum natura quodammodo ipsa pugnare videtur: certe natura fieri non potest.” Comm. ad Tit. Dig. de V. O. 45. 1, l. 78.

dat er *feitelijk* geen verschil bestaat, of aan een onvoorwaardelijk schuldeischer, dan wel pendente conditione, aan een voorwaardelijk schuldeischer een pand gegeven is, indien in het laatste geval de voorwaarde vervuld is.

Dat deze verklaring mogelijk is, bewijst l. 26 D. de cond. instit., waar POMPONIUS van de, niet terugwerkende, vervulde voorwaarde bij legaten eveneens zegt: „*conditione expleta pro eo est, quasi pure legatum relictum sit.*” Is zij nu, wat volgens mijn oordeel het geval is, in verband met het voorgaande, *alleen* mogelijk, dan verliest ook l. 11 § 1 cit. voor de terugwerking der vervulde voorwaarde alle bewijskracht.

HOOFDSTUK IV.

BEWIJZEN TEGEN DE TERUGWERKING DER VOORWAARDE.

1. In het vorige hoofdstuk hebben wij de voornaamste plaatsen aangevoerd, welke voor de terugwerking der voorwaarde schenen te pleiten; thans willen wij op een verschijnsel wijzen, dat, naar ons gevoelen, met haar onvereinigbaar is. Voor de vraag namelijk, of de, voor de werking der rechtshandeling noodzakelijke, objectieve vereischen aanwezig zijn, is beslissend niet het tijdstip, waarop zij verricht is, maar dat, waarop de voorwaarde in vervulling is gekomen. Bestaat dus de zaak, die het voorwerp der voorwaardelijke verbintenis uitmaakt, wel tijdens de wilsverklaring, maar niet meer tijdens de vervulling der voorwaarde, dan treedt de verbintenis nooit in het leven. L. 8 pr. D. de peric. et com. 18.6, l. 10 § 4, 5 D. de J. dot. 23.3, l. 14 pr., 31 pr. D. de nov. 46. 2. — Heb ik daarentegen mijne eigene zaak voorwaardelijk gestipuleerd, dan belet dit niet, dat, wanneer tijdens de vervulling der voorwaarde de zaak mij niet meer toebehoort, de verbintenis werkelijk tot stand komt.

L. 98 pr., l. 31 D. de V. O. 45.1, l. 61 D. de contr. emt. 18.1.

Nu zie ik niet in, hoe men met dit verschijnsel het bestaan eener terugwerking rijmen zal. Dan zou immers uit de vervulling der voorwaarde moeten blijken, dat er, in het eerste geval, eene handeling verricht was, die aan alle eischen voldeed, en derhalve de beoogde verbintenis terstond in het leven had geroepen. De pendente conditione plaats gehad hebbende ondergang der verkochte zaak zou dus alleen den kooper tot nadeel hebben kunnen strekken, en de schuld, waarvan in l. 14 de nov. cit. sprake is, zou door de novatio werkelijk gedelgd zijn geweest. In het tweede geval daarentegen zou uit de vervulling der voorwaarde blijken, dat er wel eene wilsverklaring was afgelegd, maar eene zoodanige, die terstond en voor goed van alle werking verstoken was, omdat zij tot inhoud het scheppen eener onmogelijke verbintenis had. Stipuleerde ik dus onder eene voorwaarde mijne eigene zaak, of het recht op een pad tot een landgoed, dat mij niet toebehoorde, dan zoude, hoe de voorwaarde ook uitviel, mijne handeling reeds van den beginne af zonder eenige waarde moeten zijn.

Tegen deze beschouwing heeft FITTING ¹⁾ zich daarop beroepen, dat ook bij het peculium castrense, waar eene terugwerking niet kan ontkend worden, de vraag, of en in welken omvang zij plaats greep, wat haar voorwerp betrof (in ob-

1) Begriff der Rückz. bl. 20. Vgl. ib. n. 22. Vgl. WIRTSCHAEDT, Heidelb. krit. Zsch., t. a. p.

jectiver Hinsicht"), alleen naar het tijdstip der latere, beslissende, gebeurtenis werd beantwoord. Indien namelijk de zoon zonder achterlating van een testament stierf, en dien ten gevolge de vader geacht werd steeds eigenaar te zijn geweest van het door hem nagelaten peculium castrense, zoo had dit geen invloed op de door den zoon, bij zijn leven, getroffen beschikkingen; deze bleven van waarde. Maar FITTING geeft zelf eene andere en betere verklaring van dit verschijnsel. Immers, in geval dit plaats greep, werd wel aangenomen, dat de vader steeds eigenaar van het peculium geweest was, maar tevens, dat hij het als gewoon peculium aan zijn zoon had gegeven, met de bevoegdheid er naar welgevallen over te beschikken, zoo zelfs, dat de slaaf, dien de zoon vrij maakte, onder diens patronaat, en niet onder dat van den vader, kwam. Inderdaad werd dan ook in het oud-Romeinsche recht het peculium castrense in dien zin opgevat. Eerst na HADRIANUS, bij PAPINIANUS en ULPIANUS, vinden wij de andere opvatting, volgens welke de zoon, zoo lang hij leefde, ten opzichte van het peculium castrense, werkelijk als paterfamilias beschouwd werd, en de vader, alleen in geval de zoon zonder testament stierf, rugwaarts als eigenaar werd aangezien; de zoon werd dan geacht een gewoon peculium te hebben gehad, met de onbeperkte bevoegdheid echter, er over te beschikken. ¹⁾ Van daar derhalve, dat

1) FITTING t. a. p. bl. 11 n. 14. De sporen der oude opvatting ziet men in l. 13 D. de jure patr. 37. 14, l. 30 § 1 D. qui et a quibus 40. 9, l. 22 D. de bon. lib. 38. 2, l. 18

zijne beschikkingen door de terugwerking niet vernietigd werden.

Mag men het beroep van FITTING van bewijskracht ontbloot achten, dit is evenzeer het geval met dat van UNGER ¹⁾, die naar l. 8 pr. D. de C. E. 18.1 verwijst. POMPONIUS zegt aldaar: „Nec emtio nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi, et tamen fructus et partus futuri recte emuntur, ut, quum editus esset partus, jam tunc, quum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur; sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex emto agi posse.” Ook hier, zegt UNGER, dagteekent de koop en verkoop van het tijdstip der gesloten overeenkomst, niettegenstaande haar objectief vereischte alsdan nog niet aanwezig is. Doch is het niet waarschijnlijker, dat de woorden: „ut jam tunc, quum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur” dezelfde beteekenis hebben als die, welke in l. 8 pr. de per. et comm. 18.6 voorkomen: „quasi jam contracta emtione in praeteritum”? dat derhalve POMPONIUS dit wil zeggen: dat ook toekomstige vruchten kunnen gekocht worden, in dien zin, dat, wanneer de vruchten voorhanden zijn, ook de verbiutenis ontstaat, krachtens de reeds vroeger gesloten overeenkomst? Deze uitlegging is m. i. boven die van UNGER te verkiezen, omdat de laatste tot eene, ook volgens POMPONIUS, ongerijmde uitkomst

D. de cast. pec. 49. 17, l. 4 § 2 eod.; die der nieuwe daarentegen in l. 15, 17 de cast. pec. en l. 2 D. de Seto Maccod. 14. 6: „filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum funguntur.”

1) Oesterr. Privatr. II bl. 74 n. 68.

voert, namelijk tot het aannemen eener verbintenis zonder voorwerp. In het geval, waarover l. 98 pr. de V. O. cit. handelt, dat men zijne eigene zaak voorwaardelijk stipuleert, zou men tot het niet minder vreemde besluit moeten geraken, dat men van zijne eigene zaak schuld-eischer kan zijn. Bovendien geeft dit beroep van UNGER op l. 8 de c. emt. cit. geene verklaring van het andere verschijnsel, dat, al zijn de objectieve vereischten op het oogenblik der wilsverklaring aanwezig, deze toch zonder uitwerking blijft, indien zij ook niet tijdens de vervulling der voorwaarde voorhanden zijn. Er is geen grond voor deze bepaling van het Romeinsche recht te vinden, wanneer men aan de terugwerking der voorwaarde vasthoudt, d. i. wanneer men, gelijk UNGER zelf doet, aannemt, dat de vervulling der voorwaarde hetzij over het bestaan eener rechtshandeling, hetzij over dat eener rechtsbetrekking zekerheid verschaft. Want zij blijft daartoe ook dan nog in staat, wanneer de rechtsbetrekking opgeheven is.

Andere schrijvers, met name GÖTTING ¹⁾ en WÄCHTER ²⁾, pogen den strijd, welke tusschen de terugwerking der vervulde voorwaarde en de afwezigheid der objectieve vereischten tijdens de wilsverklaring heerscht, op te heffen, door eene gedeeltelijke terugwerking aan te nemen. Zij stellen namelijk, dat de voorwaarde tot op dat tijdstip terugwerkt, waarop alle noodzakelijke vereischten

1) Zeitsch. f. Civilr. u Pr. N. F., I bl. 275 vlgg.

2) Würtemb. Privatr., II bl. 703 vlgg.

der rechtshandeling voorhanden zijn. GÖTTING grondt zijne meening op den vermoedelijken wil der partijen. Daarlatende nu, of dit wel eene verklaring mag heeten, daar zich op deze wijze alles laat verklaren, wil ik slechts opmerken, dat zij met zijne theorie over het wezen der voorwaardelijke wilsverklaring niet in overeenstemming is. Die theorie komt namelijk hierop neer: dat men in iedere voorwaardelijke overeenkomst twee overeenkomsten zien moet, waarvan de eene onvoorwaardelijk is en tot inhoud het scheppen eener verbintenis heeft, de andere daarentegen dezen inhoud heeft, dat de eerste overeenkomst slechts dan zal gesloten zijn, wanneer de eene of andere gebeurtenis plaats grijpt. ¹⁾ De waarde dezer theorie in het midden latende, meen ik te mogen stellen, dat zij eene volkomene terugwerking der voorwaarde tot gevolg moet hebben; immers uit de vervulling der voorwaarde kan slechts blijken, dat de

1) T. a. p. bl. 250. Uit deze theorie volgt m. i., dat de voorwaardelijke overeenkomst reeds terstond de verbintenis voortbrengt, en dat de schuldenaar tegen den p. cond. gedanen eisch tot hare vervulling slechts de exceptio kan stellen, welke uit de tweede overeenkomst voortspruit. Het mag echter betwijfeld worden, of dit in overeenstemming is met het Romcinsche recht. Bovendien brengt GÖTTING ons niet verder; want wat is de tweede overeenkomst anders dan eene voorwaardelijke, die ook weêr in tweeën moet gesplitst worden, in eene onvoorwaardelijke en eene voorwaardelijke overeenkomst? Maar dan komt er aan het splitsen geen einde. Zie ook de dissertatie van Mr. DE KONING, over de verbintenis onder eene opschortende voorwaarde, Leiden 1856, bl. 99 vlgg.

eerste overeenkomst inderdaad gesloten en, daar zij onvoorwaardelijk was, terstond in werking is gekomen.

Volgens WÄCHTER kleeft der voorwaardelijke rechtshandeling „der Mangel des Unbedingten” aan, haar ontbreekt het onvoorwaardelijke, en dit gebrek alleen, en geen ander, is het, waarvan zij door de vervulling der voorwaarde bevrijd wordt. Lijdt zij derhalve, tijdens zij verricht wordt, nog aan een ander gebrek, is er een ander noodzakelijk vereischte nog niet aanwezig, dan kan daarin door de vervulling der voorwaarde niet rugwaarts voorzien worden; de verwijdering van het gebrek, het voorhanden zijn van hetgeen vereischt wordt moet afgewacht worden; maar dan kan ook de daarvan afhankelijke werking der rechtshandeling eerst van dien tijd af dagteekenen. Met dit alles is mij WÄCHTER’S bedoeling nog niet recht duidelijk. Bedoelt hij er dit meê, dat, wanneer ik bijv. mijne eigene zaak onder eene voorwaarde stipuleer, de vervulling der voorwaarde uitwerkt, dat de stipulatie mijner zaak onvoorwaardelijk geschied is, maar desnietteenstaande nog zoo lang van werking verstoken blijft, totdat de zaak mij niet meer toebehoort, dan weet ik niet, met welk recht hij dit laatste beweert. Is toch de voorwaardelijke stipulatie mijner eigene zaak tot eene onvoorwaardelijke geworden, dan is zij van datzelfde oogenblik onmogelijk geworden, en dus voor goed van alle werking beroofd. L. 1 § 10 D. de O. et A. 44. 7. Is echter, ofschoon zijne woorden het niet doen vermoeden, zijne bedoeling deze, dat de voorwaardelijke rechtshande-

ling door de vervulling der voorwaarde het voorwaardelijke, dat haar aankleeft, eerst verliest van het oogenblik, waarop zij aan alle vereischten voldoet, dat derhalve in het bovengestelde geval de stipulatio voorwaardelijk blijft, totdat de zaak mij niet meer toebehoort, en eerst van dat tijdstip af onvoorwaardelijk wordt, dan geloof ik, dat hij zich juist daaraan schuldig maakt, waartegen hij zelf waarschuwt; dan laat hij inderdaad de vervulling der voorwaarde ook andere gebreken opheffen, dan dat der voorwaardelijkheid. Want om welke reden zal men willekeurig de vervulde voorwaarde slechts gedeeltelijk laten terugwerken, zoo niet met het doel, om het gemis van vereischten tijdens de wilsverklaring onschadelijk te maken? Zij oefent dan derhalve juist eene zoodanige werking uit, als haar, ook volgens WÄCHTER, niet toekomt.

De bepaling, dat de verbintenis niet tot stand komt, wanneer vóór de vervulling der voorwaarde haar voorwerp vernietigd is, verklaart WÄCHTER aldus: ¹⁾ voor de geldigheid der rechtshandeling is het bestaan van dat voorwerp een vereischte; heeft het derhalve, tijdens zij door de vervulling der voorwaarde in werking zou komen, opgehouden te bestaan, dan wordt ook de rechtshandeling nietig, „so fällt das Geschäft zusammen.“ Maar heeft juist niet, ook volgens WÄCHTER, de terugwerking deze beteekenis, dat de rechtshandeling als van den aanvang onvoorwaardelijk gesloten wordt beschouwd, en als zoodanig reeds terstond werking uitoefent? immers op deze fictie bouwt men de geldigheid der p. c. aangegane acceptilatio,

1) Bl. 710.

den voorrang van den voorwaardelijken schuld-eischer op het hem p. c. toegestane pand, enz. Maakt dus de vervulling der voorwaarde de gepleegde rechtshandeling onvoorwaardelijk, dan is er, wanneer haar, tijdens zij werd aangegaan, geen ander vereischte ontbreekt, niets, wat hare geldigheid in den weg zou staan.

