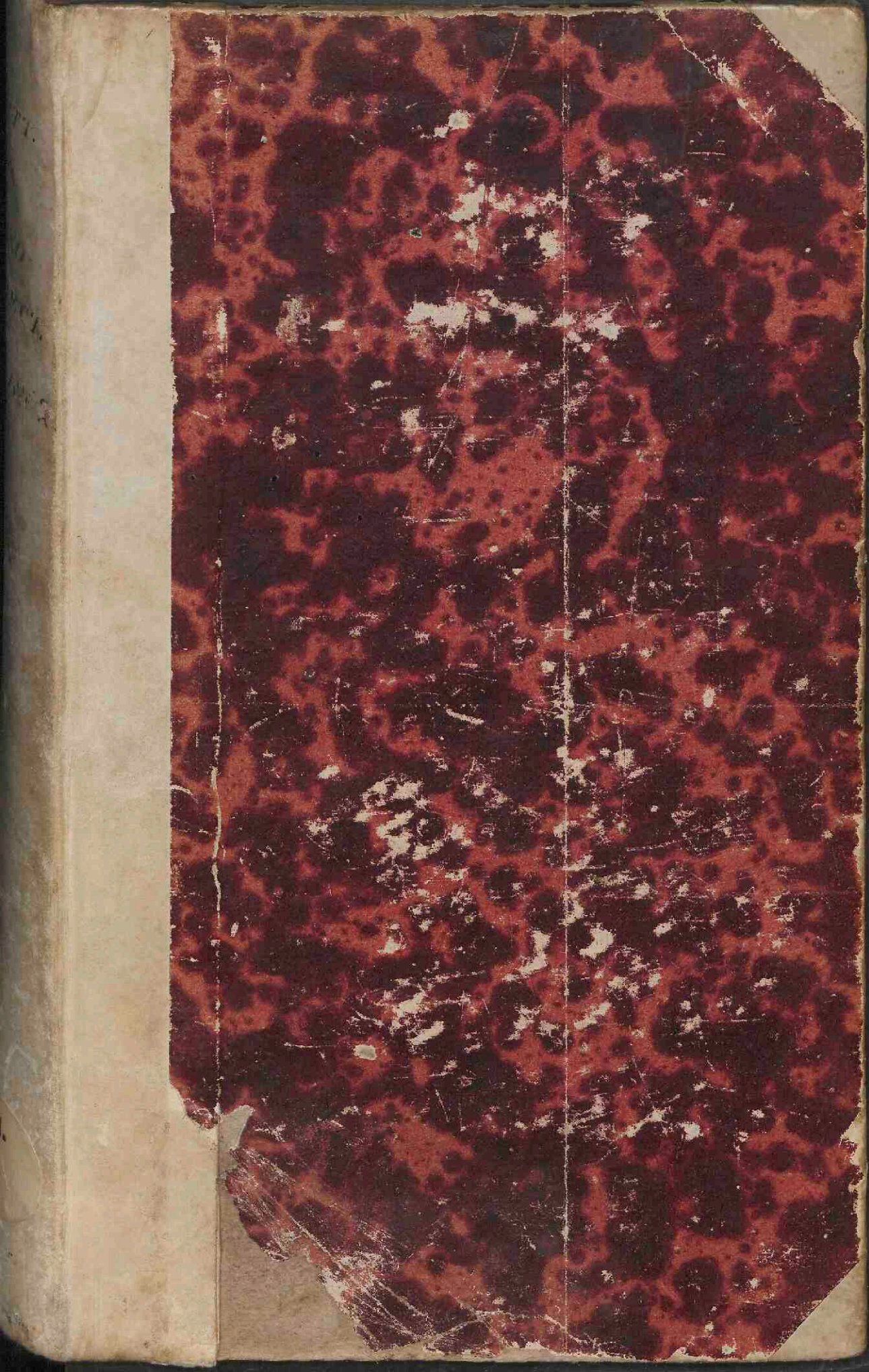




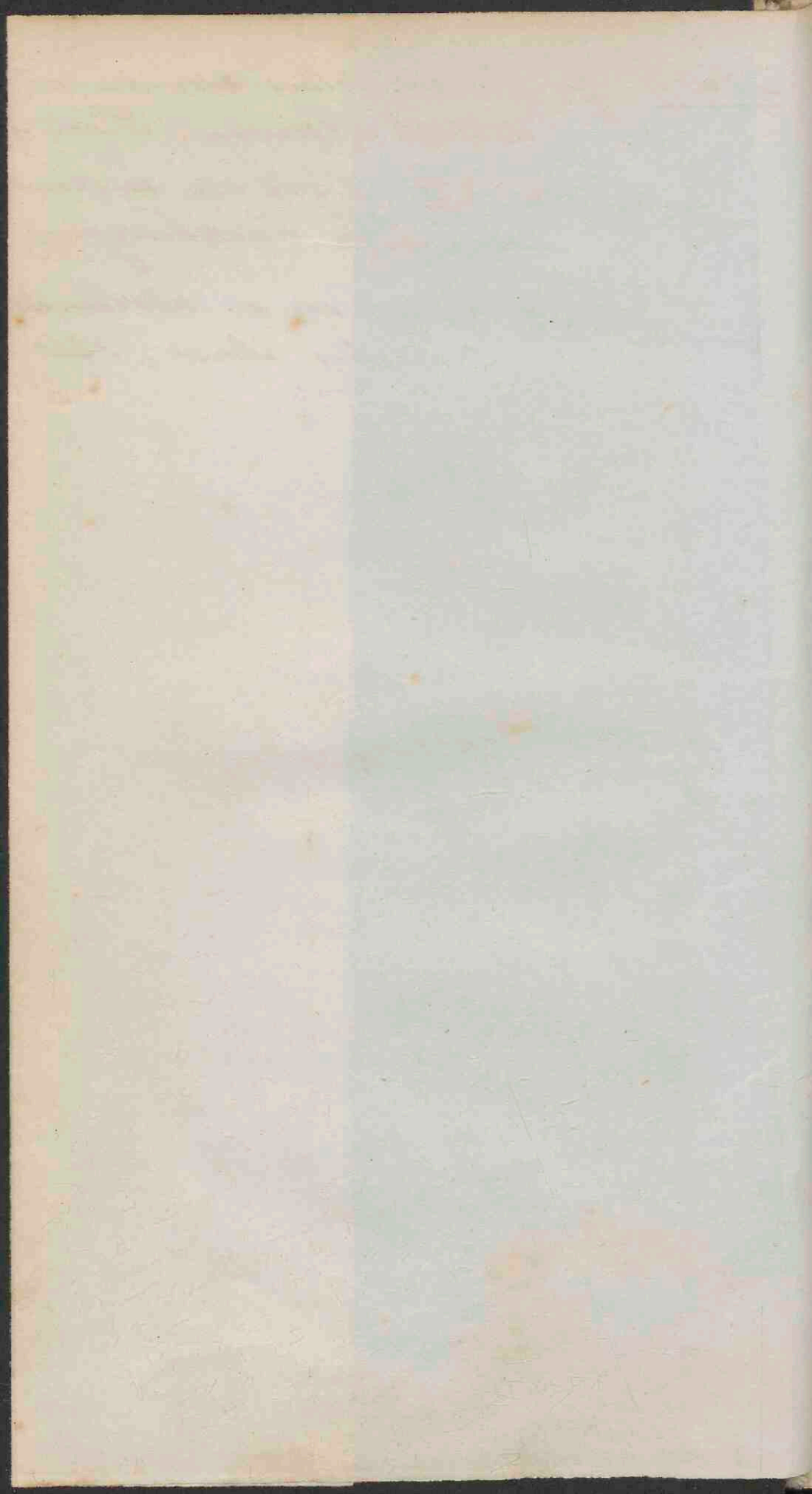
Verhandeling over de uitvoerders van uiterste willen

<https://hdl.handle.net/1874/300223>



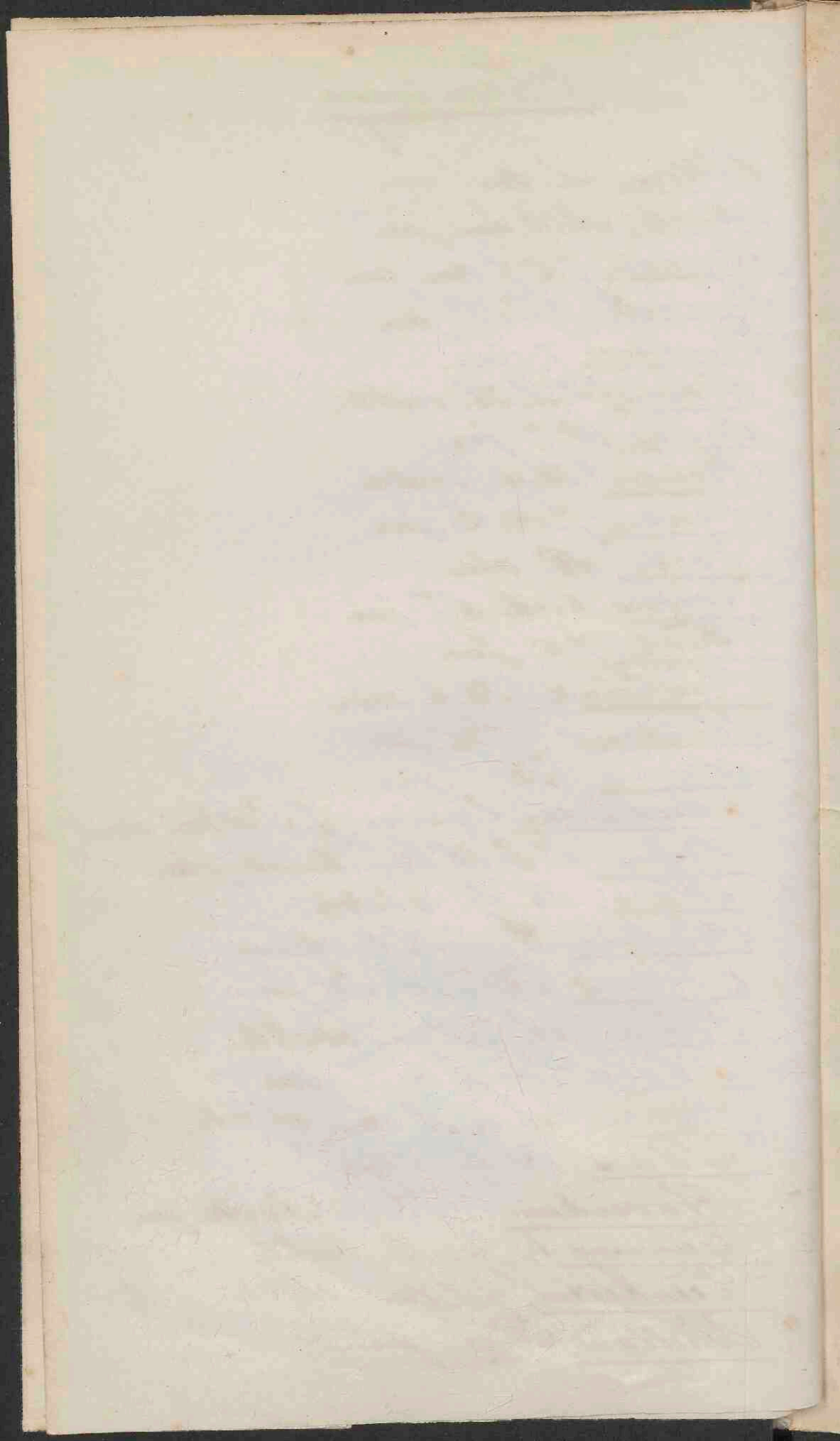
Misc. doctr.
Qu. n^o 192

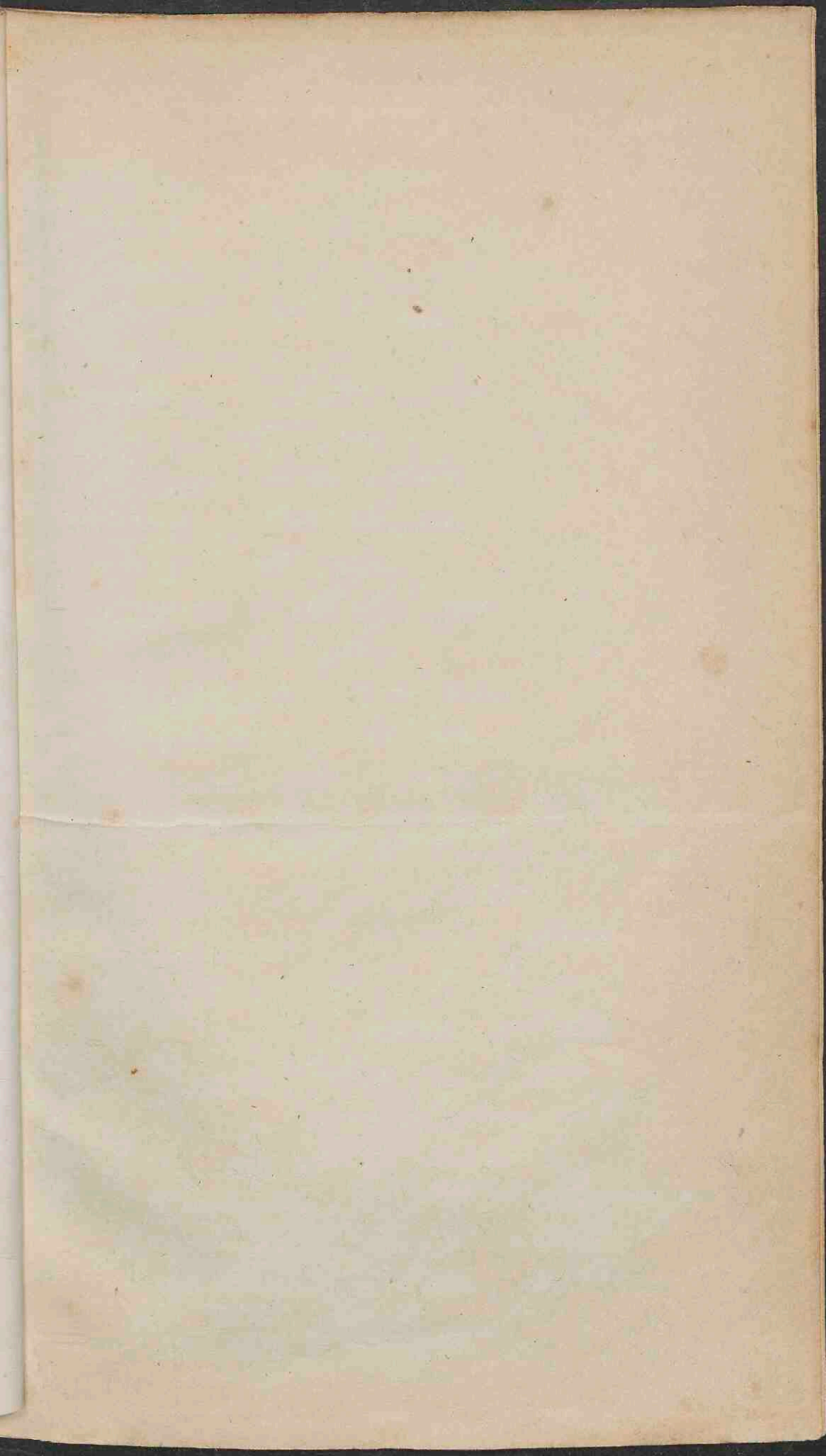
1. Kolff, G. Verhandeling over de uitvoorders van
uiterste Willen. Tiel, 1862.
2. Rütke, J. Th. Over den invloed van den nervus
vagus op de hartsbeveging. Amst., 1862.
3. Levit, R. Th. Over de alvleschtklier en hare
gerigting. Amst., 1862.



Theses inaug.

1. Citters, L. van. jur.
2. Marli, A. B. van. jur.
3. Rappard, J. C. J. van. jur.
4. Kijmmell, J. H. jur.
5. Heugligers, J. jur.
6. Greens, P. A. H. obstetr.
7. Engels, W. J. jur.
8. Brieder, H. de. obstetr.
9. Meesters, J. A. E. jur.
10. Tobbe, H. chir.
11. Bergers, C. M. A. J. jur.
12. Tack, J. C. jur.
13. Hesfelinks, H. G. chir.
14. Vanhout, J. H. jur.
15. Oyens, H. jur.
16. Mlieden van Domeer, J. P. A. van der. jur.
17. Ketjen, J. G. H. B. Bartimus. jur.
18. Maes, H. G. obstetr.
19. Hoffmanns, J. H. A. obstetr. chirurg.
20. Collaes, H. D. E. H. jur.
21. Wilde, A. J. P. de. obstetr.
22. Hoets, G. A. van. jur.
23. Roojen, A. H. A. van. obstetr.
24. Maes, H. G. chir.
25. Haverkamp, J. G. F. Roose. jur.
26. Gunning, G. de. obstetr.
27. Vienhoven, G. P. van. obstetr.
28. Hallard, J. A. jur.





5

VERHANDELING
OVER DE
UITVOERDERS VAN UITERSTE WILLEN.

PROFESSOR ADOLPH WAGNER

LEHRBUCH DER ARITHMETIK

NEUNTE AUFLAGE

VON ADOLPH WAGNER

LEHRER AM KÖNIGLICHEN POLYTECHNISCHEM INSTITUT IN DUISBURG

VERLAG VON WILHELM BRUNNEN, STRASBURG

1893

ALLE RECHTRESERVEN SIND BEWAHRT

DRUCK VON WILHELM BRUNNEN, STRASBURG

1893

ALLE RECHTRESERVEN SIND BEWAHRT



SPECIMEN JURIDICUM INAUGURALE
DE
EXECUTORIBUS TESTAMENTARIIS,

QUOD,

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI

JACOBI ADOLPHI CAROLI ROVERS,

PHIL. THEOR. MAG. LITT. HUM. ET JUR. ROM. ET MOD. DOCT. IN FAC. LITTERARIA PROF. ORD.,

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU

ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,

Pro Gradu Doctoratus,

SUMMISQUE

IN JURE ROMANO ET HODIERNO HONORIBUS AC PRIVILEGIIS

IN ACADEMIA RHENO-TRAJECTINA,

RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,

ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

GUALTHERUS KOLFF,

e pago Deil (provincia Gelriae.)

A. D. VII M. MARTII, A. MDCCCLXII, HORA III.



TIELAE,
APUD A. VAN LOON.

MDCCCLXII.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY



VERHANDELING
OVER DE
UITVOERDERS VAN UITERSTE WILLEN,

DOOR

G. KOLFF.

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

Doctor in de beide Regten

AAN

DE UTRECHTSCH E HOOGESCHOOL.

TE VERDEDIGEN OP VRIJDAG DEN 7^{den} MAART 1862, DES
NAMIDDAGS TEN 3 URE.

TIEL.
A. VAN LOON.

1862.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

1900

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

1900

Aan mijne Ouders.

TOORRDE

VOORREDE.



Bij het verlaten der Hoogeschool is het mij een aangename plicht U, Hooggeëerde leermeesters, een woord van hartelijken dank toe te brengen.

Voor allen, wend ik mij tot U, Hooggeschatte Promotor, Hooggeleerde FRUIN. Ontvang mijnen innigen dank, niet alleen voor het onderwijs dat ik van U heb mogen genieten, doch ook voor de hulp, mij, bij de bearbeiding dezer proeve, zoo ruimschoots geschonken.

Hoogleeraren VREEDE en LINTELO DE GEER, ook U betuig ik mijne erkentelijkheid voor uwe lessen, die ik het voorregt had te mogen bijwonen, voor de bereidwilligheid, waarmede Gij mij den toegang tot uwe bibliotheken hebt verleend. De Hoogleeraren O. VAN REES en DE WAL, zij voor dit laatste insgelijks mijnen dank toegebracht.