Over de poging van CÖTTING, om den strijd tusschen onze bepaling en de terugwerking op te heffen, behoeven wij niet uit te weiden. Volgens zijn gevoelen past bij de woorden der l. 8 pr. D. de peric. et com. rei vend. 18. 6: „quod pretii solutum est repetetur etc.” niet de algemeen aangenomen aanvulling: „si res pendente conditione extincta fuerit,” maar deze: „si conditio defecerit.” Het geheele verband der plaats, de zin „*sicuti* stipulationes” enz., de terstond daarop volgende tegenstelling „sane si exstet res” enz. pleiten er sterk tegen. Niet minder is dit het geval met l. 10 § 5 D. de jure dot. 23. 3, l. 14 pr. D. de nov. 46. 2, l. 10 pr. D. de peric. et comm. 18. 6, const. 5 Cod. eod. 4. 48, wier kracht hij te vergeefs poogt te ontzenuwen. ¹⁾

Ik geloof derhalve niet, dat het verschijnsel, dat de objectieve vereischten alleen tijdens de vervulling der voorwaarde aanwezig behoeven te zijn, met eene terugwerking te rijmen is. ²⁾ Ten overvloede verwijzen wij naar de reeds aangehaalde l. 14 de nov., waar ULPIANUS zegt: „Quoties quod pure debetur, novandi causa, sub con-

1) Zeitsch. f. Civilr. u. Pr., t. a. p. bl. 298—330.

2) Zie hierover WINDSCHEID, die erf. Bed. bl. 7 vlgg.

ditione promittitur, *non statim fit novatio, sed tunc demum, quum conditio exstiterit. Et ideo, si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo conditio impletur. — § I. Sed si, quod sub conditione debetur, pure quis novandi causa stipuletur, ne nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse videatur, sed tunc novabit, quum exstiterit conditio; etenim existens conditio primam stipulationem committit, commissamque in secundam transfert. Et ideo si forte persona promissoris pendente conditione fuerit deportata, Marcellus scribit, ne quidem existente conditione ullam contingere novationem, quoniam nunc, quum exstitit conditio, non est persona, quae obligetur.”* Hier zegt dus ULPIANUS niet, dat, niettegenstaande de vervulde voorwaarde terugwerkt, de novatio hare kracht verliest, omdat zij op dat oogenblik niet meer werken kan, maar, dat, krachtens de p. cond. aangegane novatie, benevens de opheffing der oude verbintenis, eene nieuwe verbintenis eerst ontstaat, wanneer de voorwaarde vervuld is, en dat derhalve (*et ideo*), wanneer haar voorwerp vóór dien tijd is te niet gegaan, ook zij niet meer ontstaan kan. Onze wet betoogt dus niet, dat, in het behandelde geval, de niet-terugwerking der voorwaarde het gevolg daarvan is, dat het objectief vereischte ontbreekt, maar integendeel, dat dat gebrek daarom het ontstaan der verbintenis verhindert, omdat de voorwaarde niet terugwerkt ¹⁾.

1) Deze plaats bewijst tevens voor de boven verdedigde op-

2. Aan dit bewijs tegen de terugwerking paart zich een ander, dat m. i. niet minder gewichtig is. Bij de behandeling van de terugwerking in het bijzonder, is het namelijk gebleken, dat overal, waar zij vermeld werd, ook haar kenmerk, het declarative karakter der terugwerkende gebeurtenis, werd aangegeven. En dat wij inderdaad gevallen van terugwerking voor ons hadden, waarborgde de uitdrukking der rechtsbronnen. Zoo werd van het jus postliminii meermalen gezegd: „*retro* creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advēnit,” l. 16 D. de capt. 49. 15; van het peculium castrense: „*retro* peculium patris bonis accessisse apparet,” l. 9 D. h. t. 49. 17; van het legatum per vindicationem: „*retro* accrevisse dominium ei videtur,” l. 17 § 1 D. ad l. Aquil. 9. 2; van hetgeen de servus fructuarius verwerft: „*retro* fructuarii fuisse apparet,” l. 25 § 1 D. de usufr. 7. 1; enz. Zie l. 12. § 5 fin. de usufr. 7. 1, l. 57 D. eod. In de geheele leer der voorwaarde komt echter noch het een noch het ander voor. Eene uitdrukking, als: „*retro*trahitur existens conditio,” of iets, hetwelk daarnaar zweemt, treffen wij nergens aan; evenmin wordt van de voorwaarde gezegd, dat uit hare vervulling blijkt, dat er reeds eene verbintenis bestond. Waar dit het geval is, heeft men, volgens mijn gevoelen, geen recht, toch eene terugwerking aan te nemen, vooral, vatting van de werking der acceptilatio eener voorwaardelijke schuld. Werkt namelijk de zuiver aangegane novatio eener voorwaardelijke schuld eerst later opheffing der verbintenis uit, dan is het niet in te zien, waarom dit ook niet van de acceptilatio zou kunnen gelden.

wanneer zij zich, gelijk wij boven hebben aange-
toond, theoretisch niet laat rechtvaardigen, en die
werkingen, welke aan haar werden toegeschreven,
óf dat ten onrechte werden, óf op eene andere
wijze minstens even goed kunnen worden verklaard.

Nu is er echter ééne plaats, welke inderdaad eene
terugwerking schijnt aan te duiden, en waarop dan
ook door hare voorstanders met nadruk gewezen
wordt. Wij bedoelen l. 8 D. de reb. cred. 12. 1,
waar POMPONIUS ons het volgende meêdeelt: „Proinde
mutui datio interdum pendet, ut *ex postfacto con-*
firmetur, veluti si dem tibi mutuos nummos, ut,
si conditio aliqua exstiterit, tui fiant, sisque mihi
obligatus. Item si legatam pecuniam heres credi-
derit, deinde legatarius eam noluerit ad se perti-
nere, quia heredis ex die aditae hereditatis videntur
nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. Nam
et Julianus ait: et traditiones ab herede factas ad
id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum
repudiatum sit legatum aut appositum.”

Deze wet heeft in zooverre op ons onderwerp
geene betrekking, dat zij niet over verbintenis-
sen, maar over eigendomsoverdracht onder eene
voorwaarde handelt. Daar het echter, voor de
kennis van de werking der voorwaarde bij gene,
van belang kan zijn te weten, hoedanig zij bij
deze werkt, zoo willen wij de door l. 8 cit. opge-
worpen vraag zoo kort mogelijk trachten te beant-
woorden. Heeft dus bij de eigendomsoverdracht
de vervulde voorwaarde al dan niet eene terug-
werkende kracht ¹⁾?

1) WINDSCHEID, Wirkung der erf. Bed., passim. Deze vraag

3. Wij vestigen de aandacht op l. 1 D. de don. 39. 5. JULIANUS zegt aldaar, dat op verschillende wijzen eene donatio kan gedaan worden: „*Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat; haec proprie donatio appellatur. Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, quum aliquid secutum fuerit; haec non proprie donatio appellabitur, sed totum donatio sub conditione est. Item, quum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum donatio est, quae sub conditione solvatur, qualis est mortis causa donatio.*” Vgl. l. 2. § 5 eod. Van deze laatste, de mortis causa donatio, zegt hij eveneens (l. 2 de m. c. don. 39. 6): „*tres esse species mortis causa donationum; unam, quum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat; aliam esse speciem mortis causa donationum, quum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis; tertium genus esse donationis, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, quum mors fuerit insecuta.*” Vgl. l. 29 eod. In de eerste wet wordt dus gezegd, dat eene donatio onvoorwaardelijk of voorwaardelijk kan

wordt tegenwoordig ontkennend beantwoord door FITTING, Zsch. für das ges. Handelsr., II bl. 255 n. 79, waar hij tevens verklaart, ook aangaande de terugwerking bij voorwaardelijke verbintenissen in twijfel te zijn geraakt; en door VANGEROW, Lehrb. der Pand. 7^e Aufl. I bl. 146 vlgg.

geschieden, en wel dit laatste óf zoo, dat het geschonkene terstond in den eigendom van den begiftigde valt, in welk geval men van eene ontbindende voorwaarde spreekt, óf zoo, dat de begiftigde eerst dan eigenaar wordt, wanneer het eene of andere feit heeft plaats gegrepen; in dit geval is onder eene opschortende voorwaarde geschonken. Dit geldt evenzeer van de *mortis causa donatio*. Is het nu niet opmerkelijk, dat, waar de verschillende wijzen van schenking worden opgenoemd, die onder eene opschortende voorwaarde uitdrukkelijk aldus omschreven wordt; dat de eigendom eerst na de vervulling der voorwaarde overgaat? In overeenstemming hiermede zegt *ULPIANUS*, dat de bruid, die haren bruidegom een geschenk geeft, „*ea conditione, ut secutis nuptiis incipiant (res donatae viri) esse,*” zelfs vóór de vervulling dier voorwaarde de *rei vindicatio* tegen hem kan instellen, welke hij dan trouwens door de *exceptio doli* of in *factum* ontzenuwen kan, l. 7 § 3 D. de J. dot. 23. 3. Greep hier werkelijk eene terugwerking plaats, dan zou het hangende de voorwaarde onzeker moeten zijn, wien de eigendom en de *rei vindicatio* toekwam. Zie l. 12 § 5 fin., l. 25 § 1 D. de usufr. 7. 1, l. 43 § 10 D. de aed. ed. 21. 1, l. 43 § 2 D. de A. R. D. 41. 1, l. 70 § 1 D. de usufr. 7. 1. Eveneens zou het dan onbegrijpelijk zijn, hoe *ULPIANUS* eene uitspraak kon doen, als hij in l. 9 § 1 D. de J. dot. doet. ¹⁾ Indien namelijk iemand aan een ander iets geeft,

1) Zie over deze wet, in verband met l. 2 § 5 D. de don. 39. 5, behalve *VANGEROW* en *WINDSCHEID* t. a. p., nog *EZYHLARZ*, *Zsch. f. Civilr. u. Pr. N. F.* XX bl. 287 vlgg.

onder de opschortende voorwaarde, dat deze in het huwelijk treedt, met het doel derhalve, dat het geschonkene dan als dos gelde, doch nog vóórdat het huwelijk heeft plaats gehad, sterft; wordt dan toch, vraagt *ULPIANUS*, bij vervulling der voorwaarde, de begiftigde eigenaar van het geschonkene? Hij antwoordt: „et vereor, ne non possint in dominio ejus effici, cui datae sunt, et quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo, qui dedit, et quia pendet donatio in diem nuptiarum; et quum sequitur conditio nuptiarum, jam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est.” Slechts „favore dotium — zoo laat hij er op volgen — benignius est, necessitatem imponi heredi, consentire ei, quod defunctus fecit.” Indien bij de voorwaardelijke eigendomsoverdracht werkelijk eene terugwerking plaats vond, dan zou *ULPIANUS* den favor dotis niet hebben behoeven in te roepen; immers uit de vervulling der voorwaarde zou het dan gebleken zijn, dat van het tijdstip der traditio niet de gever, en dus ook na zijn dood niet zijn erfgenaam, maar de begiftigde, eigenaar van het geschonkene geweest was.

Voorts pleit tegen haar, dat, indien pendente conditione de begiftigde over de geschonken zaak beschikt heeft, deze beschikking alle waarde mist, terwijl er in geval van terugwerking, tot aan de vervulling der voorwaarde, over hare geldigheid slechts twijfel zou bestaan. Nergens wordt dit verschil duidelijker aangewezen dan door *ULPIANUS* in l. 11 § 9 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: „Si uxor rem, quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo

eo alii tradiderit, *nihil agitur ea traditione*, quia non ante ultimum vitae tempus mulieris fuit. Plane in quibus casibus placet retro agi donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in *pendenti habebitur.*" Vgl. l. 44 pr. § 1 D. de leg. 30. l.

Misschien zal men in dezen laatsten zin een bewijs voor de terugwerking bij de voorwaardelijke eigendomsoverdracht zien. Doch ten onrechte, want men heeft hier eene uitzondering voor zich. Uit de boven aangehaalde fragmenten is het toch gebleken, dat de mortis causa donatio óf onder eene opschortende voorwaarde kon geschieden, in dien zin, dat de begiftigde eerst na hare vervulling eigenaar der geschonken zaak werd, óf onder eene ontbindende voorwaarde, in welk geval de begiftigde terstond eigenaar werd, maar bij vervulling der voorwaarde de zaak moest teruggeven. Nu is het echter duidelijk, dat op de laatste wijze eene schenking ter zake des doods tusschen echtgenooten niet mogelijk was; door hare toelating zou het verbod van schenkingen tusschen gehuwden inderdaad zijn opgeheven. Wilde men derhalve den wil van den schenker, die op eene dadelijke eigendomsoverdracht onder eene ontbindende voorwaarde gericht was, niet geheel buiten aanmerking laten, dan bleef er geen ander hulpmiddel over, dan in dat geval wel eene donatio onder eene opschortende voorwaarde aan te nemen, maar tevens aan de vervulde voorwaarde eene terugwerking toe te kunnen. ¹⁾ Dat dit inderdaad de reden der terugwerking is, blijkt uit l. 10 D.

1) Zie FITTING, Rückz. bl. 110 n. 157.

h. t.: schenkingen ter zake des doods zijn tusschen echtgenooten geoorloofd, „quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinant.” Onder de ontbindende voorwaarde kunnen zij dus niet gedaan worden. Evenwel mag de wil van den schenker niet onopgemerkt blijven: „non solum ea donatio valet, quae hoc animo fit, ut tunc res fiant uxoris vel mariti, quum mors insequatur, sed omnis mortis donatio. § 2 Quando itaque non retro agitur donatio etc.” (l. 11 § 1 en 2 cod.) Deze laatste woorden duiden, dunkt mij, aan, dat de donatio onder de ontbindende voorwaarde bij echtgenooten vervangen wordt door die onder eene opschortende, doch van eene terugwerkende kracht voorziene, voorwaarde. Ook uit de wijze van uitdrukking in onze paragraaf: „plane in quibus casibus placet retro agi donationem” blijkt, dat hier aan de opschortende voorwaarde slechts bij uitzondering eene terugwerking is toegeschreven. Hetgeen er aan vooraf gaat blijft dus een bewijs tegen de terugwerking.

Nog een ander bewijs tegen haar ligt in deze zelfde wet opgesloten. Vond zij werkelijk plaats, dan zou, indien de begiftigde tijdens de voorwaardelijke overgave der zaak in eens anders macht stond, deze laatste den eigendom mochten erlangen, ook dan, wanneer hij op het oogenblik van de vervulling der voorwaarde den begiftigde niet meer aan zich onderworpen had. Nu wordt evenwel in l. 11. § 2 sqq. juist het tegendeel bepaald. ¹⁾

1) Zie over deze wet RITTING, Rückz. bl. 109—116, en v. SCHEURL, krit. Ueberschau, V. bl. 43 vlgg.

Verder beroepen wij ons nog daarop, dat de usucapio van de voorwaardelijk geleverde zaak niet begint te loopen van het tijdstip der traditio, maar van dat der vervulde voorwaarde. Door IHERING wordt dit op dezen grond ontkend, dat pendente conditione reeds bezit en bona fides voorhanden zijn, en door de vervulling der voorwaarde ook de justus titulus als reeds tijdens de traditio aanwezig kan beschouwd worden. ¹⁾

Maar ten eerste is het de vraag, of ten gevolge der voorwaardelijke traditio het bezit reeds terstond overgaat. Daar de traditio, de bezitsovergave, met het doel om eigendom te doen overgaan, voorwaardelijk geschiedt, zoo kan ook het bezit slechts voorwaardelijk, dus niet reeds terstond, overgaan. Doch waarom, vraagt IHERING, wordt dan aan den eigenaar, deficiente conditione, slechts de vindicatio, en niet het possessoire interdict gegeven, daar hij toch met dit laatste hulpmiddel veel gemakkelijker de voorwaardelijk geleverde zaak zou kunnen terug verkrijgen? Het antwoord is niet ver te zoeken. Want in die fragmenten, waarin daarvan sprake is, nl. l. 7 § 3 en l. 9 pr. D. de J. dot. 23. 3, wordt alleen daarom de rei vindicatio vermeld, om te doen uitkomen, dat de tradens steeds eigenaar is gebleven. Vóór het huwelijk, zegt ULPIANUS, kan op tweeërlei wijze aan den man eene dos gegeven worden,

1) Zie zijne recensie van SELL, Jahrb. f. Rechtsws., t. a. p. bl. 897, vgl. bl. 883 vlgg. Volgens SELL begint de usucapio eerst na de vervulling der voorwaarde te loopen, Bed. Trad. bl. 139 vlgg.

óf zoo, dat hij terstond van het geschonkene eigenaar wordt, maar het moet terug geven, indien het huwelijk niet volgt; óf zoo, dat de eigendom eerst na het huwelijk op hem overgaat. Een gevolg daarvan is („*proinde*”), dat deficiente conditione de gever der dos in het eerste geval slechts eene *condictio*, in het tweede geval daarentegen eene *vindicatio* heeft. Zoo zegt hij ook in l. 9 cit.: „*nuntio remisso potero vindicare, quia meae res sunt.*” Er bestond dus hier geene reden, om van *possessoire interdieten* te spreken. — Dat ook de *exceptio*, waardoor, volgens de eerstgenoemde wet, de „*ante nuntium remissum*” ingestelde *vindicatio* van het in dotem gegevene krachteloos wordt, niet buiten het *dotaal-recht* mag uitgestrekt worden, blijkt voldoende uit het motief, waarop hare toelating berust: „*doti enim destinata non debent vindicari.*” Ook NERATIUS geeft in l. 8 D. de *condict. c. d. c. n. s.* 12. 4. denzelfden grond op: „*Quod enim ex ea causa (sc. dotis) nondum coïto matrimonio datur, quum sic detur, tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio ejus non est.*” ¹⁾

Maar al kon den voorwaardelijk gerechtigde reeds *pendente conditione* bezit toegekend worden, dan nog zou het geen bezit *ad usucapiendum*

1) Vat. fragm. § 111 in f.: „*quum vero aestimatae dantur sqq*”, waarop IHERING zich beroept (bl. 884), pleit eer tegen dan voor hem; werd toch, gelijk hij meent, met het „*incipiunt possideri*” een bezit *ad usucapiendum* bedoeld, dan zou de *usucapio pro emto* reeds vóór het huwelijk moeten beginnen. En dit wordt, zoowel hier als in l. 2 D. *pro dote* 41. 9, uitdrukkelijk ontkend.

kunnen zijn, omdat hem tijdens de traditio niet alleen de justus titulus, maar ook de bona fides ontbreekt, en ten opzichte van deze aan eene terugwerking der vervulde voorwaarde niet te denken valt. Immers kan zonder een titel, zij het ook een putative, bona fides wel aanwezig zijn? is gene niet de drager van deze? kan hij, wien de zaak onder eene voorwaarde geleverd wordt, wel in de overtuiging verkeeren, geen onrecht te doen met zich de zaak toe te eigenen, wanneer de ander verklaart, hem er niet onvoorwaardelijk, maar slechts in een bepaald, nog niet aanwezig geval, eigenaar van te willen maken? ¹⁾ De beide vereischten derhalve, welke voor het bezit ad usucapiendum noodig zijn, ontbreken m. i. vóórdat de voorwaarde vervuld is, zoodat de usucapio eerst, nadat dit heeft plaats gehad, kan beginnen te loopen. In de bronnen wordt dit dan ook uitdrukkelijk gezegd. Zoo lezen wij van PAULUS in l. 2 § 2 D. pro emtore 4l. 4: „Si sub conditione emtio facta sit, pendente conditione emtor usu non capit.” Zie l. 4 pr. D. de in diem add. 18. 2, l. 8 pr. D. de peric. 18. 6, l. 1 § 2 D. pro dote 4l. 9, in welke laatste wet deze woorden van JULIANUS voorkomen: „si sponsa sponso ea mente tradiderit res, ut non ante ejus fieri vellet, quam nuptiae secutae sint, usu quoque capio cessabit.”

Oefende nu bij eigendomsoverdracht de voorwaarde inderdaad eene terugwerkende kracht uit, dan zou voor de usucapio geen ander

1) WINDSCHEID, Pand. I bl. 450, 455, 456 n. 7.

aanvangspunt mogelijk zijn, dan dat der voorwaardelijke levering. Zoolang derhalve de vervulling der voorwaarde nog niet de zekerheid had gegeven, of er werkelijk eene levering geschied was, zoolang zou het ook onzeker moeten zijn, of de voorwaardelijk gerechtigde de zaak al dan niet usucapierde, m. a. w. *pendente conditione* zou ook de *usucapio* gezegd moeten worden in *pendenti* te zijn. Dien toestand vinden wij dan ook aldus uitgedrukt in een geval, waar zonder twijfel ocne terugwerking plaats greep, nl. bij het *jus postliminii*: „*Quodsi servus ejus, qui in hostium potestate est, emerit, in pendenti esse usucapionem, Julianus ait; nam si dominus reversus fuerit, intelligi usucaptum, si ibi decesserit, dubitari, an per legem Corneliam ad succussores ejus pertineat.*” (PAULUS in l. 15 D. de usurp. 41. 3.) Nu daarentegen de bronnen te kennen geven, dat de *usucapio* der voorwaardelijk geleverde zaak, eerst haren aanvang neemt van het oogenblik der vervulde voorwaarde, is dit een bewijs voor de door ons verdedigde meening, dat deze niet terugwerkt.

Ten slotte pleit nog voor die meening, dat de nieuwe eigenaar geen recht heeft op de *pendente conditione* getrokken vruchten der geleverde zaak. Behalve op de analogie van hetgeen bij voorwaardelijke legaten plaats vindt, ¹⁾ kunnen wij op de ondubbelzinnige woorden der l. 4 pr. D. de in diem add. 18. 2 wijzen, waar ULPIANUS zegt: „*Ubi autem conditiona-*

1) l. 15 § 6, l. 24 § 1, l. 88 § 3 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 18 pr., l. 33 D. ad Sect. Trebell. 36. 1, l. 16 D. de statul. 40. 7, l. 3 C. de fideicomm. lib. 7. 4.

lis venditio est, negat Pomponius, usucapere eum (emptorem) posse, *nec fructus ad eum pertinere.*" De zin toch, waarin IHERING (t. a. p. bl. 887) deze wet opvat, is stellig verkeerd. Naar zijn gevoelen wil de jurist slechts zeggen, dat de kooper niet terstond, nog *pendente conditione*, eigenaar der vruchten wordt, maar dat zij eerst na de vervulling der voorwaarde, ten gevolge der terugwerking, zijn eigendom worden.

Maar dan moet men óf tot het besluit komen, dat in werkelijkheid de vruchten te gelijker tijd aan beide de eigenaars, den ouden en den nieuwen, hebben toebehoord: wat onmogelijk is; ¹⁾ óf daartoe, dat POMPONIUS zich onjuist heeft uitgedrukt, door inderdaad te bedoelen, *in pendente esse, ad quem fructus pertineant;*" dit laatste nu mag men m. i. niet aannemen, daar in de gevallen, waar werkelijk eene terugwerking bestaat, die onzekere toestand nooit uit het oog wordt verloren, en ook van de usucapio, waarvan volgens onze wet hetzelfde geldt als van de vruchten, gezegd wordt, dat zij, in dat geval, in *pendenti* is. (l. 15 D. de usurp. cit.)

Met de hier verdedigde meening is het zeer wel overeen te brengen, dat de beschikkingen, hetzij vervreemdingen of bezwaringen, die de eigenaar

1) Dit schijnt IHERING aan te nemen. SELL (bed. Trad. bl. 144) verdedigt de door ons bestreden meening, met beroep op l. 64 D. de V. O. 45. 1, l. 126 pr. eod., l. 40 in f. D. de reb. cred. 12. 1, en vooral op l. 12 § 2 D. famil. ercise. 10. 2. Dat deze plaatsen echter alle bewijskracht missen, is reeds door WINDSCHEID (Wirk. der erf. Bed., bl. 12) en anderen aangetoond.

pendente conditione ten opzichte der voorwaardelijk geleverde zaak getroffen heeft, van zelf vervallen, zoodat de nieuwe eigenaar haar in dien toestand verkrijgt, waarin zij tijdens de levering was. Door de voorwaardelijke eigendomsoverdracht wordt namelijk de zaak zelve, de eigendom, aangedaan. Het wordt, als het ware, hare eigenschap, wanneer deze of gene gebeurtenis plaats grijpt, in den eigendom van een ander over te gaan, en wel in dien toestand, waarin zij nu, tijdens de traditio, zich bevindt. De eigenaar blijft dus eigenaar, en behoudt de bevoegdheid, er ten volle over te beschikken; alleen het karakter, hetwelk de zaak door de verrichte rechtshandeling verkregen heeft, van namelijk onder bepaalde omstandigheden in eens anders eigendom over te gaan, dat karakter blijft haar aankleven, zonder dat hij het haar kan ontnemen. In dit opzicht is dus zijn recht beperkt geworden. Hij kan het vervreemden, maar niet zonder die beperking; want „nemo plus juris e. q. s.” Degene derhalve, wien hij het vervreemd heeft, erlangt hetzelfde eigendomsrecht als zijn voorganger, dus ook in zooverre beperkt, dat het onder die bepaalde omstandigheden op een ander moet overgaan. Het gevolg hiervan is, dat, wanneer de voorwaarde vervuld is, degene, wien de zaak voorwaardelijk is geleverd, er van zelf eigenaar van wordt, zoodat de beschikkingen, die de ander p. cond. mocht getroffen hebben, alsdan ipso jure vervallen. Deze „Gebundenheit der Sache”, gelijk FITTING ¹⁾ dit

1) Rückz. bl. 64 vlgg. Zie tegen hem Mr. GOUDSMIT, Pand.,

door hem aangewezen verschijnsel noemt, vinden wij overal, waar eene rechtsbetrekking wel krachtens eene vroeger verrichte rechtshandeling, maar toch meer onmiddelijk ten gevolge eener gebeurtenis ontstaat, die op zich zelve tot het scheppen van een rechtstoestand niet in staat is, waar, om mij van FITTING's woorden te bedienen, eene „Vorwirkung” heerscht. Dit is o. a. het geval met de voorwaardelijke testamentaire vrijlating, en met het voorwaardelijke legaat per vindicationem. De plaatsen, die over beiden handelen, toonen dan ook duidelijk de sporen dier „Gebundenheit der Sache.” L. 2 pr. D. de statul. 40. 7: „Qui statuliberi causam apprehendit, in ea conditione est, ut, sive tradatur, salva spe libertatis alienetur, sive usucapiatur, *cum sua causa usucapiatur* etc.” (ULPIANUS.) Vgl. l. 6. D. si ex nox. caus. 2. 9, Ulp. Reg. II. 3, L. 12 § 2 D. fam. ercisc. 10. 2: „Res quae sub conditione legata est, interim heredum est; et ideo venit in familiae erciscundae iudicium, et adjudicari potest, *cum sua scilicet causa, ut existente conditione eximatur ab eo, cui adjudicata est, aut deficiente conditione ad eos revertatur, a quibus relicta est. Idem et in statulibero dicitur, qui interim est heredum, existente autem conditione ad libertatem perveniat.*” (ULPIANUS.) Vgl. l. 82 pr. D. de leg. 30. 1. Nu is er

I bl. 141 n. 1, die zich met zijne opvatting van het „nemo plus juris enz.” niet kan vereenigen. Wordt zij echter door de in de text aangehaalde plaatsen niet alleen niet gebillijkt, maar zelfs geëischt? Eene zoodanige „Gebundenheit der Sache” neemt ook EYHLARZ aan, Zeitsch. f. Civilr. u. Pr., t. a. p.

geen bezwaar tegen, aan te nemen, dat voor het vervallen van de beschikkingen ten opzichte der voorwaardelijk geleverde zaak dezelfde reden bestaat als voor het vervallen van de beschikkingen ten opzichte der voorwaardelijk vermaakte zaak; te meer, daar het gevoelen, dat de eerste bij vervulling der voorwaarde vervallen, niet steunt op eene stellige uitspraak der bronnen, maar alleen op de analogie van hetgeen bij voorwaardelijke legaten plaats grijpt. Vgl. l. 69 § 1 D. de leg. 30. 1, l. 11 § 1 quemadm. serv. 8. 6, l. 105 D. de cond. 35. 1, l. 13 § 1 de pign. 20. 1, l. 3 § 3 C. com. de leg. 6. 43.

Wij gelooven in het bovenstaande te hebben aangetoond, dat inderdaad bij de voorwaardelijke eigendomsoverdracht de vervulde voorwaarde niet terugwerkt. Zal men nu, alleen om de woorden der l. 8 D. de R. Cr. 12. 1, haar toch eene terugwerking, zij het dan ook in naam, moeten toeschrijven? In een dergelijk geval meen ik, dat wij naar eene andere verklaring zoeken moeten. Vooral, wanneer zij, gelijk in ons geval, voor de hand ligt. Want het woord *pendere* behoeft juist niet altijd eene terugwerking aan te duiden; men bedient er zich niet alleen van, om te kennen te geven, dat over het tegenwoordige onzekerheid bestaat, maar ook wanneer over de toekomst onzekerheid heerscht: „Si decem jussus dare et liber esse, quinque det, non pervenit ad libertatem, nisi totum det; interim igitur vindicare quinque nummos dominus eorum potest. Sed si residuum fuerit solutum, tunc etiam id alienatum est, cujus ante dominium non erat translatum; *ita*

pendebit praecedentis summae alienatio, sic tamen, ut non retro nummi fiant accipientis, sed tunc, quum residua summa fuerit exsoluta." ULPIANUS in l. 3 § 5 D. de statul. 40. 7.