U, mijne Vrienden, roep ik bij het einde van het gelukkig tijdperk, dat ik aan de Academie heb mogen doorbrengen, een lautst vaarwel als Academie-broeder toe. Hebt dank voor de vele bewijzen van vriendschap, die ik gedurende dien tijd van U heb mogen ondervinden; laat de vriendschapsbetrekkingen, die wij in Utrecht hebben aangeknoopt steeds inniger worden, en blijve de MUTUA FIDES, die steeds onze leus is geweest, dit ook wanneer wij in de groote maatschappij zijn teruggekeerd. Vaart wel!

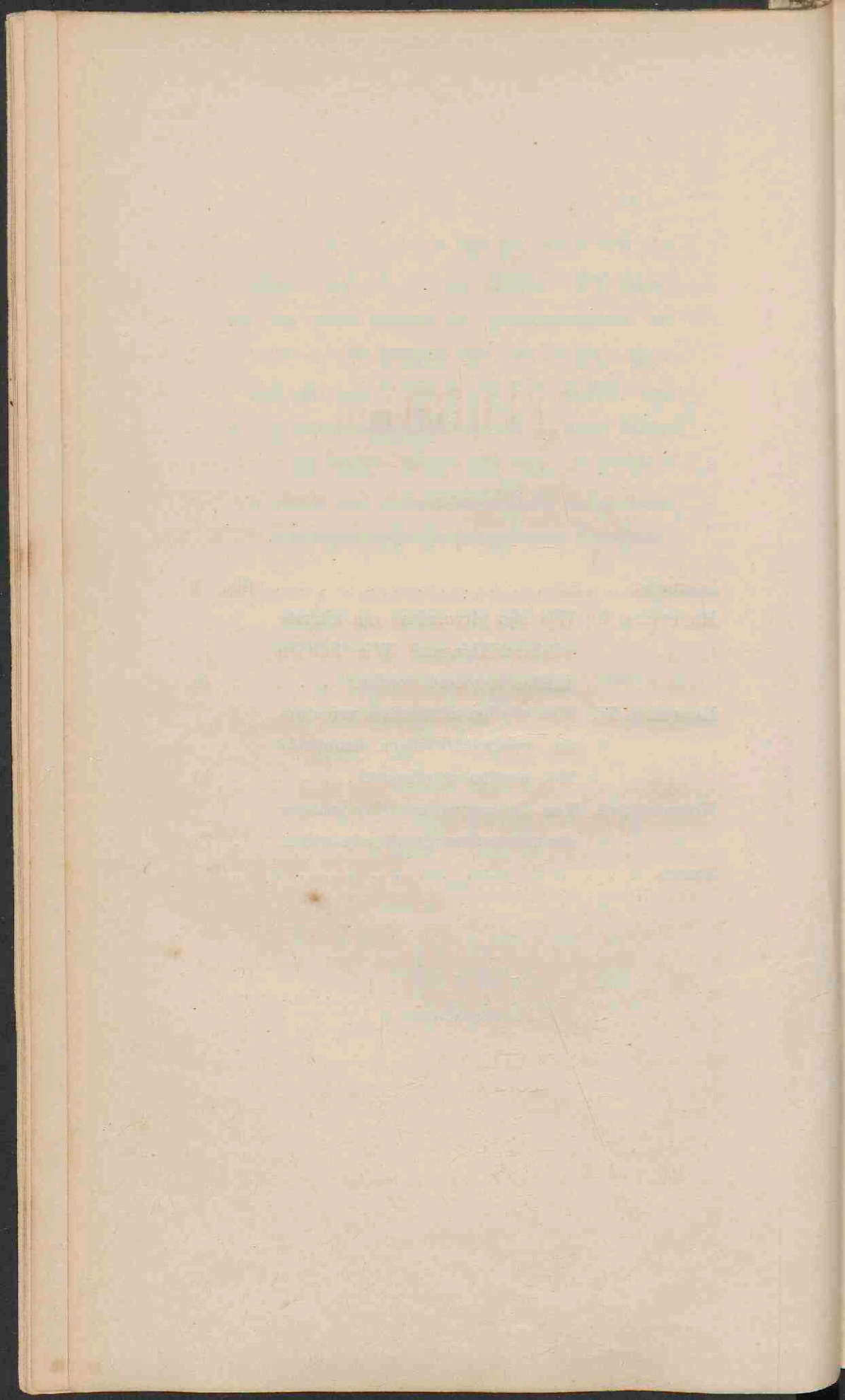


INHOUD.



INLEIDING.	Blz. 1
HOOFDSTUK I. Wie zijn uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen? Wie kunnen daartoe benoemd worden? . . .	„ 48
HOOFDSTUK II. Hoe worden uitvoerders van uiter- ste wilsbeschikkingen benoemd? Hoe worden zij afgezet?	„ 63
HOOFDSTUK III. Van de regten en verpligtingen der uitvoerders van uiterste willen.	„ 79
THESES	„ 145





INLEIDING.

Bij alle volken, die het gebruik van uiterste wilsbeschikkingen kenden, is door alle eeuwen heen, de uitvoering dier beschikkingen als eene heilige zaak beschouwd.

Niet alleen de privaatspersonen hadden er belang bij, ook den Staat was er aan gelegen. »Publice expedit suprema hominum judicia exitum habere», zegt PAULUS 1), en ook QUINTILIANUS getuigt: »nihil nostro animo sacratius, nihil apud nos potentius esse debet.» Om dit doel te bereiken gevoelde men behoefte aan middelen, om den gewetenloozen erfgenaam te dwingen, den uitersten wil van den overledene ten uitvoer te leggen, en welk beter middel was er te bedenken, dan een' derde, een' belangeloos persoon met

1. Zie l. 5, ff. Dig. test. quemad aperiantur (XXIX. 3).

de uitvoering daarvan te belasten? De erflater behoefde dan niet meer te vreezen, dat zoodanige zijner beschikkingen, die alleen van de goede trouw der erfgenamen afhangen, als: b. v. het oprigten van een monument, niet zouden worden nagekomen.

Die derde persoon nu is de uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen, schier in alle wetgevingen van Europa bekend, volgens de eene, eene meer, volgens de andere, eene minder uitgestrekte magt hebbende. 1)

De uitdrukking »uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen” komt in het Romeinsche regt niet voor, en vrij wel is men het er over eens, dat de geheelen instelling een anderen dan Romeinsch-regtelijken oorsprong heeft. Sommige schrijvers, ook nog van den laatsten tijd, hebben echter eene andere meening voorgestaan. Zoo wil o. a. CUJACIUS 2), met het oog op de nov. 68 LEONIS, de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen ook in het Romeinsche regt terug vinden. Hij is

1) Zie b. v. art. 1025—1034 van het Landrecht für das Grossherzogthum Baden. § 557—562, van het Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. § 816 en 817, van het Allgem. bürgerl. Gesetzb. für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie.

2) Zie ad. Africanum tract. II ad. l. 107 D. de leg. J.

echter weerlegd door A. FABER 1), die het regtsinstituut, als iets nieuws, analogice met de voogdij wil beoordeeld hebben.

Ook DURANTON 2) beweert, dat men de sporen der instelling reeds in het Romeinsche regt aantreft; bewijzen om zijne meening te staven haalt hij echter niet aan. Hetzelfde leert TOULLIER. 3)

Volgens dezen werd de instelling na de invoering van het christendom algemeen, en kwam zoo in de coutumes. Ook Prof. DIEPHUIS 4), is die meening toegedaan, doch hij geeft evenmin als TOULLIER de gronden op, waarop zij steunt. Nog in den jongsten tijd heeft Mr. B. E. COLAÇO BELMONTE in Themis 5) trachten te bewijzen, dat de Romeinen de uitvoerders van uiterste willen, in beginsel althans, hebben gekend, en hij beweert, dat de fidei-commissa in hun wezen en geschiedkundigen oorsprong zijne meening bevestigen.

Die fidei commissa toch zijn, volgens hem,

1) Zie *Errores Pragm. dec. LXVI. Err. 6—10.*

2) *Cours de droit Français IX § 390.*

3) *Droit Civil Français V pg. 531.*

4) Mr. G. DIEPHUIS, *het Nederlandsch Burgerlijk regt V, pg. 6.*

5) *Themis jaargang 1857, pg. 199.*

niets anders »dan de bijzondere opdracht ter uitvoering van eene bepaalde beschikking des erflaters, in den vorm van lastgeving na den dood.” Zij, aan wie de uitkeering dier fidei commissa was opgedragen, waren dus de uitvoerders van den uitersten wil met betrekking tot die beschikking.

Doch, er bestaat tusschen hen, die fidei commissa moesten uitkeeren en onze uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen een hemelsbreed verschil.

Hij, aan wien een fidei-commissum gegeven was, was erfgenaam; hij bleef dit ook dan, wanneer hij het fidei-commissum had uitgekeerd, hij had al de actiën die den erfgenaam toekwamen, en de actiën tegen den erfgenaam moesten tegen hem worden ingesteld. Eerst ten tijde van Nero is door het Senatus consultum Trebellianum bepaald, dat al de actiën die den erfgenaam toekomen, of die tegen hem worden ingesteld, toekomen aan of ingesteld moeten worden tegen hem, aan wien de erfenis is afgegeven; de uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen daarentegen is geen erfgenaam, en heeft met de bovenvermelde actiën dus niets te maken. Hij, aan wien een fidei-commissum gegeven was, mogt, wanneer hij de opdracht niet vervullen kon, het voor

zich behouden; zoo de uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen eene beschikking niet volvoeren kan, komt die ten voordeele van de erfgenamen ab intestato. — Het Romeinsche regt had ook geen behoefte aan uitvoerders; door verschillende wetten was voor de nakoming der uiterste wilsbeschikkingen gezorgd.

In den regel rustte op den erfgenaam de verplichting tot uitvoering, de wet wees hem daartoe aan, en de Staat waakte er voor dat hij zijne verplichting nakwam, de praetor moest den uitersten wil beschermen en de uitvoering daarvan verzekeren, en in den nieuweren tijd moesten de bisschoppen hetzelfde doen. Ook de erflater zelf kon zich de nakoming van zijne beschikkingen verzekeren, door de erfstelling afhankelijk te maken van de behoorlijke vervulling der afzonderlijke beschikkingen, in den uiterste wil vervat, of door middel eener strafbepaling.