Op zich zelve beschouwd, dwingen dus de woorden der l. 8 cit.: „proinde mutui datio interdum pendet, ut ex postfacto confirmetur, veluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si conditio aliqua extiterit, tui fiant sisque mihi obligatus”, — op zich zelve beschouwd, dwingen deze woorden ons niet, uitsluitend aan eene terugwerking te denken. Zal nu het volgende daartoe noodzaken: „*item* si legatam pecuniam heres crediderit”? Maar de beteekenis van het woord *item* wordt niet miskend, al neemt men aan, dat in het eerste geval geene, in het andere daarentegen wel eene terugwerking plaats vindt. Want ook dan nog hebben beiden dit gemeen, dat er eene mutui datio voorhanden is, die door eene latere gebeurtenis moet bekrachtigd worden. En er is geen grond voor, de slotwoorden „et traditiones e. q. s.” ook op het eerste geval toe te passen. Ik geloof derhalve, dat wij deze verklaring, die mogelijk is, aannemen moeten, omdat zij alleen overeenstemt met hetgeen overal elders in de bronnen van de voorwaardelijke eigendomsoverdracht gezegd wordt. 1)

4. Wij komen dus terug tot hetgeen wij boven

1) Mr. GOUDSMIT ziet in de l. 8 cit. een onwederlegbaar bewijs voor de terugwerking bij voorwaardelijke traditio, Pand., t. a. p. Wat echter aan de hier aangenomen verklaring, die ook reeds door WINDSCHEID en VANGEROW gegeven is, in den weg staat, zegt hij niet.

zeiden (bl. 77), dat in de rechtsbronnen de terugwerking der vervulde voorwaarde nergens uitdrukkelijk vermeld wordt, en dat men derhalve zoowel om deze reden geen recht heeft haar aan te nemen, als ook, omdat met haar verschillende verschijnselen niet te verklaren, zonder haar daarentegen alle wel te verklaren zijn, en zij bovendien theoretisch allen steun mist.

BESLUIT.

Oefent de vervulde voorwaarde geene terugwerkende kracht uit, dan dagtoekent het bestaan der verbintenis eerst van het oogenblik dier vervulling. ¹⁾ Vóór dat tijdstip is derhalve de verbintenis, wier ontstaan met de wilsverklaring beoogd werd, nog niet aanwezig.

De vraag doet zich dan voor, op welken grond al die verschijnselen berusten, welke wij reeds vóór de vervulling der voorwaarde waarnemen, en die zonder het bestaan eener zekere betrekking tusschen de partijen, welke de voorwaardelijke overeenkomst gesloten hebben, niet schijnen verklaard te kunnen worden.

Deze vraag is het, welke wij thans in het kort wenschen te beantwoorden. De hoofdwering toch der voorwaardelijke wilsverklaring, het ontstaan der verbintenis, boezemt ons weinig belang

1) Vgl. § 4 I. de V. O., 3. 15: „Sub conditione stipulatio fit, quum in aliquem casum *differtur* obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur.”

in, omdat, wanneer zij eens te voorschijn is gekomen, het verder onverschillig is, of haar bron eene zuivere, dan wel eene voorwaardelijke rechtshandeling was. Van belang is het daarentegen, te weten, of zij reeds vóór dien tijd kracht en invloed heeft, of zij reeds terstond werkt, en hoedanig zij dan werkt.

Daar reeds vroeger, bij de wederlegging van sommige bewijzen der terugwerking, die werking aangeduid is, kunnen wij thans met de beantwoording onzer vraag kort zijn.

Wanneer twee personen eene voorwaardelijke overeenkomst aangaan, dan verklaren zij, dat het op dat oogenblik hun wil is, dat, wanneer het eene of andere feit plaats grijpt, eene verbintenis tusschen hen in het leven trede.

Daar nu de rechtsordening aan deze verklaring in zooverre waarde heeft toegekend, dat ten gevolge van haar in dat geval de verbintenis werkelijk ontstaat, zoo heeft zij daardoor tevens bepaald, welke werking reeds terstond van de wilsverklaring uitgaat.

Indien namelijk, bij vervulling der voorwaarde, de verbintenis ontstaat, zelfs tegen den wil van eene der partijen of van die partij, welke alsdan schuldenaar wordt (al naar gelang men met wederkeerige of eenzijdige verbintenissen te doen heeft), dan volgt hieruit, dat, om mij tot het laatste geval te bepalen, de eene partij reeds terstond door de afgelegde verklaring in zijn wil gebonden is; hij kan niet meer niet willen, dat hij onder bepaalde omstandigheden schuldenaar wordt;

voor het recht althans is die wil, tegenovergesteld aan dien, welke in de vroeger afgelegde verklaring staat uitgedrukt, van alle kracht verstoken. Degene dus, die verklaart, in een bepaald geval schuldenaar te willen zijn, beperkt zich in zijn willen. Tegenover dit gebonden zijn van den wil des eenen staat een recht van den ander, voortvloeiende uit de aangegane overeenkomst, en van dezen inhoud, dat, wanneer bepaalde omstandigheden voorhanden zijn, de ander zijn schuldenaar wordt; het is dus zijn recht, dat de ander niet meer van wil veranderen kan. Zoo beantwoordt het gebonden zijn van den wil des laatsten aan het recht van den eerste. ¹⁾

Van welken aard overigens deze rechtsband is, valt, bij het volkomen stilzwijgen der bronnen, moeilijk te bepalen. Dit mag naar ons oordeel vastgesteld worden, dat inderdaad reeds pendente conditione tusschen de beide partijen een rechtsband van

1) WINDSCHEID spreekt van eene „Willensgebundenheit” des voorwaardelijken schuldenaars, en een daaraan beantwoordend recht van den voorwaardelijken schuldeischer. *Wirk. der erf. Bed.*, t. a. p., Heidelberg. krit. Zsch., t. a. p. — Ook GOUDSMIT en WÄCHTER nemen p. cond. eene zekere rechtsbetrekking tusschen de partijen aan. *Pand.-Syst.*, I bl. 138 n. 1. *Würtemb. Privatr.*, II bl. 696—701. — Of men zegt, dat er reeds dadelijk na het sluiten der overeenkomst eene verbintenis is, die bij de vervulling der voorwaarde werkzaam wordt, dan wel of men zegt, dat er aanvankelijk slechts een rechtsband tusschen partijen bestaat, die, existente conditione, in eene verbintenis overgaat, schijnt mij niet veel meer dan een verschil van woorden. Toch houd ik de laatste formule voor de meest juiste.

den boven aangegeven inhoud bestaat. Hieromtrent laten de bronnen ons niet in onzekerheid: „eum, qui stipulatus est sub conditione, placet etiam *pendente conditione creditorem esse;*” ULPIANUS in l. 43 D. de obl. et act. 44. 7. Vgl. l. 10, 54 D. de V. S. 50. 16, L. 57 D. de V. O. 45. 1: „Si quis, si Titius consul factus erit, decem dari sponderit, quamvis *pendente conditione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum*”. (JULIANUS.) Vandaar derhalve, dat de voorwaardelijke verplichting en het voorwaardelijke recht overgaan op de erfgenamen; dat hij, in wiens macht de contractant tijdens de overeenkomst stond, ook dan schuldeischer wordt, wanneer bij de vervulling der voorwaarde die machtsbetrekking niet meer aanwezig is; dat, wanneer eene maatschappij voorwaardelijk eene schuld heeft aangegaan, en de voorwaarde na hare ontbinding in vervulling komt, de schuld toch *de communi* moet voldaan worden, l. 27 D. pro socio 17. 2.

Op het bestaan van dezen rechtsband berust het alleen, dat de novatio en de acceptilatio, vóór de vervulling der voorwaarde aangegaan, van kracht zijn; en dat de voorwaardelijke schuldeischer zijn recht vervreemden, bijv. verkoopen, kan, l. 17 en 19 D. de her. vend. 18. 4. Voorts is het slechts hieruit te verklaren, dat de voorwaardelijke schuldenaar tot het stellen van zekerheid kan gedwongen worden, indien hij het eventueele recht van zijne partij in gevaar brengt; 1) dat de laatste op de hem toegestane hypotheek

1) l. 41 D. de jud. 5. 1, l. 6 pr. D. quibus ex caus. in poss. 42. 4, l. 4 pr. D. de sep. 42. 6.

den voorrang heeft boven de onvoorwaardelijke schuldeischers, die na hem dezelfde hypotheek hebben verkregen; dat hij kan opkomen tegen hetgeen door den ander, *pendente conditione*, in *fraudem creditorum* verricht is; en dat hij de scheiding kan vragen van den boedel zijns overleden schuldenaars van de goederen van diens erfgenaam, l. 4 D. de sep. 42. 6. Een gevolg van dien rechtsband is het, dat de voorwaardelijke schuldenaar de vervulling der voorwaarde, tenzij zij geheel of gedeeltelijk aan zijne willekeur is gelaten, niet mag verhinderen, en, indien hij het doet, toch verbonden wordt, alsof die vervulling werkelijk had plaats gegrepen. 1) Eindelijk is het met deze beschouwing in geen strijd, dat de objective vereischten alleen op het oogenblik van de vervulling der voorwaarde aanwezig behoeven te zijn. Daar toch de eigenlijke verbintenis eerst dan in het leven treedt, behoeft hetgeen tot haar bestaan gevorderd wordt, niet reeds vóór dien tijd voorhanden te zijn.

Met dit overzicht van de werkingen, welke uit de voorwaardelijke wilsverklaring voortvloeijen, kunnen wij dit hoofdstuk besluiten, daar wij over de meeste, althans over de belangrijkste, reeds vroeger hebben gehandeld. Tevens zeggen wij het Romeinsche recht hiermede vaarwel, om op het onze den blik te richten.

1) L. 161 D. de R. J. 50. 17, l. 85 § 7 D. de V. O. 45. 1, l. 50 D. de C. E. 18. 1, l. 3 § 3, 16 en 17 D. de statul. 40. 7.

TWEEDE GEDEELTE.

NEDERLANDSCH RECHT.

HOOFDSTUK I.

MOET DE TERUGWERKING, WAARVAN ART. 1297 B. W.
SPREEKT, IN DEN ZIN OPGEVAT WORDEN,
DIEN HET ROMEINSCHE RECHT ER AAN TOEKENT ?

Wij hebben in het eerste gedeelte van dit proefschrift getracht aan te toonen, dat het Romeinsche recht onder terugwerking verstond: de zekerheid, die ons eene gebeurtenis over een vroeger verborgen rechtstoestand verschafft. Wij zagen, dat het slechts dan mogelijk was, aan de vervulde voorwaarde eene terugwerking in dien zin toe te kennen, wanneer de voorwaarde beschouwd werd, niet als een feit, waaraan men als gevolg het in het leven treden eener verbintenis wilde knoopen, maar als een feit, dat ons slechts den toestand zou openbaren, waaraan onze wil zoodanig een gevolg verbonden had. Het bleek ons, dat het Romeinsche recht die laatste opvatting niet huldigde, maar integendeel de eerste, en dat het derhalve consequent handelde, met aan de vervulde voorwaarde geene terugwerking toe te kennen. — In

dit gedeelte is ons nu de taak opgelegd, te onderzoeken, welke de beteekenis en de kracht is van het voorschrift, hetwelk ons het Burgerlijke Wetboek in a. 1297 al. 1 geeft. Wij moeten derhalve trachten den zin op te sporen, welken onze wet aldaar aan de terugwerking hecht.

Nu weet ik daartoe geen beteren weg in te slaan, dan van de onderstelling uit te gaan, dat aan onze wet de Romeensch-rechtelijke opvatting der terugwerking eigen is, omdat men deze alleen de ware mag noemen; dat men derhalve ook volgens ons recht onder terugwerking de zekerheid te verstaan heeft, die ons eene gebeurtenis over een vroeger verborgen rechtstoestand verschafft. De juistheid of onjuistheid dier onderstelling zal dan afhangen van de wijze, waarop onze wet de voorwaarde beschouwt. Blijkt het, dat volgens haar de voorwaarde een feit is, hetwelk ons den toestand openbaart, waaraan wij als gevolg eene verbintenis knooien, dan mogen wij hare juistheid niet in twijfel trekken. Daarentegen zal men haar ongegrond moeten heeten, indien het als voorwaarde gestelde feit, volgens onze wet, de toestand zelf is, waarvan als gevolg de verbintenis wordt gewild. Welke beschouwing derhalve van de twee hier aangeduide door onze wet is aangenomen, zal de vraag zijn, die het eerst moet gesteld worden.

Het antwoord daarop kan, naar ons oordeel, niet anders dan voor de laatste beschouwing gunstig luiden; en wel op de hier volgende gronden.

1. Vooreerst wijzen wij op a. 1299 al. 1 B. W.,

hetwelk deze bepaling bevat: „Eene verbindtenis onder eene opschortende voorwaarde is de zoodanige, welke afhangt, óf van eene toekomstige en onzekere gebeurtenis, óf van eene reeds gebeurde, doch aan partijen nog onbekende zaak.” In de laatste woorden spreekt dus onze wet uit, dat zij ook de verbintenis, die onder eene conditio in praesens vel praeteritum collata is aangegaan, tot de voorwaardelijke verbintenissen rekent. Tevens geeft zij daarmede hare opvatting te kennen van de verhouding, die er bestaat tusschen de gebeurtenis, welke als voorwaarde is gesteld, en de verbintenis, welke men er afhankelijk van heeft gemaakt. Gelijk wij toch reeds vroeger opmerkten, ¹⁾ kan men in de conditio in praesens vel praet. collata onmogelijk die openbarende, declarative, natuur ontdekken, welke, volgens de bestreden opvatting, aan de voorwaarde eigen is. Waar men van zoodanig eene voorwaarde de verbintenis laat afhangen, daar kan deze slechts gewild zijn als gevolg van het als voorwaarde gestelde feit zelf, en niet als gevolg van den toestand, dien ons dat feit zal openbaren. Erkent derhalve onze wet de conditio in praesens vel praet. collata als eene ware voorwaarde, dan duidt zij daarmede tevens aan, dat zij de voorwaarde beschouwt als het feit zelf, waarvan de verbintenis als gevolg gewild wordt. Hare beschouwing der voorwaarde is dus, gelijk wij zeiden, dezelfde als die, welke aan het Romeinsche recht eigen was.

Of zal men tegen dit betoog in het midden

1) Zie bl. 28.

brengen, dat de *conditio in praesens vel praet. collata* volgens onze wet geene voorwaarde is? Door vele rechtsgeleerden wordt inderdaad deze meening omhelsd, o. a. ook door Prof. OPZOOMER, die haar uitvoerig tegen Prof. DIEPHUIS heeft verdedigd. ¹⁾

Deze meening grondt zich hierop, „dat het niet genoeg is, dat er onzekerheid bestaat voor de handelende partijen, maar dat die onzekerheid in de verbindtenis zelve gevorderd wordt. De wet spreekt niet van eene voor de partijen voorwaardelijke, maar van eene in haar zelve voorwaardelijke verbindtenis.” Maar is het niet juist de vraag, waarvan de wet spreekt? Loopt juist niet het geschil hierover, of onze wet, hetgeen zij onder voorwaarde verstaat, heeft uitgedrukt in a. 1289, dat eene objective onzekerheid schijnt te vorderen, dan wel in a. 1299, dat slechts eene subjective onzekerheid eischt? Indien men derhalve zegt, dat a. 1289 de beschouwing uitdrukt, die onze wet over de voorwaarde heeft, *omdat* die wet eene objective onzekerheid vordert, dan ligt, dunkt mij, in die redeneering eene *petitio principii*. — De vraag blijft dus: welk artikel leert ons de opvatting der voorwaarde, die aan onze wet eigen is: a. 1289 of a. 1299?

1) Zie van den eerste „het Burg. Wetboek,” II. bl. 24 vlgg., ad a. 1289 (2^e Druk); en van den laatste „het Ned. Burg. Rogt.,” VI. n^o. 129 (2^e druk). Het door Mr. OPZOOMER verdedigde gevoelen is ook dat der Fransche rechtsgeleerden. Men zie behalve de door Mr. DIEPHUIS, t. a. p., aangehaalde schrijvers, nog LAROMBÈRE, *Théorie et Pratique des Obligations*, II. ad a. 1168 C. C. n^o. 2, en ad a. 1181 n^o. 2.

Volgens mijn gevoelen het laatste; omdat a. 1299 niets bevat, wat met het andere in strijd is; het zegt alleen iets meer dan dit. Omhelst men daarentegen de andere meening, dan heerscht er tusschen de beide artikelen een strijd, die niet is op te lossen.

Art. 1299, zegt men wel, moet aldus uitgelegd worden, dat eene verbintenis ook dan voorwaardelijk is, wanneer de partijen het reeds gebeurde feit, waarvan zij haar laten afhangen, als toekomstig zich hebben gedacht en het als zoodanig hebben uitgedrukt. Maar, in het midden latende, of de woorden van ons artikel tot deze uitlegging recht geven, meen ik hare verzoevende kracht in twijfel te mogen trekken. Op welken grond toch geeft men aan a. 1289 boven het andere de voorkeur, indien niet op dezen, dat men het alleen in overeenstemming acht met de zuivere rechtsbeginselen, m. a. w. omdat men meent, dat het wezen der voorwaardelijke verbintenis eischt, dat zij niet slechts voor de partijen, maar in zich zelve, voorwaardelijk is. Nu is het echter duidelijk, dat ook, wanneer men de verbintenis laat afhangen van een reeds gebeurd, doch als toekomstig gedacht en gesteld, feit, dat ook in dit geval de verbintenis niet in zich zelve voorwaardelijk, maar dit slechts voor de partijen is. Weigert men dus op dien grond de conditio in praesens vel praet. *collata* als voorwaarde te erkennen, dan moet men haar ook dan dien naam onthouden, wanneer de partijen ze *als toekomstig* hebben gedacht en uitgedrukt.

Dat nu dit laatste met a. 1299 in strijd is, be-

hoeft niet te worden opgemerkt. — Zijn hier dus twee wetsverklaringen voorhanden, waarvan de ééne met eene bepaling der wet strijdt, de andere daarentegen eene bepaling slechts overbodig maakt, zal men dan nog aarzelen, aan welke de voorkeur te geven? Zonder twijfel zal men aan de laatste zijne goedkeuring moeten hechten. Men zal moeten erkennen, dat onze wet slechts van de voorwaarde eischt, dat zij een aan partijen *onbekend* feit is, ¹⁾ onverschillig, of het reeds plaats gehad heeft, of nog plaats hebben kan. Daarbij komt, dat deze beslissing een vasten, inwendigen grond onder zich heeft. Wat toch is het doel der voorwaardelijke rechtshandeling? Reeds vroeger wezen wij er op, dat zij tot doel heeft, ons in staat te stellen, onze beschikkingen afhankelijk te maken van, hetzij toekomstige, hetzij tegenwoordige of verledene, *ons onbekende*, verschijnselen, met dezelfde zekerheid, dat aan onzen wil volkomen zal voldaan worden, als wanneer wij onvoorwaardelijk eene beschikking maken. ²⁾ Er kan

1) Ditzelfde is het, wat in duidelijke bewoordingen het ontwerp van 1820 vordert: „Art. 2217. Wanneer, hetzij door de wet, hetzij door de overeenkomst van partijen, eene verplichting van het al of niet bestaan eener onzekere gebeurtenis afhankelijk wordt gemaakt, wordt eene zoodanige verplichting eene voorwaardelijke of conditionele verplichting, en die gebeurtenis zelve eene voorwaarde genoemd. — Art. 2218. Door eene onzekere gebeurtenis wordt in het vorige artikel niet alleen verstaan, eene zoodanige, welke nog plaats moet hebben, maar ook eene zoodanige, welke reeds dadelijk plaats heeft gehad, doch waarvan het aanwezen aan de partijen onbekend is.”

2) Zie bl. 30, n. 1.

een toestand komen, die eene verbintenis tusschen mij en een ander wenschelijk maakt. Zal ik nu met dezen terstond eene zuivere overeenkomst aangaan, of daarmee wachten, totdat die toestand werkelijk aanwezig is? Geen van beiden is geraden. In het laatste geval kan de gelegenheid mij ontbreken, dan nog eene overeenkomst te sluiten; in het eerste geval kan misschien de toestand, die mij alleen het ontstaan der verbintenis deed wenschen, nooit aanbreken. Ik heb dus behoefte aan een middel, dat mij in staat stelt, zóó te handelen, dat volkomen aan mijn wil voldaan wordt. En dit middel verleent mij het recht, door eene voorwaardelijke rechtshandeling toe te staan. Maar nu ziet men tevens, dat het, wat den aard der voorwaarde betreft, geen verschil maakt, of zij een reeds gebeurd of een toekomstig feit is. Het kan immers voor mij van belang zijn, iemand tot schuldenaar te hebben, indien op dit eigen oogenblik een zekere toestand voorhanden is. Daar ik echter dit laatste niet weet, verkeer ik in dezelfde behoefte, als waarvan in het vorige geval sprake was. Waarom zal nu niet hetzelfde middel ook hier van dienst zijn? — De Romeinen schijnen dan ook de *conditio in praesens vel praet. collata* als eene ware voorwaarde te hebben beschouwd, zoodat zij, gevoegd bij een der *actus legitimi* van de l. 77 D. de R. J. 50. 17, dezen nietig maakte. AFRICANUS toch zegt ons: „Sed et si quis ita dixerit: „Si solvendo hereditas est, adeo hereditatem,” *nulla* aditio est. L. 51 § 2 D. de acq. v. om. hered. 29. 2. Vergl. l. 77 de R. J. cit.

Ik meen het derhalve als bewezen te mogen

aannemen, dat onze wet de *conditio in praesens* vel *praet. collata* werkelijk als voorwaarde erkent. Wij herhalen, ¹⁾ dat zij daarmede tevens hare opvatting te kennen geeft van de verhouding, die er tusschen de voorwaarde en de daarvan afhangerende verbintenis bestaat. Die opvatting is namelijk de Romeinsch-rechtelijke, volgens welke de voorwaarde het feit zelf is, waaraan het ontstaan der verbintenis *als gevolg* wordt verbonden.

2. Eene tweede bewijs voor deze stelling vinden wij daarin, dat ook volgens ons recht, even als volgens het Romeinsche, vóór de vervulling der voorwaarde, een rechtsband bestaat tusschen de partijen, die de overeenkomst gesloten hebben. Zoodanig een rechtsband is namelijk niet mogelijk, wanneer de voorwaarde beschouwd wordt als een feit, dat ons den toestand, waaraan als gevolg eene verbintenis is verbonden, slechts *openbaart*.

Wordt toch de laatste beschouwing werkelijk door onze wet gehuldigd, dan kan dit slechts in dien zin het geval zijn, dat de toestand, waarvan men eigenlijk de verbintenis laat afhangen, altijd hetzij tijdens of vóór de overeenkomst moet voorhanden zijn geweest. ²⁾ Art. 1297 al. 1, hetwelk niet eene gedeeltelijke, maar eene, tot den dag der overeenkomst zich uitstreckende, terugwerking voorschrijft, vordert dit. Van dien dag af weten derhalve de partijen, dat er óf eene volkomen werkzame verbintenis tusschen hen bestaat,

1) Bl. 101.

2) Vgl. bl. 28.

óf in het geheel geene. Maar nu kan er niet te gelijkertijd nog een rechtsband tusschen beiden aanwezig zijn. Men kan toch moeilijk gehouden zijn, in een bepaald geval verbonden te worden, terwijl men weet, dat men dit reeds óf volkomen, óf in het geheel niet is. Blijkt het dus, dat onze wet, vóór de vervulling der voorwaarde, wél een rechtsband tusschen de partijen aanneemt, dan moet men tot het besluit komen, dat zij ook de opvatting, waarvan hier sprake is, niet huldigt. Haar kan dan slechts die opvatting eigen zijn, welke wij haar leenden.

Dat echter inderdaad die rechtsband in onze wet erkend is, zal eenig bewijs behoeven.

3. Wij beroepen ons ten eerste op a. 1298, waar wij het volgende lezen: „De schuldeischer kan, vóór de vervulling der voorwaarde, alle middelen in het werk stellen, welke tot bewaring van zijn regt noodzakelijk zijn.” Welken zin heeft dit artikel? Geeft het den voorwaardelijken schuldeischer de bevoegdheid, in het algemeen middelen tot bewaring van zijn eventueel recht aan te wenden, of verwijst het slechts naar die artikelen, waar hem bepaalde middelen van dien aard uitdrukkelijk worden toegekend? Aanleiding tot deze vraag geeft mij HOLTJUS, in zijne aantekening op a. 779 W. v. K. ¹⁾

Met dit artikel en met de daaropvolgenden is die geleerde niet zeer ingenomen, én omdat zij onpraktisch zijn, én omdat de voorwaardelijke schuldeischer, volgens hem, geen recht heeft, zekerheid

1) Het Nederl. Faillitenregt, bl. 184 vlgg.

te vorderen. Zijne, voor dezen niet zeer troostrijke woorden luiden aldus: „Men moet intusschen niet gelooven, dat zoodanige toelating (in den boedel van den failliten voorwaardelijken schuldenaar) van zelf spreekt. Een conditionalis creditor heeft eigenlijk *geen regt*, maar alleen een mogelijk uitzigt, ofschoon het Regt somtijds voor deze mogelijkheid eenige zorg draagt; *in den regel heeft hij geene aanspraak op zekerheid of op voorzieningen*. Ja, al ziet hij het voor zijne oogen gebeuren, dat zijn schuldenaar van anderen in zijn geheele vermogen uitgewonnen en uitgekleet wordt, is hij onbevoegd om daartegen verzet te doen, of te verlangen, dat ten zijnen behoeve eene som weggelegd, en in bewaring gesteld worde, totdat de vervulling van het *indien* zal gekomen zijn. De anderen, die een geboren en werkzaam regt hebben, zouden dan maar moeten stil zitten jaren lang, in afwachting, om existente conditione met den voorwaardelijken inschuldenaar te concurreren. Daarin is weinig billijkheid te zien; jegens den schuldenaar ware het stellig onregt. Praktisch zal het wel niemand heeten. Maar indien dat bij eene gewone uitwinning zoo is, waarom moet het ook niet gelden bij een faillissementsproces, waarin het regt der werkelijke schuld-eischers tegenover den voorwaardelijken volkomen hetzelfde is?” HOLTRUS zou hem derhalve de bevoegdheid, om in den failliten boedel zijner partij op te komen, niet toekennen, indien zij hem niet door a. 779 K. uitdrukkelijk was toegestaan. Daarom weigert hij hem ook het recht van verzet tegen de afgifte der kooppennin-

gen van de bij executie te verkoopen goederen zijns schuldenaars, — ofschoon dit werkelijk een middel tot bewaring van rechten is, — alleen omdat de wet hem dit recht niet uitdrukkelijk toekent. Voor den beroemden uitlegger van ons handelsrecht heeft dus a. 1298 geene andere beteekenis dan deze, dat het naar die artikelen verwijst, waar den voorwaardelijken schuldeischer met name bepaalde middelen van zekerheid worden toegestaan. Daar nu dit laatste slechts in één artikel geschiedt, en wel in het besproken a. 779 K., zoo volgt hieruit, dat den voorwaardelijken schuldeischer de aanspraak op alle andere waarborgen — o. a. op het vorderen van pand, hypotheek, borgtocht enz. — ontzegd is. Is dit wel waarschijnlijk? Mag men wel aannemen, dat de wet hem deze laatste waarborgen weigert, terwijl het hem een recht verleent, waartegen, zoowel wat de uitvoering als wat het belang van derden aangaat, bezwaren zijn in te brengen, die tegen deze niet gelden? Maar er is meer. Is namelijk het gevoelen van HOLTJUS juist, dan is a. 1298 volkomen overbodig. Nu komt ons het recht, een wetsartikel aldus uit te leggen, dat men het voor overbodig verklaart, eerst dan toe, wanneer, met het oog op de geheele wet, eene andere uitlegging niet mogelijk is. En dat zich hier dit geval voordoet, zal men moeilijk kunnen beweren. Want welke bepaling onzer wet zal men aanvoeren, waaruit blijkt, dat volgens haar de voorwaardelijke schuldeischer inderdaad geen recht op zekerheid of op voorzieningen heeft, en waaruit derhalve volgen zou,

dat ons a. 1298 slechts naar de uitzondering van a. 779 K. verwijst? Eene bepaling van dien inhoud bestaat er niet. Integendeel, alles wat in onze wet voorkomt over den toestand der partijen, vóórdat de voorwaarde vervuld is, strijdt niet met a. 1298, maar is er mede in overeenstemming. Wij moeten het dus letterlijk opvatten, en in dien zin, dat het den voorwaardelijken schuldeischer het recht geeft, in het algemeen alle mogelijke middelen in het werk te stellen, die tot bewaring van zijn eventueel recht noodzakelijk zijn; d. i. alle middelen, welke aan zuivere schuldeischers ten dienste staan, uitgezonderd natuurlijk de zoodanige, welke uit hun aard aan de laatste alleen kunnen toekomen. — Hij zal dus pand, hypotheek en borgtocht kunnen vorderen. Hij zal, in gevolge art. 1377, kunnen opkomen tegen de handelingen, die zijne partij, hangende de voorwaarde, ter bedriegelijke verkorting van zijn recht heeft verricht; het spreekt van zelf, dat hij die actie eerst na de vervulling der voorwaarde kan instellen, omdat vóór dien tijd van de benadeeling niet zal kunnen blijken. Hij behoort ook onder de schuldeischers, waarvan a. 1024 al. 2 spreekt, zoodat ook hij geen nadeel zal kunnen lijden van den vrijwilligen afstand, dien de voorwaardelijke schuldenaar, ten behoeve der bij erfstelling over de hand geroepen erfgenamen, van zijn genot gedaan heeft. Hij kan vorderen, dat de boedel zijns overleden schuldenaars afgescheiden worde van de goederen van diens erfgenaam; art 1153. Eindelijk is het hem geoorloofd, verzet te doen tegen de afgifte der kooppenningen van de bij executie te

verkoopen goederen zijns voorwaardelijken schuldenaars; art. 457 en 536 W. v. Rv. ¹⁾ Wat het bezwaar betreft, hetwelk tegen dit laatste middel door HOLTJUS is ingebracht, dat de zuivere schuldeischers dan maar zullen moeten stil zitten en afwachten, totdat de vervulling van het *indien* zal gekomen zijn: dit bezwaar komt mij voor een deel ongegrond voor. Immers, wat verhindert, dat men de regelen, die a. 780 vlgg. K. voor het fallissementsproces geeft, ook toepast bij de gewone uitwinning? ²⁾ Al geeft men nu toe, dat men met die regelen „niet in alle gevallen er doorkomen zal,” HOLTJUS waarschuwt zelf, dat men er het bruikbare niet van miskennen mag. Bovendien het is hier minder de vraag, wat den zuiveren schuldeischers meer of min aange naam zijn zal, dan wel wat den voorwaardelijken schuldeischer rechtens toekomt. Daar nu de bedoelde bevoegdheid tot verzet, gelijk al de andere hierboven aangeduide middelen, slechts strekt tot bewaring van een recht, en uit haren aard niet uitsluitend aan zuivere schuldeischers toekomt, zoo kan men hem die bevoegdheid, gelijk wij hebben aangetoond, onmogelijk betwisten.