JUSTINIANUS heeft door verschillende wetten de uitvoering der uiterste wilsbeschikkingen gewaarborgd; o. a. door aan de legatarii en fidei-commissarii verschillende actiën te geven 1), en door den erfgenaam van de erfenis vervallen te verklaren, wanneer hij, na aan-

1) Zie l. 1 Cod. Comm. de leg.

maning, in gebreke blijft den wil van den erflater na te komen 1). Van eene instelling, als die der tegenwoordige uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen vinden wij echter ook in zijne wetgeving geen spoor.

GRENIER 2) erkent dit; hij zegt dat het eene leemte was der Romeinsche wetgeving, dat zij geene uitvoerders van testamenten kende, maar hij beweert tevens dat zij in de Novella 68 Leonis voorkomen. Wat er van zij: de novellen van LEO maken in geen geval een deel uit van het eigenlijke Romeinsche regt, en bovendien kunnen onze uitvoerders daar niet uit voortkomen, omdat de Novellen van LEO door de nieuwere volken niet zijn overgenomen 3).

De meeste schrijvers leiden den oorsprong der instelling af uit het gewoonteregt.

Volgens TACITUS 4) kenden de oude Germanen geene uiterste wilsbeschikkingen; hetzelfde zegt ook HUGO DE GROOT met de volgende woorden: 'Maar nalatinge van erffnisse ofte makingen door uysterste wille was bij

1) Zie Nov. 1. Cap. 1.

2) Zie *Traité des Donations* II, n. 326 sq.

3) Zie M. Meinesz. *spec. jur. inaug. de exec. test.* Gron. 1823.

4) *Germ. Cap.* 20.

de oude Duytschen onbekent" 1); uitvoerders daarvan konden zij dus ook niet kennen. Toen zij het Westersch Romeinsche rijk hadden vernietigd, namen wel enkele Germaansche stammen het gebruik van uiterste wilsbeschikkingen, dat zij in Italië vonden, over; doch spoedig raakten die weer buiten gebruik, en zelfs de geestelijkheid schijnt er zich, na de oplossing van het groote rijk door KAREL DEN GROOTE gevestigd, niet meer van bediend te hebben.

Toen nu in het midden der 12^{de} eeuw de studie van het Romeinsche regt in Italië begon te herleven, en de Duitschers door hunne voortdurende oorlogen met de steden van Noord-Italië er mede bekend waren geworden, kreeg dit weldra eenigen invloed op het Duitsche regt, en spoedig werden de uiterste willen in Duitschland algemeen. Voor dat het in de 15^{de} eeuw tot eene volkomene opname van het Romeinsche regt kwam, had zich daar, met betrekking tot de uiterste wilsbeschikkingen, reeds een vast regt gevestigd, dat echter zeer verschilde van het Romeinsche. De gedwongene erfstelling van

4) Zie H. DE GROOT. *Inleiding tot de H. R.* „van erfating by uysterste wille ofte versterf.”

het Romeinsche regt, was in de Duitsche uiterste wilsbeschikking onbekend, en deze laatste bestond alleen uit enkele beschikkingen aanvankelijk tot een godsdienstig of weldadig doeleinde, doch die weldra ook dienden om vrienden of bloedverwanten te bevoordeelen. In vervolg van tijd kreeg de uiterste wilsbeschikking een nog uitgebreider strekking. Allengs begon de erflater alles, wat hij wilde dat na zijn dood zou plaats hebben daarbij te regelen, voor zoover althans geene inheemsche regtsbepalingen, zoo als b. v. die omtrent de erfgoederen, zich daarentegen verzetteden.

Daar er alzoo geen erfgenamen krachtens uiterste wilsbeschikking als representanten van den erflater waren, en de wettelijke erfgenamen er belang bij hadden, dat de beschikkingen van den erflater niet werden ten uitvoer gelegd, moest men, zoo men de uitvoering niet van het toeval wilde laten afhangen, wel naar een middel uitzien, om de nakoming der uiterste wilsbeschikkingen te verzekeren.

En wie was om daarvoor zorg te dragen meer geroepen dan de geestelijkheid?

Het waren de geestelijken, die het gebruik der uiterste wilsbeschikkingen hadden ver-

breid, en zij zelven hadden bij de uitvoering daarvan overwegend belang, daar de meeste beschikkingen ten voordeele der kerk of van de geestelijkheid gemaakt werden.

Pausselijke decretalen en synodale besluiten zochten het daar heen te brengen, dat de uiterste willen onder geestelijke jurisdictie kwamen, en dat den bisschop de magt werd gegeven voor de nakoming daarvan te waken, ook dan, wanneer de uiterste wil niet van een geestelijke was, of de beschikking niet tot een godsdienstig doeleinde strekte. Aan de geestelijken zelf was het niet altijd toegestaan geweest over hun vermogen naar willekeur te beschikken; de Kerk zag dat gedeelte van hun vermogen, dat zij niet ab intestato verkregen hadden als *peculium profectitium* aan, waarover de geestelijkheid alleen bij uitzondering, tot vrome doeleinden, beschikken mogt; de kerk trok alles aan zich. Het groote vermogen, dat de Kerk zodoende magtig werd, wekte natuurlijk afgunst, en van lieverlede kwam daarom de gewoonte in zwang, het goed van een' overleden geestelijke als eene aan niemand toebehoorende nalatenschap te beschouwen.

Iedereen roofde en plunderde daarvan zoo veel hij kon, en de geestelijken, die op die

wijze aan de Kerk het hare zagen onttrekken, bleven natuurlijk niet achterlijk om de handen uit te steken, ten einde voor zich zelve althans iets van de nalatenschap van hun overleden medebroeder meester te worden.

Deze kwade gewoonte noemde men in Bamberg: Rips Raps; en van daar het spreekwoord: »Phaffenguth, Raffenguth, Teubel halt den Sack uff.”

De Kerk, die zich zoodoende van de nalatenschap verstoken zag, kwam er langzamerhand van zelf toe het maken van uiterste wilsbeschikkingen aan de geestelijken te vergunnen. Doch ook dit baatte weinig, en de lucrative Rips Raps bleef voortduren. Zoo schoot er voor de geestelijken niets anders over dan het hunne op Germaansche wijze aan getrouwe en magtige vrienden over te geven, die er naar den zin van den erfflater meê handelen zouden.

Deze waren de manufideles ecclesiastici, zooals hen de Canonist DÜRR 1) noemt.

Wij hebben boven gezien, dat de geestelijken de uiterste wilsbeschikkingen ook van niet-geestelijken onder hunne jurisdictie trachten te krijgen, en den bisschop de magt

1) Zie DÜRR. l. c. § V en VI.

wilden opdragen om voor de uitvoering er van te waken. Dit gelukte echter in Duitschland niet.

Men had daar ook geen behoefte aan zoodanige uitvoerders, daar het inheemsche regt zelf de middelen aan de hand gaf om hetzelfde doel te bereiken, zonder dat de geestelijke of wereldlijke magt er zich mede moeide.

Men koos tusschen personen, in wie men een bijzonder vertrouwen stelde, om den uitersten wil uit te voeren.

Dit regtsinstituut nu, der uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen, knoopt zich in het algemeen vast aan dat der manufideles 1). Deze manufideles, ook Salmannen, Treuwärter, Seelwärtel, Truwenhilder, Seelmann of Saalmann 2) genoemd, waren personen, aan wie eene zaak werd overgedragen, onder voorwaarde om haar na aanwijzing van den daartoe

1) Zij werden Manufideles genoemd, omdat zij bij handslag beloofden, den uitersten wil des erflaters ten uitvoer te zullen leggen.

2) Deze laatste benaming hadden zij daardoor, dat de uiterste willen voor welke uitvoering zij zorgen moesten, niet alleen beschikkingen omtrent de aardsche goederen inhielden, doch ook bepalingen bevatten omtrent de rust der ziel. Zie J. SCHOLZ III, über Testaments-Vollzieher Altenburg 1841.

gerechtigden persoon, weder aan dezen over te dragen.

Deze overdragt van een Gewere 1) zur getreuen Hand 2) op den uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen, hetzij van enkele stukken gronds, hetzij van het geheele vermogen, was reeds in de *Vergabung* der Salmannen voorbereid; men behoefde die slechts met de uiterste willen in verband te brengen om het doel, waartoe de uitvoerders benoemd waren, verzekering van de uitvoering der uiterste wilsbeschikkingen, te verkrijgen. De *Vergabung* geschiedde door middel van eene traditio symbolica, met dat gevolg, dat hij, die de *Vergabung* deed, tot zijnen dood het bezit en het genot van de zaak behield. Hiermeê nu werd het doel, dat men beoogde, werkelijk in verband gebragt toen de uiterste willen

1) Zie over het woord „Gewere” Dr. W. E. ALBRECHT, Die Gewere als Grundlage des alten deutschen Sachen rechts. Hij zegt dat dit woord verschillende beteekenissen heeft, doch in alle ligt hetzelfde grondidêe: bescherming, verdediging, zekerheid. In den zin waarin wij het woord gebruikt hebben, beteekent het: bezit, saisine, zie pg. 3.

2) Het Badische Landrecht noemt de uitvoerders thans nog Treuhänder. Art. 1025 luidt: „Der Erblasser kann einen oder mehrere Treuhänder oder Vollzieher seines letzten Willens ernennen.”

in Duitschland meer en meer in gebruik kwamen. Toen ze eens algemeen waren geworden, hield echter de noodzakelijkheid, om de uitvoering daarvan door Vergabungen te verzekeren, allengs op te bestaan, en reeds spoedig werden er uitvoerders benoemd, zonder dat de overdragt van een Gewere noodig was, om hen de magt te geven, waaraan zij tot behoorlijke ten uitvoerlegging van den uitersten wil behoefte hadden. — Niet alleen echter aan het reeds gezegde is men de ontwikkeling van het instituut der uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen verschuldigd; ook de voogdij heeft daarop grooten invloed gehad. De Stedelijke keuren 1) en de latere theoriën der juristen bewijzen dien invloed ten volle. De bij testament benoemde voogden, hadden niet alleen de verpligting om voor de uitvoering der uiterste wilsbeschikkingen zorg te dragen, ze waren ook de voogden van weduwe en kinderen, en namen de plaats van den erflater in alle opzigten in.