Het zijn overigens slechts middelen tot *bewaring*

1) Zie ook LAROMBIÈRE, t. a. p., ad a. 1180 C. C.; en Mr. DE KONING, Akad. Proefschrift over de verbintenis onder eene opschortende voorwaarde, Leiden 1856, bl. 101 vlgg.

2) Hierop is reeds gewezen door Mr. DE KONING, in zijne aangch. Dissertatie, bl. 103 vlgg.

van zijn recht, die de wet hem toestaat, zoodat men hem alle zoodanige, die tevens daden van vervolging zouden zijn, ontzeggen moet. 1) Te recht beweert dan ook Mr. DE KONING, 2) dat hij op de goederen zijner partij geen *executoriaal beslag* zal kunnen leggen, omdat hij, vóór de vervulling der voorwaarde geen recht tot vorderen hebbende, ook niet het vonnis zal kunnen verkrijgen, hetwelk voor het leggen van het beslag vereischt wordt. Zie a. 439 Rv. Met denzelfden schrijver moet men hem ook het conservatoir beslag weigeren, „daar dit beslag alleen dient, om de rechten te bewaren van den schuldeischer, die onmiddelijk tot de executie kan overgaan, gedurende den tijd, tot het verkrijgen van een executorialen titel noodig.” Zie a. 727 vlgg. Rv.

Ten slotte merken wij nog op, dat, wanneer Prof. DIEPHUIS 3) den voorwaardelijken schuldeischer

1) LAROMBIÈRE, t. a. p., ad. a. 1180 n^o 2: „Le créancier doit se borner aux actes conservatoires, sans en faire aucun qui, tout en paraissant n'avoir pour objet que la conservation de la créance, constituerait néanmoins en même temps un acte de poursuite et d'exécution.”

2) T. a. p., bl. 104. Zie Mr. VOS DE WAEL, Acad. Proeve over conservatoir arrest onder derden, Leiden 1856, bl. 119—133.

3) Het Ned. Burg. Regt VI. n^o 163 (2^e Druk). Ook vele Fransche schrijvers kennen hem dat recht toe. Zie o. a. TOULLIER, Droit civ. fr., VI. n^o 528, en LAROMBIÈRE, t. a. p., ad a. 1181 n^o 15. Dezen hebben eenige reden, om bij verbintenissen die bevoegdheid ter sprake te brengen, omdat, volgens het Fransche recht, bij eene der belangrijkste verbintenissen, bij koop en verkoop namelijk, de eigendom reeds

het recht toekent tegen derden eene verjaring te stuiten, hij waarschijnlijk de eigendomsoverdracht en niet de verbintenis op het oog heeft; want bij de laatste kan van eene stuiting van de verjaring ten derden nooit sprake zijn, zelfs dan niet, wanneer zij zuiver is aangegaan.

4. Het is gebleken, dat a. 1298 den voorwaardelijken schuldeischer werkelijk het recht geeft, al zulke middelen aan te wenden, als tot bewaring van zijne vordering noodig zijn. Tegenover dit recht staat eene verplichting van den voorwaardelijken schuldenaar, om hem, desgevorderd, die zekerheid te verschaffen.

Waar nu aan de eene kant een recht is, en aan de andere kant eene verplichting, daar bestaat eene rechtsbetrekking, een rechtsband. Art. 1298 leidt dus tot het besluit, dat onze wet tusschen den voorwaardelijken schuldeischer en zijne partij een rechtsband aanneemt. En op welken anderen grond kan zij dit doen, dan op dezen, dat zij door de overeenstemmende wilsverklaringen, ten gevolge waarvan het ontstaan eener verbintenis van eene voorwaarde is afhankelijk gesteld, de partijen reeds terstond in hun wil gebonden acht? — Dit wordt bevestigd door a. 1296, hetwelk deze bepaling bevat: „De voorwaarde wordt gehouden voor vervuld, indien de schuldenaar, die zich onder dezelfde verbonden heeft, de vervulling der voor-

terstond na de overeenkomst, zonder levering, overgaat. Zie a. 1583 C. C. Dat overigens hem, wien voorwaardelijk geleverd is, pend. cond. het recht tot stuiting niet toekomt, zelfs al neemt men eene terugwerking aan, zal later blijken.

waarde heeft vrijdeld." Volgens TOULLIER ¹⁾ is deze bepaling, „une juste application du principe d'équité naturelle, que tout fait quelconque de l'homme, qui cause du dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer (a. 1382 C. C.)." Maar het is duidelijk, dat, waar iemand nog volstrekt geen recht heeft, een ander hem niet benadeelt, door hem geen recht te verschaffen. Onze bepaling moet dus daarop berusten, dat ten gevolge der overeenkomst de een zich verbindt, schuldenaar van den ander te worden, indien een bepaald, *toevallig*, feit plaats grijpt. Verhindert hij derhalve het plaats hebben van dat feit, dan handelt hij tegen de overeenkomst, tegen hetgeen waartoe hij zich verbonden had: de wet straft hem dus, met de voorwaarde voor wel vervuld, en diensvolgens de verbintenis voor geboren, te houden.

Ook wijst nog, naar ons gevoelen, de tweede alinea van a. 1297 op het bestaan van zoodanig een rechtsband. Wij lezen daar wel, dat *mitsdien*, dus ten gevolge van de terugwerking der vervulde voorwaarde, de rechten der schuldeischers vóór die vervulling op hunne erfgenamen overgaan; maar men moet óf met Mr. VAN ASSEN ²⁾ aan een onnauwkeurige schrijfwijze denken, en het woord *mitsdien* doorhalen, óf, wat mij met het oog op

1) T. a. p., n^o 609. Te recht zegt LAROMBIÈRE, dat aan onze bepaling dit beginsel ten gronde ligt, „que l'empêchement apporté à l'accomplissement de la condition constitue une infraction à la loi du contrat." T. a. p., ad a. 1178 n^o 6.

2) Zie Themis, XII. bl. 142.

de gevoerde beraadslagingen aannemelijker toeschijnt, en waarop ik later nog terugkom, hieraan, dat de wetgever voor terugwerking gehouden en aldus genoemd heeft iets wat inderdaad geene terugwerking is. Want hoe kan zelfs eene wet bepalen, dat een recht *overgaat krachtens* een toekomstig feit, dat misschien nooit zal plaats hebben?

Men *moet* dus aannemen, dat de overgang van het voorwaardelijke recht en van de voorwaardelijke verplichting op de erfgenamen der partijen geschiedt krachtens de reeds aangegane overeenkomst, omdat de oorspronkelijke partijen door deze reeds toestond in hun wil zijn gebonden geworden; dat derhalve dit gebonden zijn op hunne erfgenamen overgaat. ¹⁾

1) Te recht zeide derhalve BIGOT-PRÉAMENEU: «Il résulte aussi de la règle suivant laquelle *on contracte pour soi et pour ses héritiers*, que les conditions des actes entre-vifs peuvent s'accomplir après la mort de celui au profit duquel est l'obligation.» C. N. suivi de l'exposé des motifs, V. bl. 29. — Overigens wordt door de meeste schrijvers, in meer of min duidelijke woorden, eene zekere, reeds pend. cond. bestaande, rechtsbetrekking tusschen de partijen aangenomen. DIEPHUIS spreekt van «rechten, wel nog slechts in de verwachting bestaande, maar als zoodanig toch reeds rechten zijnde, die voor overgang vatbaar zijn;» t. a. p. n^o 162; TOULLIER van «un droit éventuel, qui ne peut lui être enlevé sans son consentement, *un droit irrévocable;*» t. a. p. n^o 528; LABOMBIÈRE van «*un droit véritablement acquis;*» t. a. p., ad a. 1180 n^o 8. Verg. MARCADÉ, Explication du Code N., IV. n^o 560; AUBRY ET RAU, Droit civil Fr., III bl. 51 (3^{me} éd.); ZACHARIÄ, Handb. des franz. Civilr., II bl. 231 (4^e Aufl.).

Geeft alzoo, gelijk wij meenen te hebben aangetoond, onze wet duidelijk te kennen, dat zij, hangende de voorwaarde, een rechtsband aanneemt tusschen den schuldeischer en zijne partij, dan kan zij ook de voorwaarde niet beschouwen als een feit, dat ons den toestand *openbaart*, waaraan wij de verbintenis als gevolg vastknoopen. ¹⁾ Zij moet dan de andere beschouwing huldigen, die namelijk, volgens welke men als voorwaarde den toestand zelve stelt, waaraan men dat gevolg wil verbonden hebben.

Is dit het geval, — en eene andere uitkomst is niet mogelijk, — dan volgt hieruit, ²⁾ dat onze wet aan de in a. 1297 uitgesproken terugwerking niet de beteekenis geeft, die alleen haar eigen is, en welke ook de Romeinen haar toekenden; dat zij derhalve, aan de vervulde voorwaarde eene terugwerking toeschrijvende, daarmee niet bedoelt, dat de vervulde voorwaarde ons het vroegere bestaan eener verbintenis aanwijst. — Wat bedoelt zij er dan wel meê? Ziedaar de vraag, tot wier beantwoording wij thans eene poging willen wagen.

1) Zie bl. 106.

2) Bl. 100.

HOOFDSTUK II.

WELKE BETEKENIS HEEFT ART. 1297 AL. 1?

1. Wanneer men zegt, dat een feit terugwerkt, dan verstaat men daaronder dit, dat uit het plaats hebben van dat feit^s blijkt, dat de rechtstoestand, die alsdan in het leven treedt, reeds vroeger voorhanden is geweest. Het recht kan ook aan een bepaald feit zoodanig eene openbarende natuur *leenen*, ofschoon het die inderdaad niet bezit; in dit geval zegt men, dat het *geacht wordt* het vroegere bestaan van een rechtstoestand te openbaren.

In het eerste gedeelte nu van dit proefschrift is aangetoond, dat, tenzij uit de wilsverklaring duidelijk van het tegendeel blijkt, de vervulde voorwaarde het vroegere bestaan eener verbintenis niet aanwijst. Het vorige hoofdstuk zal, hoop ik, de overtuiging hebben gevestigd, dat onze wet haar die openbarende natuur ook niet *leent*, dat dus volgens ons recht de vervulde voorwaarde ook niet *geacht wordt* de vroegere aanwezigheid der verbintenis aan te toonen. Wij trekken hieruit dit besluit, dat, wanneer art. 1297 aan de vervulde voorwaarde eene terugwerking toeschrijft

dit niet geschiedt, *omdat* zij het bestaan hebben eener verbintenis hetzij aantoot of geacht wordt aan te toonen.

Men kan dan vragen, of misschien voor ons recht de terugwerking de beteekenis heeft, die alleen eene letterlijke opvatting van het woord aangeeft, eene opvatting, waarbij geen acht wordt geslagen op hetgeen aan het begrip, dat ons woord uitdrukt, ten grondslag ligt; of dus onze wet bedoelt, dat de vervulde voorwaarde niet alleen voor de toekomst eene verbintenis doet in het leven treden, maar ook voor het verledene, niet *omdat*, maar *niettegenstaande* deze haar vroeger bestaan *niet* aanwijst. Of zij werkelijk die bedoeling heeft, kan slechts daaruit blijken, of zij aanneemt, dat existente conditione de verbintenis inderdaad reeds bestaan heeft van den dag der gesloten overeenkomst. Dit laatste moet men derhalve onderzoeken. — Nu maakt het over het algemeen praktisch geen groot verschil, of men al dan niet aan eene terugwerking gelooft. Bij de behandeling toch van het Romeinsche recht zagen wij reeds, dat vele der *pendente conditione* voorkomende verschijnselen, op zich zelve beschouwd, niet beter uit haar konden verklaard worden, dan, gelijk wij aannamen, uit een tusschen partijen bestaanden rechtsband; het was meer de vraag, aan welke oorzaak het Romeinsche recht ze toeschreef. Alleen de *actio Pauliana*, tot vernieliging van hetgeen *pendente conditione* in *fraudem creditorum* verricht was, meenden wij, in geval *jure Romano* eene terugwerking plaats greep, den voorwaardelijken schuldeischer te moe-

ten weigeren. ¹⁾ Doch daar onze wet een rechtsband tusschen de partijen erkent, zal men hem die actie volgens ons recht moeten toestaan, hoe ook de thans behandelde vraag beslist worde.

Slechts één verschijnsel was er, dat ons voorkwam met de terugwerking onmogelijk te kunnen worden overeengebracht; wij bedoelen de bepaling, dat de objective vereischten alleen tijdens de vervulling der voorwaarde behoeften voorhanden te zijn; ²⁾ zoodat, wanneer men zijne eigene zaak sub conditione stipuleerde, deze stipulatie van kracht was, indien existente conditione de zaak aan een ander toebehoorde; ging daarentegen het voorwerp der voorwaardelijke overeenkomst pendente conditione te niet, dan kwam er tusschen de partijen nooit eene verbintenis tot stand. Welke beslissing bevat nu onze wet hieromtrent? Zij spreekt alleen over het laatste punt, en wel in a. 1300 al. 1 en 2, waar wij het volgende lezen: „Indien de verbindtenis van eene opschortende voorwaarde afhangt, blijft de zaak, die het onderwerp der verbindtenis uitmaakt, voor rekening van den schuldenaar, die slechts verbonden is om dezelve te leveren, wanneer de voorwaarde vervuld is. — Indien de zaak geheel en al verloren is gegaan buiten toedoen van den schuldenaar, blijft er noch van de eene noch van de andere zijde eenige verbindtenis bestaan.” Hare beslissing stemt dus overeen met die van het Romeinsche recht, terwijl zij, indien onze wet inderdaad

1) Bl. 39.