Wij hebben boven gezien, dat ook de geestelijken manufideles noodig hadden, om de

1) Zie o. o. een statuut der stad Bremgarten, van de 14^{de} eeuw, te vinden bij kurz, Beitrage zur Geschichte von Aargau.

uitvoering hunner uiterste wilsbeschikkingen te verzekeren. In sommige diocesen moesten de geestelijken zelven een' manufidelis aanwijzen, zooals b. v. te Eichstädt 1), in andere was het de gewoonte, dat op een' bepaalden dag in het jaar de manufideles benoemd werden, en opdat alles in overeenstemming zou zijn met het oude kerkregt, volgens welk het vermogen der geestelijken aan de Kerk behoort, moest aan den bisschop een mortuarium 2) (ferdo et numus) nagelaten worden. Ja, zelfs ging men in het Canonisch regt zoover, dat men de benoeming van den erfgenaam, en de verdeeling der legaten aan den uitvoerder der uiterste wilsbeschikkingen overliet. 3)

Ditzelfde is ook in Spanje geoorloofd. Daar geldt thans nog eene wet uit de 13^{de} eeuw, volgens welke, naar eene oude gewoonte de erflater de magt heeft, om aan eenen derde (commissario) het maken van uiterste wilsbeschikkingen in zijne plaats op te dragen. Die golden dan, als of hij, die de opdracht gedaan had, ze zelf had gemaakt. 4)

1) Zie DURR. Cap. III. § 12.

2) Zie DURR. l. c. § 4.

3) Zie Cap. 19. X de testamentis.

4) Zie MITTERMAYER. Das gemeine Deutsche Privatrecht. II. 589.

Het gebruik om uitvoerders te benoemen, zooals we dat boven omschreven hebben, werd nu ook in de Stedelijke Keuren opgenomen, en ontwikkeld.

Vooraf was dit, sedert het midden der 13^{de} eeuw, het geval in LUBECK 1).

Toen in de 16^{de} eeuw het Romeinsche regt jus commune geworden was, kwam ook het begrip van den Romeinschen erfgenaam in zwang, en natuurlijk viel toen de noodzakelijkheid om iemand te hebben, die voor de uitvoering der uiterste wilsbeschikkingen zorg droeg, weg. De heredis institutio werd met eenige uitzonderingen ook in Duitschland 2) een vereischte voor de geldigheid van den uitersten wil. Des niettegenstaande, en in weerwil van het beschouwen van den erfgenaam als opvolger in al de regten en verplichtingen van den overledene, bleef men zich toch van de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen bedienen; men was er aan gewoon geraakt, en de uitvoering leverde ook meer waarborgen op. Dit is misschien

1) Zie über das lübische Recht, Beseler in Zeitschrift für Deutsches Recht, u. s. w. von Beseler, Reijcher und Wilda, IX pg. 152.

2) Zie lübische Statut II. I. art. 12. Neurenb. Reform van 1565. Hamburger Stadtr. v. 1603.

de aanleiding geweest tot de verbreide meening, dat de instelling waarvan wij handelen, van Romeinsch-regtelijken oorsprong is. De Romanisten, naast het Romeinsche stelsel der uiterste wilsbeschikkingen nog uitvoerders ziende voorkomen, en het zelfstandig ontstaan van die gewoonte en haar samenhang, met het Duitsch-Middeleeuwsch regt voorbijziende, trachtten haar uit het Romeinsche regt af te leiden.

Men bragt de sporen, die men in het Romeinsche regt van eenige makingen tot vrome doeleinden vond, in verband met de zelfstandige inrigting van latere tijden. Men zocht eenig regtsinstituut, om de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen analogice daarmede te behandelen, en FABER 1) stelde daartoe, zooals wij boven gezien hebben, de voorgedij voor. Dit werd in de 17^{de} eeuw het heerschend principe, en gedurende die geheele eeuw was het de regel »executores ultimarum voluntatum tutoribus equiparantur.” Alle nieuwere schrijvers 2) in Duitschland van eenigen naam zijn tot het oude principe teruggekeerd: de

1) Pragm. Dec. 66. art. 6—10.

2) Zie MITTERMAYER II l. l. Zachariä Handb. des Franz. Civilr. IV. pg. 348. Dr. w. SCHÄFFNER, Geschichte der Rechtsverf. Frankr. III. pg. 423. Sintenis, Civilrecht.

instelling van uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen is als zelfstandig ontstane instelling uit het gewoonte regt afkomstig 1).

Ook in Frankrijk kwamen zoodanige uitvoerders reeds vroegtijdig voor, vooral in het noorden (pays du droit Coutumier) zoo, o. a. in de Ord. van BOURGES 1197 2), doch ook in het zuiden (pays du droit écrit) wordt b. v. in de Coutumes van MONTPELLIER, ALAIS en VALENCE (a. 1331) van hen melding gemaakt.

In het noorden was de voogdij (mundium) scherp afgescheiden van het ambt van uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen, in het zuiden daarentegen sloot de executeur (gadiator, gazier) als voogd bij uitersten wil benoemd, dikwijls de bloedverwanten van de voogdij uit.

BEAUMANOIR 3) en DES MARES 4) gewagen meermalen van de instelling: de eerste in zijne Coutumes de Beauvoisis van het jaar 1283; de tweede in zijne decisiones van het jaar 1363 5).

1) Zie hierover BESELER, in Zeitschrift IX pg. 145, sqq. en Dr. c. F. ROSZIERF Abhandlungen civilistischen und Criminalistischen Inhalts I. pg. 217.

2) Zie SCHÄFFNER l. l.

3) Zie Cout de Beauv. XII 33, 44.

4) Decis, 50, 51.

5) Zie hierover WARNKÖNIG und STEIN Franz. Staats und Rechtsgeschichte II. pg. 461, 495.

Ook in latere tijden zien wij de executeurs in de Coutumes vermeld, en dat wel met zeer verschillende regten en verpligtingen. De Code Civil heeft ze uit de Coutumes overgenomen, en hunne regten en verpligtingen geregeld in Liv: III. tit. II, Sect. VII, (art. 1025—1034). »A toutes ces lois divergentes le code a substitué des règles uniformes et simples” zegt DALLOZ 1), maar het oude regt is daarbij toch geheel gevolgd.

»Notre titre ne contient aucun changement remarquable sur la nomination, les fonctions et les obligations des executeurs testamentaires. Elles sont à peu près les mêmes que dans l'ancien droit,” zeide de tribuun FAVARD in de zitting van het wetgevend ligchaam van 29 Floréal, an XI 2).

De Fransche auteurs, over ons onderwerp sprekende, halen er den oorsprong van uit het Fransch Costumier regt. Zoo zegt MALLEVILLE: 3) »Les exécuteurs testamentaires sont de l'invention du droit coutumier. On

1) Zie DALLOZ in voc.

2) Zie Discours, prononcé au Corps législatif par le tribun FAVARD, l'un des orateurs chargés de présenter le vœu du tribunat sur la loi relative aux donations et testaments. Code Nap. et motifs ed. Didot 1808. Tom. IV pg. 240.

3) MALLEVILLE, Analyse du C. C. II. pg. 240.

connaissait très peu cet emploi dans les pays du droit écrit." Dit echter bewijst alleen, dat ze niet uit het Romeinsche regt afkomstig zijn; want dat was hun »droit écrit" 1). Eveneens zegt GRENIER 2). »Plusieurs coutumes consacrerent cette institution par des dispositions précises, en sorte qu'on peut la considérer comme étant de l'invention du droit Français"; en DALLOZ 3) »l'institution des exécuteurs testamentaires y (dans le droit Romain:) était inconnue; c'est en France dans les pays de coutume 4) qu'elle à pris naissance." Geen van allen echter schetst het ontstaan en de ontwikkeling van het instituut, tot dat het in de coutumes werd opgenomen. Naar onze meening blijkt uit het bovenvermelde voldoende, dat het regtsinstituut uit het Germaansche regtswezen voortkomt, dat het in dat regtswezen als het ware is ingeweven 5), zonder dat het met zeker-

1) Zie MEINESZ. spec. jur. inaug. l. 1.

2) GRENIER, traité des donations etc. II. pg. 455.

3) Zie DALLOZ in voc.

4) Zie over de Coutumes Mr. SCHOOK, N. Bijdr. 1861. pg. 452.

5) Nadat de inleiding van ons Proefschrift reeds was afgewerkt, is er in de nieuwe bijdragen voor regtsgeleerdheid en wetgeving een stuk verschenen van Mr. W.F. SCHOOK,

heid te zeggen valt, in welk land het zich het eerst ontwikkeld heeft.

Ook in ons oude regt was de instelling van uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen niet onbekend. DE GROOT 1) en SIMON VAN LEEUWEN 2) spreken er wel niet van; doch in verschillende andere regtsboeken wordt er gewag van gemaakt, SCHOMAKER 3) geeft er wijdloopige adviezen over, o. a. »of een geestelijke executeur testamentair kan zijn? hoever derzelve magt zich uitstrekt? hoe lang haar qualiteit doorgaans duurt? enz. DE HAAS 4) geeft eene conclusie van JOHAN VAN RHIJN voor den Hove van Holland, »rakende de questie, of een executeur van een testament in zijn privé kan worden geexecuteerd, uit

de uitvoerders van eenen uitersten wil geschiedkundig beschouwd. Deze, die vooral hunne regten en verplichtingen volgens de verschillende Fransche, Zuid- en Noord-Nederlandsche contumes behandeld, is ook van gevoelen dat de instelling van Germaanschen oorsprong is. Maar ook hij besluit niet, waar zij het eerst ontstaan is.

1) H. DE GROOT. Inleiding tot de Hollandsche regtsgeleerdheid.

2) Roomsche Hollandsche regt.

3) J. SCHOMAKER, Instructoire en Decisoire consultatien en Advisen. 5 Deelen.

4) Mr. GERAARD DE HAAS. Nieuwe Hollandsche consultatien van voorname regtsgeleerden. 1741.

krachte van eene sententie bij dewelke hij in zijne qualiteit is gecondemneerd." Verscheidene schrijvers over ons onderwerp haalt hij daarbij aan, en hij zegt o. a. dat de executeurs van testamenten bij de regtsgeleerden genaamt worden te zijn ministri." Ook in de jurisprudentia Frisica door HET-TEMA 1) worden de uitvoerders vermeld, zij heeten daar *testamentarii* Art. 8, tit IV part. III van de Rechten en Ghewoonten der stad Deventer ed. 1486 zegt »niemant zal stellen testamenteurs ofte trouwe hant om met zijn goed te doen sijnes gevalles." Van de verschillende landregten in Gelderland wordt er, voor zoover ik weet, alleen in de gcreformeerde landrechten van de vier boven ambten des Nijmeeghschen Quartiers 2) van uitvoerders melding gemaakt. Zij worden daar *Erffwijtter* genoemd.

Ook BIJNCKERSHOEK spreekt er van, en VAN DER KEESSEL 3) omschrijft hunne werkzaamheden aldus: *Executores testamentorum sunt quasi procuratores a testatore constituti ad funus curandum, credita exigenda, legata*

1) Tit. 46, de Testamentis et Ult. voluntatibus §.

2) Tit. 24. art. 1.

3) Theses. 323.

et aes alienum solvendum, bonaque administranda usque dum dividi possunt;" zij moesten eene boedelbeschrijving opmaken ten overstaan van een' notaris en 2 getuigen, of 2 schepenen 1). Daarna moesten zij de legaten uitkeeren, de doodschulden, den penning 30 en andere lasten betalen, en de verdere beschikkingen van den erflater ten uitvoer leggen.

Vervolgens moesten zij rekening en verantwoording doen binnen eenen door den erflater bepaalden tijd. Had deze geen tijd bepaald, dan binnen een jaar. Wanneer de erfgenamen het niet wilden, mogten zij geene goederen vervreemden, en voornamelijk hing het van de bewoordingen van den uitersten wil af, hoever hunne magt strekte. Zij behoefden de benoeming niet aan te nemen, doch hadden zij eenmaal aangenomen, dan moesten zij hunne taak ten einde toe volbrengen 2). Waren er meerdere uitvoerders, dan waren dezen in solidum gehouden, en was er een van hen gestorven, terwijl de overigen zijn aandeel niet wilden op zich nemen, dan kon de regter van de plaats, waar het goed

1) Holl. Consultatien I. bl. 101. MEINESZ spec. jur inaug.

2) v. D. KEESSEL. Thes. 324.

gelegen was, of het hof van Holland in zijne plaats voorzien 1).

Volgens het Utrechtsche regt 2), konden de erfgenamen de taak der uitvoerders van deze overnemen door het stellen van »goede suffisante borgtochte voor Schout en de Gerechte.» Wanneer zij echter binnen het jaar hunnen plicht niet hadden volbragt, traden de uitvoerders wederom op.

Het verdient nog opmerking, dat in het Graafschap Zutphen, waar geene verpligte erfstelling 3), en dus dezelfde toestand was, die in Duitschland de uitvoerders deed ontstaan, de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen onbekend waren 4).

De Titel 5) van het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, waarin ons onderwerp wordt behandeld, is uit den Code overgenomen.

1) Holl. Cons. I. bl. 21.

2) Zie Costumen van Utrecht, uitgegeven door W. van der Meulen, bl. 307.

3) Zie SCHLASSERT, Codex Gelro Zutphanicus, voce Testament.

4) Zie SCHOMAKER, I. in voce.

5) Boek II. lit. XIII.

Op de voorloopige vraag »of door de Commissie van Redactie zou gevolgd worden het stelsel van het tegenwoordig Wetboek (de Code Civil) in hetgeen de testamentaire executeurs betreft,» antwoordde de Kamer 1) met 43 tegen 23 stemmen bevestigend, en zonder tegenspraak werd besloten: »om aan de Commissie van Redactie te verzenden den wensch door een lid geuit, strekkende tot het nemen van maatregelen, ten einde de misbruiken voor te komen, welke aan testamentaire executeurs verweten worden.» Ook werden er verschillende vragen van stellig recht bij dezen titel gedaan. Sommige leden wilden ons onderwerp in eene afzonderlijke afdeeling bij den vorigen titel voegen, doch de regering achtte het meer doelmatig: »om de verordeningen opzigtelijk de uitvoerders van uiterste willen in eenen afzonderlijken titel te behandelen, omdat derzelve benoeming niet bij uitersten wil *behoeft* plaats te hebben, maar ook bij eene gewone notariële akte kan geschieden.» Hiertegen merkte eene afdeeling terecht aan »dat dit niets ter zake doet, en dat de benoeming toch altoos in

1) Zie VOORDUIN, Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken. IV.

betrekking staat tot een testament; dat een testament ook door eene eenvoudige notariële akte kan worden herroepen, en men evenwel begrepen heeft, dat van de herroeping van uiterste wilsbeschikkingen in den titel van uiterste willen moest gehandeld worden."

Prof. DIEPHUIS 1) juicht de behandeling van ons onderwerp in eenen afzonderlijken titel toe. »Al de deelen van den titel van uiterste wilsbeschikkingen, betreffen," zegt hij, »of den vorm, of den inhoud, of de kracht van den uitersten wil; maar ecne instelling, waardoor men buiten den uitersten wil een waarborg schept voor hare uitvoering, staat daarmede niet in hetzelfde naauwe verband." — Ook ons komt de behandeling in een afzonderlijke titel juist voor. Die Titel nu de 13^{de} van het 2^{de} Boek bevat meer dan de Code doch wijkt in sommige opzigten daarvan af. Waarin en in hoeverre zullen wij bij de behandeling van den inhoud van onzen titel aantoonen.

Uit het opschrift »van uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen," schijnt te blijken, dat waar geen uiterste wil is, ook geene uitvoerders kunnen zijn, want wat niet is

1) Burgerlijk Wetboek. IV. pg. 6.

kan niet worden uitgevoerd. Zoo oordeelde ook het hof van Gelderland, bij arr. van 10 Julij 1844 1), bevestigende een vonnis der Rb. van Tiel 2), dd. 7 Junij van hetzelfde jaar. De Hooge Raad vernietigde echter dit arrest, en nam aan: »dat, zoo iemand ab intestato sterft, zijn uiterste wil geacht moet worden gelegen te zijn in de erfopvolging ab intestato” 3).

De uitvoerders moeten dan de erfopvolging tusschen de erfgenamen ab intestato regelen. Ook de schrijvers van de regtsgeleerde adviezen zijn die meening toegedaan.

Zij zeggen o. a. »de werkzaamheden der uitvoerders bestaan niet enkel in het gevolg geven aan de making en het uitkeeren van het goed slot der nalatenschap; maar juist en voornamelijk in de bereddering en liquidatie der nalatenschap, om tot het goed slot te kunnen geraken.” Wij moeten ons tegen die meening verklaren; wij houden het er voor, dat de werkzaamheden der uitvoerders *juist en voornamelijk* bestaan in het gevolg geven aan de makingen van den erflater. Eenigen

1) Zie Regtsgeleerd Bijblad VI. bl. 549—553.

2) Zie Weekblad van het Regt. No. 521.

3) Regt in Nederland IV. bl. 253.

grond daarvoor ontleenen wij aan de historie van onze instelling. Zij ontstond immers daaruit, dat de erflaters geen genoegzaam vertrouwen stelden in hun erfgenamen bij het uitvoeren van beschikkingen, die voor deze nadeelig waren. Wil de erflater zijn goed aan zijne erfgenamen ab intestato laten, en vreest hij, dat de bereddering en liquidatie des boedels niet in der minne zal geschieden, hij regele dan alles in zijne uiterste wil. Men beroept zich ook daarop »dat de Art. 982 en 1052, B. W. zouden aantoonen, dat de benoeming eens uitvoerders allezins bestaanbaar is zonder eenige verdere beschikking.» Ook dit argument tellen wij ligt. Wij gelooven, dat de wetgever hier iets geheel anders op het oog heeft gehad. Het blijkt uit ASSER 1) »dat de Nederlandsche wetgever aan den erflater heeft vrijgelaten, om ook bij de aangeduide onderhandsche of bij Notariële akte, uitvoerders aan te stellen, waardoor hij dus, indien hij bij het maken van zijnen uitersten wil niet op die benoeming is bedacht geweest, of andere personen wil aanstellen, dan degenen, die bij

1) Zie Regtsgeleerde adviezen V. pg. 85, sqq.

2) Mr. C. ASSER. Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon in onzen titel.

vroegere uiterste wilsbeschikkingen daartoe waren geroepen, buiten de verplichting zal zijn, om eene nieuwe uiterste wilsbeschikking, met in achtneming van alle de daaraan verbondene formaliteiten te maken." Wie nu is beter in staat om de bedoeling der wet te verklaren dan de man, die aan het ontwerpen onzer wetgeving een werkzaam deel heeft genomen, eerst als Secretaris, daarna als lid der commissie voor de wetboeken? Door de aangehaalde bepaling in ons Wetboek op te nemen, heeft de Wetgever getoond, het karakter te kennen van het volk waarvoor hij wetten maakte. Onze landaard is tegen het vermaken van zijn goed aan anderen dan aan de regte erfgenamen; daarenboven aan uiterste willen zijn formaliteiten verbonden, waartegen men opziet; een ander krijgt zoodoende kennis van de zaken, die men liever geheim wilde houden, want het grootste gedeelte van ons volk is in de noodzakelijkheid, openbare uiterste willen te maken.