2) Bl. 67 vlgg.

eene terugwerking aannam, daarvan verschillen moest. De zaak, die het voorwerp der verbintenis uitmaakt, zou dan, bij verbintenissen om te geven althans, dus bij koop en verkoop, existente conditione, van den dag der overeenkomst voor rekening van den schuldeischer moeten geweest zijn, zoodat, indien zij hangende de voorwaarde te niet was gegaan, wel de verkooper, maar niet de kooper, van zijne verplichting zou bevrijd zijn geworden. 1)

Marcadé zegt wel: „*puisque, tant que la condition est en suspens, le créancier n'a pas encore la propriété de l'objet, mais seulement l'espérance de l'avoir, il s'ensuit donc que si cet objet périt, il périt pour le débiteur, qui en est encore le propriétaire.*” Maar hij ziet over het hoofd, dat — hij heeft namelijk op het koopcontract het oog, waardoor volgens den Code de eigendom terstond overging, — hij ziet, zeg ik, over het hoofd, dat juist ten gevolge der terugwerking, existente conditione, niet de schuldenaar, maar de schuldeischer van het oogenblik der overeenkomst eigenaar van het voorwerp is geweest. En wanneer hij aldus voortgaat: „*Et la condition s'accomplirait en vain après la destruction de la chose; puisque alors l'obligation du débiteur de cette chose, du vendeur, par exemple, ne peut plus naître faute d'objet, et que, par suite,*

1) Wanneer derhalve Niebuus zegt, dat het na den volkomen ondergang der zaak niets meer zou baten, al werd de voorwaarde vervuld, dan verliest hij het koopcontract, zeker niet een der minst gewichtigen, uit het oog. Zie het N. B. Regt, t. a. p. n^o 170.

celle de l'acheteur ne peut plus naître faute de cause;" 1) dan vergeet hij m. i., dat a. 1179 C. C. niet bepaalt, dat, *als* na de vervulling der voorwaarde de verbintenis *geboren is*, zij tevens reeds vroeger bestaan heeft, maar dat, indien de voorwaarde vervuld wordt, de verbintenis op het tijdstip der overeenkomst in het leven is getreden; het artikel schrijft niet aan het ontstaan der verbintenis, maar aan de *vervulde voorwaarde* eene terugwerking toe. Daar derhalve op het oogenblik, dat de verbintenis ontstaat, ook haar voorwerp aanwezig is, zoo moet ook, bij verbintenissen om te geven, in geval van terugwerking, de schuldeischer en niet de schuldenaar het gevaar van den ondergang der zaak dragen. — Overigens hebben wij reeds vroeger van de verschillende wijzen gesproken, waarop men de, met ons a. 1300 eensluidende, bepaling van het Romeinsche recht met de terugwerking in overeenstemming poogde te brengen, 2) van welke pogingen wij tevens het vergeefsche trachten aan te toonen. Thans behoeven wij er derhalve niet op terug te komen.

Ook wil ik niet wijzen op de twee laatste alinea's van a. 1300. Want ofschoon de daarin vervatte bepalingen, gelijk door de meesten erkend

1) MARGADÉ, t. a. p. V. n° 562. LAROMBIÈRE erkent, dat de bepaling van a. 1182 C. C. niet is te rijmen met de terugwerking der vervulde voorwaarde: «C'est une véritable exception aux effets rétroactifs des conditions accomplies.» T. a. p., ad a. 1182 n° 1.

2) Bl. 67 vlgg.

wordt, blijkbaar met de terugwerking strijden, ¹⁾ zoo zijn zij in die mate exceptioneel, en missen zoozeer allen grond, dat men er onmogelijk eenig besluit uit trekken kan ten opzichte der beschouwing, die onze wet over de werking der voorwaarde aankleeft. — De opmerking, die ik maken wil, is deze, dat dáár, waar het een verschil, en wel een belangrijk verschil, zou maken, of de voorwaarde al dan niet terugwerkt, dat onze wet juist dáár *geene* terugwerking aanneemt, zelfs niet in den zuiver letterlijken zin van het woord.

Ik geloof, dat wij alzoo tot het besluit mogen komen, dat onze wet aan de vervulde voorwaarde inderdaad niet eene terugwerking toekent, en dat zij derhalve, in a. 1297, met dat woord eene gansch andere werking aanduidt. Dit zal vooral

1) Door de meeste schrijvers wordt alleen de 3^e alinea afgekeurd; doch ik geloof, dat de laatste daar evenzeer grond toe geeft. Want indien zelfs de zuivere schuldeischer, in het daar vermelde geval, slechts gerechtigd is schâvergoeding te eischen, waarom zal men dan den voorwaardelijken het recht toekennen, de vernietiging der verbintenis te vorderen? Door DIEPHEUS wordt de bepaling der 3^e alinea verdedigd, t. a. p. n^o 173. Zij is, volgens dien geleerde, „geheel in overeenstemming met die van het eerste lid; want ofschoon hier het onderwerp der verbindtenis niet geheel ontbreekt, en de zaak, zoo als zij is gebleven, zeer goed het onderwerp eener overeenkomst zijn kan, is zij echter niet meer dezelfde zaak, die oorspronkelijk het onderwerp der voorwaardelijke verbindtenis was.” Maar als de vermindering der zaak hetzelfde is als haar ondergang, waarom heeft zij dan niet, even als deze, volgens a. 1300 al. 2, *altijd* het niet ontstaan der verbintenis ten gevolge, onverschillig of de schuldeischer het al dan niet wil?

blijken, wanneer wij de geschiedenis van ons artikel nagaan.

2. Ons artikel is namelijk eene vertaling van a. 1179 C. C., hetwelk aldus luidt: „La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté.” ¹⁾ Nu is het bekend, dat de zamenstellers van den Code vooral uit POTHIER geput hebben. Bij dezen nu vinden wij denzelfden regel met eenige van zijne gevolgen: „Cet accomplissement de la condition a un effet rétroactif au temps que l'engagement a été contracté; et le droit, qui résulte de l'engagement, est censé avoir été acquis à celui envers qui il a été contracté, dès le temps du contrat; l. 18, l. 144 § 1 D. de R. J. 50 17.” ²⁾ Tot de gevolgen van dien regel rekent hij den, pendente conditione plaats hebbenden, overgang van het recht des schuldeischers op zijne erfgenamen, en den voorrang, dien de schuldeischer op het hem pendente conditione gegeven pand boven anderen heeft. — Blijkens het beroep op de Digesten, grondde POTHIER zijne uitspraak op het Romeinsche recht. Hij meende, — eene meening trouwens, die reeds toen door velen gedeeld werd en ook nu nog wordt, — dat jure Romano de opgenoemde verschijnselen een

1) Ten bewijze, dat de wetgever zich, vooral bij de leer der verbintenissen, aan den Code, en dus middellijk aan het Romeinsche recht, gehouden heeft, strekken de woorden van NICOLAÏ, meêgedeeld door VOORDUIN, Gesch. der Ned. Wetb., V. bl. 13; en de vraag, door eenige afdeelingen naar aanleiding van a. 1292 gedaan: „waarom a. 1174 C. C. niet letterlijk was opgenomen?” T. a. p., bl. 28.

2) Traité des obligations, n^o 220 vlgg.

gevolg waren van de terugwerking der vervulde voorwaarde. Het is echter gebleken, dat die meening allen steun mist, en dat hetgeen men terugwerking noemde, niets anders was dan eene werking der aangegane overeenkomst. POTHIER heeft derhalve aan deze werking een verkeerden naam gegeven, en verschillende verschijnselen aan eene oorzaak toegeschreven, die zij werkelijk niet hadden en niet hebben konden.

Dat van ons artikel hetzelfde mag gezegd worden, zou reeds volgen uit hetgeen omtrent zijn oorsprong is meêgedeeld; maar het blijkt nog buitendien uit de bepaling zijner tweede alinea. Wij hebben reeds vroeger aangetoond, dat de *pendente conditione* plaats hebbende overgang van het recht des schuldeischers op zijn erfgenaam uit de terugwerking der vervulde voorwaarde niet te verklaren is; en toch wordt in ons artikel gezegd, dat die overgang geschiedt „mitsdien,” dus ten gevolge der terugwerking: een bewijs, naar mij voorkomt, dat ook onze wet, even als POTHIER, voor eene terugwerking der vervulde voorwaarde heeft aangezien, wat inderdaad eene gewone werking der overeenkomst was.

Daar het nu gebleken is, dat men, door art. 1297 al. 1 in den zin op te vatten, dien het woord *terugwerking* eischt, tot eene uitkomst geraakt, strijdig met hetgeen de wet zelve overal elders van de werking der voorwaarde leert, zoo meen ik, dat men aan dat artikel slechts de beteekenis kan toekennen, die ons de geschiedenis aan de hand geeft, d. i. derhalve deze, dat het eene verklaring bevat, en wel eene onjuiste verklaring, van die

verschijnselen, welke pendente conditione voorkomen, en die in de aangegane overeenkomst en den daaruit tusschen partijen voortgesproten rechtsband hun waren grond hebben. 1).

Hieruit vloeit dit besluit voort, dat men uit ons artikel niet zoodanige gevolgtrekkingen mag maken, als waartoe men gerechtigd zou zijn, indien het in den eigenlijken zin des woords eene terugwerking voorschreef; zoodat, korter uitgedrukt, onze conclusie hierop neêrkomt, dat men a. 1297 al. 1 voor *niet geschreven* moet houden.

1) Dezelfde opvatting der terugwerking komt duidelijk uit in het ontwerp van 1820: „Art. 2229. Het aanwezig zijn der voorwaarde geeft aan de opgeschorte verplichting eene terugwerkende kracht, en wordt dus in dat geval het regt, op die verplichting gegrond, gerekend reeds op het oogenblik van het ontstaan der conditionele verplichting verkregen te zijn, *zoodat* niet alleen bij het vervuld worden der voorwaarde, ook na het overlijden van den voorwaardelijk gerechtigde, zijne erfgenamen het regt van vordering, uit de voorwaardelijke verplichting spruitende, kunnen doen gelden, maar ook de preferentie, het hypotheccair regt, of de concurrentie van de voorwaardelijke schuld in dier voege moet beoordeeld worden, alsof de schuld dadelijk zuiver en onvoorwaardelijk bestaan had.”

BESLUIT.

Tot welke gevolgen leidt de conclusie, die in het vorige hoofdstuk is meêgedeeeld? deze vraag wenschen wij nog kortelijk te behandelen. — Wat de voorwaardelijke verbintenissen aangaat, kan men zeggen, dat die gevolgen van weinig belang zijn. Er is wel beweerd, ¹⁾ dat, indien de vervulde voorwaarde eene terugwerking uitoefende, existente conditione, met de verschuldigde zaak ook hare van den dag der overeenkomst getrokken vruchten door den schuldenaar zouden geleverd moeten worden; waaruit dan zou volgen, dat deze, bij gebreke eener terugwerkende kracht, daar niet toe verplicht was; — en verder, dat de verjaring der schuld in het eerste geval met het tijdstip der gesloten overeenkomst, in het laatste geval daarentegen met dat der vervulde voorwaarde zou moeten aanvangen, zoodat de bepaling van a. 2027 al. 1. alleen met de door ons genomen conclusie zou rijmen: maar beide deze beweringen

1) Zie OPZOOMER, t. a. p. ad a. 1297, II. bl. 34; DIEP-HUIS, t. a. p. n^o 176 en de daar aangehaalde schrijvers. Vgl. Regtsgel. Adviezen, 6^e Verzameling, bl. 99.

zijn m. i. ongegrond. Want, wat het laatste punt betreft, de bepaling van a. 2027 berust, gelijk met de meeste daar voorkomende bepalingen het geval is, op den regel: „*contra agere non valentem non currit praescriptio.*” Hetzij men nu al of niet eene terugwerking der vervulde voorwaarde aanneemt, dit zal men moeten toestemmen, dat de schuld-eischer vóór dien tijd zijne vordering niet zal *kunnen* instellen, dat hij derhalve, zoolang de voorwaarde zwevende is, tot de *agere non valentes* behoort. Zoo bewijst ons artikel noch voor noch tegen de terugwerking. — En wat het eerste punt aangaat, met recht heeft, meen ik, Prof. GOUDSMIT opgemerkt, ¹⁾ dat er geen algemeene rechtsregel bestaat, krachtens welken, *zelfs dan wanneer de schuld vervallen is*, de schuldenaar, die niet in mora is, tot teruggave van genoten vruchten verplicht zou zijn. Hij is slechts verbonden, de *zaak* te leveren; vraagt dus zijne partij de vervulling der verbintenis, dan wordt daaraan door de enkele levering der zaak volkomen voldaan. Met welk recht zou ook de laatste nog de teruggave der genoten vruchten kunnen eischen? Dezen behooren immers den eigenaar der zaak toe, en

1) Pand. Syst., I. bl. 140 n. 2. Zie ook WÄCHTER, Würtemb. Privatr., II. bl. 708. Art. 2226 van het ontwerp van 1820 bevat de volgende juiste bepaling: „Vruchten van de zaak, die het onderwerp der verpligting uitmaakt, kunnen niet gevorderd worden, dan van het oogenblik af, waarop de verpligting tot voldoening der schuld door het vervuld zijn der voorwaarde dadelijk aanwezig is, tenzij het tegendeel duidelijk blijken mogt de bedoeling des wetgevers of der overeenkomende partijen geweest te zijn.”

vóórdat de levering heeft plaats gehad, is de schuldeischer geen eigenaar daarvan. Men brenge hiertegen niet in het midden, dat volgens deze redeneering de schuldeischer zelfs geen recht zou hebben op de vruchten, die na de in gebreke stelling zijner partij ontstaan waren. Want deze vruchten behooren tot de winst, die hij heeft moeten derven, en die hem alzoo volgens a. 1282 vergoed moeten worden. Wat nu van den zuivoren schuldeischer geldt, zal ook wel op den voorwaardelijken van toepassing zijn; zoodat het ook in dit opzicht geen verschil zal maken, of men bij de voorwaardelijke verbintenis al dan niet eene terugwerking aanneemt.

Slechts één punt is er, waarin dit wel het geval zal zijn. Indien namelijk onze conclusie juist is, dan zal men de voorwaardelijke, Romeinsch-rechtelijke, stipulatie der eigene zaak ook volgens ons recht voor geoorloofd moeten houden, zoodat men zijne eigene zaak onder eene voorwaarde zal kunnen koopen; terwijl, indien onze wet werkelijk eene terugwerking voorschrijft, de beslissing anders moet uitvallen. ¹⁾

Zijn alzoo de gevolgen, die onmiddelijk uit onze verklaring van a. 1297 voortvloeien, van geringe beteekenis, van grooter belang zijn die, welke meer middellijk uit haar ontstaan. Wanneer toch ons recht aan de vervulde voorwaarde bij verbintenissen geene terugwerking toekent, dan zal het die haar evenmin toekennen, wanneer onder eene voorwaarde eigendom is overgedragen. Want er bestaat geene

1) Bl. 67 vlgg.

reden, waarom niet in het laatste geval hetzelfde zou gelden als in het eerste; de wet bevat er geene bijzondere bepalingen over, en de voorwaarde zelve heeft bij de eigendomsoverdracht geene andere beteekenis dan bij de verbintenis. Wordt nu degene, wien voorwaardelijk eene zaak geleverd is, eerst eigenaar van het oogenblik der vervulde voorwaarde, dan volgt hieruit: 1°. dat ook de vruchten, die van den dag der levering tot aan de vervulling der voorwaarde van de zaak genoten zijn, zijn eigendom niet worden, terwijl dit, in geval van terugwerking, wel zou geschieden; en 2°. dat de usucapio begint te loopen van den dag, waarop de voorwaarde vervuld is, terwijl, in geval van terugwerking, het tijdstip der levering haar aanvangstermijn zou moeten zijn.