Heeft men eens eene uiterste wilsbeschikking gemaakt, zonder uitvoerders te hebben benoemd, en merkt men later, dat de erfgenamen niet genoeg te vertrouwen zijn, om de uitvoering aan hen over te laten, dan zou men, zonder onze artt. nog eens eenen

uitersten wil moeten maken met alle de daaraan verbondene formaliteiten. Dit heeft de wetgever door onze artt. willen voorkomen. Maar men beweert ook met den Hoogen Raad, dat »wanneer er geene testamentaire beschikkingen zijn uit te voeren in den eigenlijken zin des woords, de uit te voeren uiterste wil dan regtens ligt in de wettelijke erfopvolging ab intestato.»

Hiertegen vinden wij een voldoende argument in de beraadslagingen over de zamen-smelting van onzen titel met den vorigen. (zie boven). De regering wilde die zamen-smelting niet, omdat de *benoeming* niet bij uitersten wil behoeft te geschieden, maar eene afdeeling, het gevoelen der Regering bestrijdende, antwoordde daarop, dat de vereeniging van beide titels beter was »alzo men zich geen executeur-testamentair kan voorstellen waar geen testament voorhanden is.» Al bleef nu ook de Regering bij hare meening, daaruit is geenszins af te leiden, dat zij over het verband van executeur en uitersten wil anders dacht dan de afdeeling. Veeleer schijnt het tegendeel te blijken uit de volgende woorden van den Heer NICOLAI: (l'orateur du gouvernement) uitgesproken in de zitting der Tweede Kamer van 5 Januarij 1825.

»Il ne suffit pas, que la loi autorise l'homme à *faire son testament*, il faut encore qu'elle assure l'existence, la conservation et l'exécution de cet acte. Le titre, soumis maintenant à votre délibération renferme les moyens, que le testateur peut employer pour assurer l'entière exécution de son testament." 1)

Een argument eindelijk tegen de stelling in haar geheel, ligt ook hierin. De commentateurs van den C. C. zijn allen van oordeel dat zoo er geen uiterste wil is, er ook geen uitvoerders kunnen zijn. Zij beroepen zich daarvoor op de plaats die ons onderwerp in den Code inneemt, en nu blijkt het niet uit de beraadslagingen over onzen titel, dat de regering de plaatsing veranderende, ook de bedoeling van den franschen wetgever heeft willen veranderen: iets wat zoo die bedoeling werkelijk bestaan had, ongetwijfeld zou zijn aan den dag gekomen.

Men kan evenwel, zonder dat er een uiterste wil is, wel iemand benoemen om de begrafenis te bezorgen, of om de boedelscheiding tusschen de erfgenamen ab intestato te helpen regelen. Zulke personen zijn echter geen uitvoerders van uiterste wilsbeschik-

1) Zie DIEPHUIS V, pg. 6.

kingen, in den zin van onze wet. Wat den eersten betreft: de Wet geeft bij Art. 982, ook de magt bij een onderhandsch stuk de begrafenis te bestellen, en daaronder behoort voorzeker ook de magt, iemand te benoemen, die voor die begrafenis zal zorgen. Wat den tweeden aangaat, de benoeming zal alleen gevolg erlangen als èn de benoemde persoon èn de erfgenamen het goedvinden. Is dat echter met de laatstgemelden niet het geval, dan heeft de benoeming geen kracht.

De erfgenamen hebben van regtswege het bezit der nalatenschap, en daarop heeft het niet aannemen van de hulp geen invloed, tenzij de aanneming daarvan tot een voorwaarde der erfenis is gesteld, en dit kan alleen bij eenen uitersten wil geschieden.

Elk in de Wet behandeld regtsinstituut, moet een beginsel hebben, waaruit men de bijzondere bepalingen der Wet verklaren kan.

Welk principe nu ligt aan de instelling der uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen ten grond? Uit welk oogpunt moeten die uitvoerders beschouwd worden?

Hieromtrent bestaat groot verschil van gevoelen.

De Fransche schrijvers liggen aan onze instelling de lastgeving ten grondslag. FURGOLE 1) beweert, dat zij eene zuivere lastgeving is; de erfflater geeft aan een persoon, dien hij kiest en benoemt, de magt om zijne uiterste wilsbeschikkingen uit te voeren, en op dat deze dat zou kunnen doen, stelt hij hem in zijne plaats, of in de plaats van den erfgenaam. Wanneer de uitvoerder de benoeming heeft aangenomen, ontbreekt er aan de lastgeving niets meer. Hij geeft echter toe, dat de coutumes vele bepalingen omtrent de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen hebben ingevoerd, die met het beginsel van lastgeving niet te rijmen zijn.

TOULLIER 2) GRENIER 3) en DURANTON 4) zeggen hetzelfde; de twee laatsten voegen er nog bij, dat deze lastgeving dit eigenaardige heeft, dat zij, in plaats van zooals in de gewone gevallen op te houden door den dood, eerst op het tijdstip van den dood begint. Volgens DELVINCOURT 5) zijn de exe-

1) Zie FURGOLE, traité des testaments IV, Chap. X, 4 No. 13

2) Zie TOULLIER, Cour de droit civil V, pg. 535.

3) Zie GRENIER, traité des donations tom. II, pg. 456.

4) Zie DURANTON, Cours de droit Français IX, pg. 374.

5) Zie DELVINCOURT, Cours de Code Nap. I pg. 851. No. 3.

cuteurs lasthebbers van den overledene, of liever, van de erfgenamen en legatarissen door den overledene benoemd. Tusschen hen en die erfgenamen en legatarissen bestaan *bijna* dezelfde verplichtingen als tusschen lastgever en lasthebber.

Wijdloopiger wordt de zaak besproken door MARCADÉ 1). Deze houdt den uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen voor een' lasthebber, dien de erfflater aanwijst om na zijnen dood voor de uitvoering zijner beschikkingen te waken.

Wel strijdt dit tegen art. 2003 C. C., welk art. bepaalt, dat lastgeving door den dood eindigt, terwijl hier integendeel de dood van den lastgever de lastgeving eerst doet beginnen, doch: »ceci s'explique par cette idée que la charge d'exécuteur testamentaire étant le seul mandat qui puisse se donner pour après la mort, et cette charge n'ayant pas reçu ce nom de *mandat* dans le Code, l'article 2003, en donnant sa définition, a pu ne pas tenir compte de ce mandat d'une espèce toute particulière."

Hij weerlegt ook de meening van DELVINCOURT, die, zoo als wij zagen, de uitvoerders voor lasthebbers van de erfgenamen en lega-

1) Zie MARCADÉ, Cours de droit civil Français IV, pg. 108.

tarissen houdt, door er op te wijzen, dat het de erflater is, die aan den uitvoerder de magt opdraagt, waarmede hij bekleed is. De uitvoerder handelt namens den erflater, en vertegenwoordigt hem bij het uitvoeren der beschikkingen.

Tot dusverre hebben wij gezien, dat, wat het hoofdprincipe aangaat, de Fransche schrijvers het vrijwel met elkander eens zijn; alle zien zij in de betrekking van executeur eene lastgeving.

In Duitschland is men het op verre na zoo eens niet 1). In de 17^{de} eeuw, wij hebben het hierboven gezien, gold daar de regel: »Executores Ultimarum voluntatum tutoribus equiparantur.» In den loop der 18^{de} eeuw kwam hierin verandering, en begon men de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen meer uit het oogpunt van lastgeving te beschouwen. ZOLLER 2) bestreed de analogie

1) Het Oostenrijksch Burgerlijk Wetboek en het Pruisische Landrecht nemen de lastgeving aan. § 557 van het laatste zegt: „Hat der Erblasser jemanden die Vollziehung seines letzten Willens aufgetragen: so ist der selbe als ein Bevollmächtigter des Erblassers und die letztwillige Verordnung selbst als seine Vollmacht und Instruction anzusehen.“

2) Zie ZOLLER, de exec. ultim. volunt. Lips. 1763.

met de voorgedij; hij wilde van eene vertegenwoordiging van den erflater door den uitvoerder der uiterste wilsbeschikking niets weten. — De nieuwere Romanisten, als: THIBAUT, VON WENING-INGENHEIM, MÜHLENBRUCH, GÖSCHEN en PUCHTA stellen alles op rekening van de lastgeving; terwijl voornamelijk ROSZHIRT 1) veel gewigt legt op het door LEYSER 2) aangenomene *arbitrium*. Het oude systeem werd echter nog door sommige Juristen, als b. v. door KREITMEIJER, DÜRR, HOFFACKER en GUNTHER verdedigd; terwijl de nieuwere Germanisten MITTERMAYER, WOLFF en SCHOLZ III wel de lastgeving aannemen, doch zoover de instelling het toelaat, haar toch eene zekere zelfstandigheid trachtten toe te schrijven.

BESSELER 3) verklaart zich tegen de lastgeving als grondslag voor de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen.

Hij zegt, dat de lastgeving als een bepaald regtsinstituut naar het Romeinsche regt moet worden beoordeeld, en eene afwijking daarvan zich alleen dan laat regtvaardigen, wanneer

1) Zie ROSZHIRT in Zeitschrift I. I.

2) Zie LEYSER, med. ad. Pandect. Spec. 374. med. 8.

3) Zie BESSELER, in Zeitschrift IX. pg. 166.

die voortspruit uit eene nieuwere regtsbron. Hij onderzoekt, of het zuivere Romeinsche contract van lastgeving op de uitvoerders van uiterste willen toepasselijk is, en komt tot de tegenovergestelde conclusie, daar het Romeinsche regt wel spreekt van *lastgeving na den dood*, maar er dan sprake is van eene lastgeving, opgedragen en aangenomen, terwijl lastgever en lasthebber beiden nog leven, ofschoon zij eerst na den dood van eerstgemelden begint 1). Bij de uitvoerders van uiterste willen is dit meestal niet het geval. Eerst na den dood van den erflater wordt de opdracht aangenomen, en dan eerst ontstaat de overeenkomst.

Nu heeft men wel gezegd: de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen zijn eerst in latere tijden ontstaan, zij moeten naar de lastgeving beoordeeld worden, omdat zij daarmee het meest overeenstemmen; het verschil tusschen beiden is daarvoor echter te groot; de lastgever o. a. kan den last opzeggen, de uitvoerder blijft, zoo hij zich aan geen dolus schuldig maakt, uitvoerder, al verzetten de erfgenamen er zich tegen.