Het is onnoodig over deze gevolgen uit te weiden. Ik wil slechts eene bedenking afsnijden, die misschien tegen het laatste gevolg zou kunnen geopperd worden.

Men zal zeggen: erlangt de voorwaardelijk gerechtigde het bezit ad usucapiendum eerst van den dag af, waarop de voorwaarde vervuld is, dan heeft hij ook niet de bevoegdheid, pendente conditione, de verjaring van hem te stuiten, wien de voorwaardelijk verplichte den hem nog ten volle toekomstenden eigendom der zaak heeft overgedragen. Komt dus de voorwaarde in vervulling, nadat de usucapio van dien derde voleindigd is, dan heeft de laatste den eigendom der zaak onherroepelijk verkregen, terwijl de voorwaardelijk gerechtigde hem even onherroepelijk verloren

heeft. — Ik antwoord hierop het volgende: al geeft men toe, dat de voorwaardelijk gerechtigde, existente conditione, het bezit ad usucapiendum gehad heeft van den dag der levering, dan nog kan men hem niet de bevoegdheid toekennen, hangende de voorwaarde, de usucapio van derden te stuiten. Gedurende dien tijd kan hij, volgens a. 1298, slechts alle middelen in het werk stellen, die tot bewaring van zijn recht dienen; nu is stuiting van de usucapio geen middel tot bewaring, maar *uitoefening* van een recht, en wel van het eigendomsrecht. Hoe zal hij ook kunnen stuiten? Volgens a. 2016 wordt de usucapio gestuit door aanmaning, dagvaarding en elke daad van rechtsvervolging. Daarop komt het dus altijd neêr, dat hij een eigendomsproces zal moeten instellen, een proces, waarin hij onmogelijk winner zal kunnen zijn, omdat alleen de vervulling der voorwaarde, dus eene toekomstige en onzekere gebeurtenis, kan uitwijzen, of hij eigenaar was.

Maar het is ook niet noodig, hem, tot verzeke-
ring van zijn eventueel recht, die bevoegdheid tot
stuiting toe te kennen. Want reeds vroeger wezen
wij er op, ¹⁾ dat door de voorwaardelijke eigen-
domsoverdracht de zaak zelve, die er het voor-
werp van is, aangedaan wordt; dat het, als het
ware, hare eigenschap wordt, wanneer deze of
gene gebeurtenis plaats grijpt, in den eigendom
van een ander over te gaan, en wel in dien
toestand, waarin zij nu, tijdens de traditio, zich
bevindt. Is dus, hangende de voorwaarde, de

1) Bl. 88 vlgg.

eigendom der zaak aan een ander overgedragen, dan erlangt deze terstond het bezit ad usucapiendum, maar van eene zaak, waaraan het karakter eigen is, onder bepaalde omstandigheden in eens anders eigendom over te gaan, zoodat hij, de usucapio voleindigd hebbende, wel eigenaar wordt, maar ook weêr van eene zaak, die datzelfde karakter nog steeds heeft behouden. Het gevolg hiervan is, dat, wanneer de voorwaarde daarna vervuld wordt, de zaak van zelf, ipso jure, in den eigendom van den voorwaardelijk gerechtigde overgaat. — Vraagt men, of zoodanig een toestand der zaak, dien wij vroeger, op het voorbeeld van *FITTING*, gemakshalve „Gebundenheid der Sache” noemden, ook door onze wet erkend wordt, dan wijzen wij op a. 1215. De bepaling van dit artikel kan zoowel uit de terugwerking der voorwaarde verklaard worden, als uit de erkenning van den hierboven aangeduiden toestand der zaak; nu wij echter aannemen, dat de voorwaarde niet terugwerkt, moeten wij het ook op de laatste wijze verklaren; vooral, omdat die verklaring m. i. meer met de woorden van het artikel is overeen te brengen, dan de andere. ¹⁾

1) In den aanhef van a. 1215 lezen wij: „Zij die op een onroerend goed slechts een zoodanig recht hebben, hetwelk door eene voorwaarde is opgeschort, — kunnen geene hypotheek toestaan, dan die aan dezelfde voorwaarde onderworpen is.” Dit is niet in strijd met hetgeen wij boven, bl. 81 vlgg., schreven. In het daar behandelde geval heeft de begiftigde echtgenoot, op het oogenblik dat zij over de geleverde zaak beschikt, nog volstrekt geen recht tegen den schenker, omdat deze

Hiermede eindigen wij dit proefschrift. Mocht iemand meenen, dat het aantal praktische resultaten in geene gunstige verhouding staat tot het aantal bladzijden, wij stemmen het hem volkomen toe. Doch kan men de waarheid niet betwisten van hetgeen FITTING zegt: „Wie überhaupt Körper und Geist, Begriff und Anwendung in innigster Wechselbeziehung stehen, so wird der *Mangel richtiger Einsicht* auch auf das Rechtsleben nicht ohne nachtheiligen Einfluss bleiben;” 1) dan zal men de poging, om, zelfs zonder op praktische resultaten te letten, alleen tot een *beter inzicht* te geraken in het wezen der voorwaarde en van hare werking, niet geheel nutteloos mogen noemen. — Of deze proeve daartoe bijdragen zal: hierover staat het oordeel aan anderen.

naar willekeur zijne gift kan herroepen. In het geval van a. 1215 daarentegen heeft hij, wien de zaak voorwaardelijk geleverd is, wel reeds eenig recht. Zie bl. 42 n. 1.

1) Begriff der Rückz., bl. 119.

STELLINGEN.

I.

Non est probanda eorum sententia, qui putant, quod metus causa actum est, per se nullum esse.

II.

Conditio in praesens vel praeteritum collata vera conditio est.

III.

Cui res pignori data est, quamvis alii in eodem pignore illo potiores sint, rem illam vendere potest.

IV.

Quod ULPIANUS in l. 13 § 11 D. locati (19. 2) dicit: „Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata,” sic accipiendum est, ut locatore potior sit cui interim idem pignus datum est.

V.

Indien eene verbintenis onder eene opschortende voorwaarde is aangegaan, en de zaak, die het voorwerp dier verbintenis uitmaakt, hangende de voorwaarde vruchten heeft opgeleverd, dan heeft, bij de vervulling der voorwaarde, de schuldeischer geene aanspraak op deze vruchten.

VI.

Hij, wien de eigendom eener zaak onder eene opschortende voorwaarde is overgedragen, kan, hangende de voorwaarde, de verjaring dier zaak door derden niet stuiten.

VII.

De hypotheek, verleend voor een geopend crediet, heeft voorrang boven eene latere, voor eene bestaande schuld ingeschreven, hypotheek, ook wanneer deze is ingeschreven vóórdat van het crediet gebruik is gemaakt.

VIII.

De rechtsvordering van art. 619 B. W. kan door elken houder worden ingesteld.

IX.

De rechtsvordering van art. 881 B. W. strekt niet tot verkrijging van een enkel stuk goed der nalatenschap.

X.

Art. 2030 B. W. is ook dan van toepassing, wanneer de nieuwe wet de onverjaarbaarheid eener zaak bepaalt.

XI.

De ontbonden vennootschap van koophandel kan failliet worden verklaard.

XII.

Door het faillissement van den betrokkene worden wissels onvatbaar voor endossement.

XIII.

Er heeft vergelijking plaats van door faillissement opeischbaar geworden schuld.

XIV.

Volgens art. 360 W. v. B. Rv. is het beroep in revisie niet toegelaten in persoonlijke rechtsvorderingen, waarin de Staat als gedaagde wordt aangesproken, en die in hoofdsom vier honderd gulden niet te boven gaan.

XV.

Koop en verkoop van eens anders goed valt niet in de termen van art. 379 W. v. S.

XVI.

Bij de bestraffing van zamenloop van misdrijven verdient het beginsel van verzwaring der straf aanbeveling boven dat van opeenstapeling of verhooging.

XVII.

Het kiesstelsel van THOMAS HARE verdient boven het onze de voorkeur.

XVIII.

Het lidmaatschap der Staten-Generaal vangt aan met den dag, waarop de gekozene zijne benoeming heeft aangenomen.

XIX.

Het is wenschelijk, dat ook aan de Eerste Kamer der Staten-Generaal het recht van amendement toegekend worde.

XX.

Te recht zegt WALEY: „A strike for a rise of wages or reduction in the hours of labour, if made when the condition of the trade renders such a demand reasonable, if not resorted to until peaceable means have failed, if carried on without violence or intimidation, is not necessarily to be condemned on economical or other grounds.” Journal of the Stat. Society of London, March 1867, bl. 20.

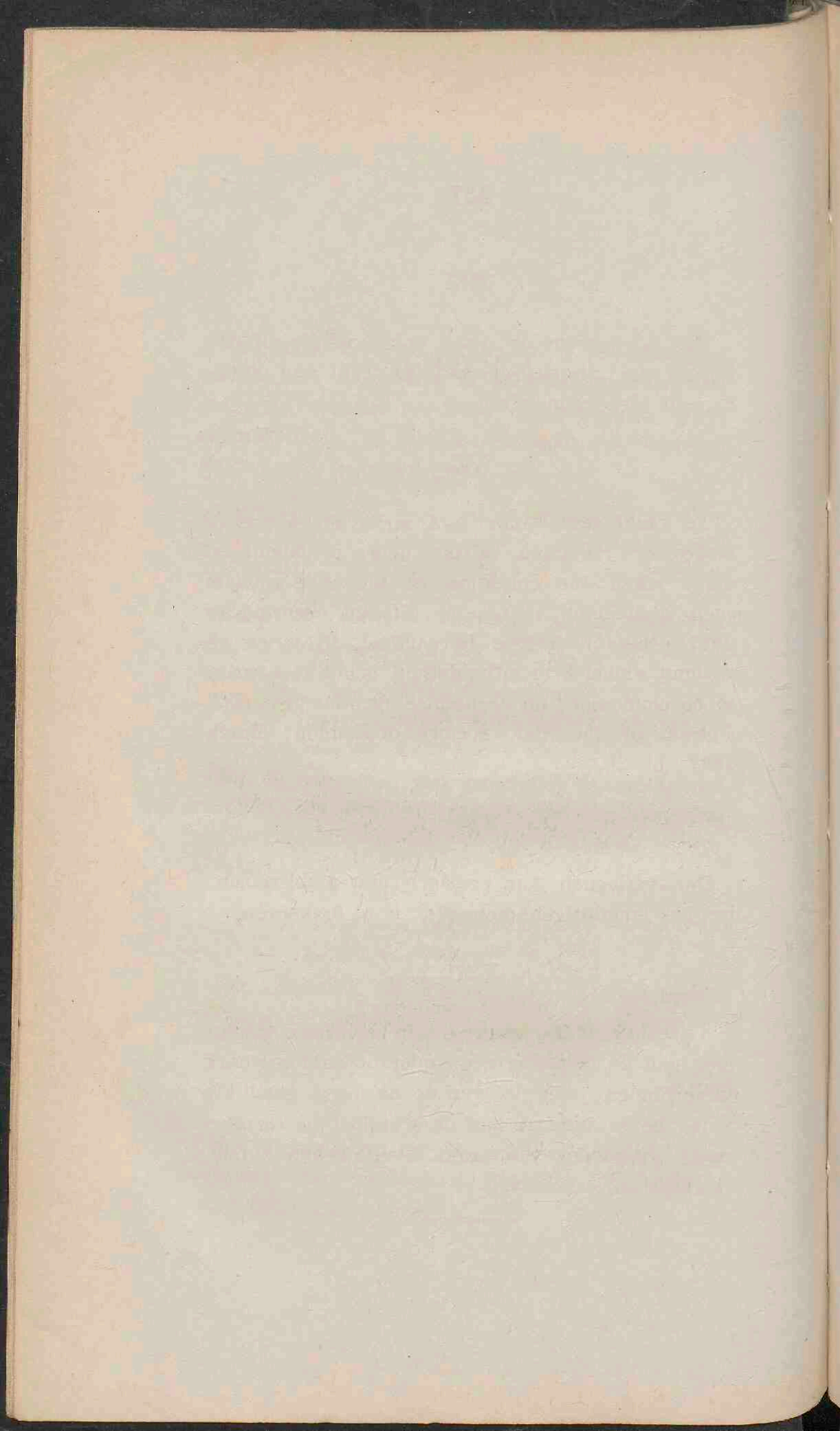
XXI.

Het verleenen van pensioen aan ambtenaren, wegens langdurigen dienstdijd, is af te keuren.

XXII.

Te recht zegt Mr. VISSERING: „In geen geval trachte men aan de belasting een ander bepaald oogmerk te verbinden, dan dat van op de meest geschikte wijze eene inkomst aan de schatkist te verzeeren.” Handboek van prakt. Staathuishoudkunde, II bl. 94.





INHOUD.

INLEIDING. bladz. 1.

EERSTE GEDEELTE. ROMEINSCH RECHT.

HOOFDSTUK I. Wezen der terugwerking. " 5.

" II. Oefent, volgens haren aard, de voorwaarde eene terugwerking uit? " 17.

" III. Bewijzen, welke voor de terugwerking der voorwaarde worden aangevoerd. " 34.

" IV. Bewijzen tegen de terugwerking der voorwaarde. " 67.

BESLUIT. " 94.

TWEDE GEDEELTE. NEDERLANDSCH RECHT.

HOOFDSTUK I. Moet de terugwerking, waarvan art. 1297 B. W. spreekt, in den zin opgevat worden, dien het Romeinsche recht er aan toekent? " 99.

" II. Welke beteekenis heeft art. 1297 al. 1? " 117.

BESLUIT. " 126.

1820970

DRUKFOUTEN.

Bl.	reg.	13 v. b.	staat:	ter	lees:	der.	
"	39	"	2 v. o.	"	manumissie. 1)	"	manumissie. 2)
"	44	"	8 v. b.	"	SCHÖNEMANN'S	"	SCHÖNEMANN'S.
"	46	"	3 " "	"	acceptitalio	"	acceptilatio.
"	52	"	17 " "	"	effcere	"	efficere.
"	64	"	8 " "	"	kan.	"	kan. 1)
"	110	"	15 " "	"	hijpotheek	"	hypothreek.
"	111	"	10 " "	"	faillissementsproces	"	faillissementsproces.
"	113	"	5 " "	"	ten	"	tegen.