BESLER meent echter een ander principe

1) Zie l. 12, § 17. Dig. mandati.

gevonden te hebben; hij zegt 1), »die testamenti factio des römischen Rechts ist ihrem Inhalte nach für den Testator erweitert worden, und die dem Executor übertragene Gewalt findet daher ihren Ursprung und ihre Rechtferstigung in der besonders modificirten Testirfreiheit des heutigen Rechts.»

Hiertoe komt hij door de volgende rede-
nering: De uitvoerder neemt, voor zooverre
zijn werkkring strekt, de plaats in, die vol-
gens het Romeinsche regt den erfgenaam
toekomt, want deze is als opvolger in al
de regten en verpligtingen van den erflater,
diens eenige representant. De testamenti
factio strekte zich echter niet zoover uit,
dat de erflater zich kon doen vertegenwoor-
digen, en door den erfgenaam, en door een'
tusschen persoon, die naast den erfgenaam
eene zelfstandige plaats inneemt.

Toen nu deze strenge Romeinsche leer
omtrent de uiterste wilsbeschikkingen in
Duitschland werd overgenomen, was het daar
reeds de gewoonte geworden, de uitvoering
der uiterste willen met de daarmede ver-
bondene regeling der nalatenschap aan eenen
in den uitersten wil benoemden tusschen

1) Zie BESELER, l. l. pg. 174.

persoon op te dragen. Deze gewoonte bleef ook voortaan in stand, en naast den Romeinschen uitersten wil kwamen ook de uitvoerders voor. Dit nu is de reden, waarom het principe van het Romeinsche regt, volgens hetwelk alleen de erfgenaam den erfflater vertegenwoordigt, en niet de erfgenaam en nog bovendien een tusschen-persoon, in Duitschland niet is overgenomen. BESELER bekent echter, dat men met dit principe niet altijd uitkomt, en dat het vooral in verlegenheid laat, als men de betrekking tusschen uitvoerders en erfgenamen vast wil stellen.

Over deze »moderne Auffassung von Testirfreiheit», wordt BESELER zeer hard gevallen door SINTENIS 1). Deze vraagt, met welk regt men zeggen kan, dat bij de vereeniging van het Duitsche met het Romeinsche systeem het eerste de bovenhand heeft gekregen? Hij is van de tegenovergestelde meening, en beroept zich op de uitspraak van ROSZHIRT 2):

»Es ist gewisz dasz der antike Standpunkt der Gewer zur treuen Hand durch den Einfluss römischer Grundsätze verdrängt ist.» Volgens SINTENIS is eene gedeeltelijke vertegen-

1) Zie SINTENIS, Civilrecht.

2) Zie ROSZHIRT, in Zeitschrift I, pag. 231.

woordiging van den erflater door erfgenamen en uitvoerders zelfs niet denkbaar. De voorstelling van BESELER is daarom niet alleen historisch onwaar, maar ook op inwendige gronden onaannemelijk. Hij voor zich wil den uitvoerder, zoowel in diens betrekking tot de erfgenamen, als in betrekking tot derden als lasthebber beschouwd hebben. — Ook WOLFF 1) denkt in de eerste plaats aan lastgeving: hij ziet in den uitvoerder eenen bij uitersten wil benoemden onherroepelijken lasthebber van alle in het testament bedachte personen en van hunne erfgenamen.

Niet minder verdeeld dan de Duitsche schrijvers, zijn ook de Nederlandsche. Prof. DIEPHUIS 2) meent, dat de benoeming van uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen in zekeren zin eene *soort* van lastgeving is, daar de erflater de uitvoerders belast met een beheer, dat door dezen wordt aangenomen; hij erkent echter verschil met de ware lastgeving. Ook Mr DE PINTO 3) schijnt hier aan eene soort van lastgeving te denken, maar ook hij erkent, dat er tusschen uitvoerders en lasthebbers

1) Zie WOLFF Lehrb. des gem. deutsch. Privatr. I, § 194.

2) Zie DIEPHUIS V, pag. 6.

3) Zie Mr. DE PINTO, Handl. tot het Burgerl. Wetboek II, § 607 (3de druk.)

een groot verschil bestaat, en dat de bepalingen van ons Wetboek omtrent lastgeving geene toepassing vinden bij de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen.

Een geheel ander gevoelen weêr, staat de Regtbank te Amsterdam 1) voor, die bij vonnis van 31 Mei 1843, aannam, »dat de executeurs ten opzichte van de erfgenamen en andere belanghebbenden zijn te beschouwen als negotiorum gestores.»

Het verst van allen gaat Mr. COLAÇO BELMONTE 2). Deze schijnt de zwarigheden van DIEPHUIS en DE PINTO niet te tellen, en beweert stoutweg: »de opdracht ter uitvoering van het testament, hoe men ze ook beschouwe, is lastgeving, en de uitvoering zelve beweegt zich binnen de grenzen van het gewone mandaat. De beginselen, die omtrent het mandaat regtens zijn, zijn dus ook hier van volle toepassing.»

Maar het wordt tijd, dat wij onze eigen meening ontwikkelen.

Dat de uitvoerders der uiterste willen, naar den Code, geen lasthebbers zijn, acht ik ontwijfelbaar. Reeds dadelijk immers stuiten wij op eene zwarigheid. Volgens art. 1984

1) Zie Regtsgelerd Bijblad V, pag. 679.

2) Zie THEMIS, 1857, pag. 199.

C. C. moet de lasthebber handelen, »pour le mandant et en son nom;» de uitvoerder nu handelt suo nomine, krachtens zijne benoeming bij uitersten wil. Onder de definitie van lastgeving zijn de uitvoerders dus niet te brengen; daarenboven, de meeste overige bepalingen van tit XIII liv III verschillen van die van tit II sect. VI van hetzelfde boek in menig opzigt. In art. 1985 staat, b. v. dat de lastgeving kan gegeven worden »ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, même par lettre,» de uitvoerders daarentegen kunnen alleen bij uitersten wil benoemd worden. Volgens art. 1990 kunnen vrouwen en minderjarigen lasthebbers zijn; tot uitvoerders van uiterste willen zijn zij niet benoembaar. Volgens art. 2003 eindigt lastgeving door den dood van den erflater, de betrekking van uitvoerder begint eerst met diens dood: de lastgever kan ten allen tijde zijnen last herroepen; daar de erflater, wanneer de uitvoering begint, reeds gestorven is, kan dat natuurlijk niet. Volgens art. 2007 kan de lasthebber den last opzeggen; de uitvoerder, eens aangenomen hebbende, moet zijne taak ten einde toe volbrengen. Hiertegen nu doet de solutie van MARCADÉ (zie boven) niets af. Nergens blijkt uit de beraadslagingen, dat de Code de

executeurs als lasthebbers wilde beschouwd zien. De essentialia van lastgeving, het eindigen door den dood van den lastgever, en de herroepbaarheid ontbreken dan ook, zoo als wij zagen, bij de uitvoerders.

Ook met het gevoelen van WOLFF komen wij niet verder; de onherroepelijkheid strijdt zoozeer tegen de natuur der lastgeving, dat daarvan volstrekt geen sprake van kan zijn; daarenboven, lasthebber van de in den uitersten wil bedachte personen is de executeur zeker niet, daar, gesteld al dat de benoeming lastgeving is, lastgeving ter wille van een' derde dien derde nog tot geen lastgever maakt.

Even weinig baat het arbitrium van LEYSER en ROSZHIRT, want de erflater laat het niet aan den uitvoerder over, wat deze met zijne nalatenschap wil doen: integendeel hij omschrijft meestal zeer duidelijk de verplichtingen van den uitvoerder, en zoo hij het niet gedaan heeft, doet de wet het toch.

SINTENIS, zoo als wij boven gezien hebben, neemt ook eene lastgeving aan, die alleen dit bijzondere heeft, dat zij eerst na den dood van den lastgever begint. Maar ook dan stuiten wij weêr op de zwaarigheid, dat het eene onherroepelijke lastgeving wezen zou, wat niet wel denkbaar is.

Tegen BESELER'S systeem, dat voornamelijk op de historische ontwikkeling onzer instelling gegrond is, geldt de reeds door SINTENIS gemaakte bedenking, dat er geen sprake kan zijn van eene gedeeltelijke vertegenwoordiging van den erflater door erfgenamen en uitvoerder beiden, daar volgens de grondregels van het erfregt, de erfgenaam alleen den erflater vertegenwoordigt. De uitvoerder staat alleen maar naast den erfgenaam, om zorg te dragen, dat de wil van den erflater, door diens uiterste wilsbeschikking kenbaar gemaakt, uitvoering erlange.

Ook naar ons regt, kan men de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen mijns inziens niet als lasthebbers beschouwen; de meeste aanmerkingen tegen zoodanige opvatting, voor het Fransche regt gemaakt, gelden ook bij ons. Wij zullen ze hier niet herhalen. Ons wetboek handelt bovendien uitgebreider over de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen dan de Code, en uit eenige dier nieuwe bepalingen blijkt overtuigend, dat de wetgever daarbij volstrekt niet aan lastgeving heeft gedacht; men zie b. v. art. 1831: »lastgeving geschiedt om niet, tenzij het tegendeel bedongen zij." De regel is dus, dat lastgeving om niet geschiedt. Bij de uitvoerders nu

heeft het tegenovergestelde plaats; art. 1068 al. 2 zegt: »dat, zoo de erfflater hun geen loon heeft toegelegd, zij $2\frac{1}{2}$ % der ontvangsten, $1\frac{1}{2}$ % der uitgaven genieten zullen; en zoo zijn er meerdere bepalingen. Verreweg het grootste gedeelte der artt. in onzen titel over lastgeving zijn op de uitvoerders der uiterste wilsbeschikkingen niet toepasselijk; behalve de vele artt. van de afd. I en II., kan er geen enkel uit de afd. III en IV op hen toegepast worden. Wel spreken de artt. 1063 en 1068 van *last*: maar dit woord bedoelt daar niet de overeenkomst van lastgeving, het beteekent zooveel als *post*, *betrekking*. Dat de wetgever ook zelf niet aan lastgeving gedacht heeft, blijkt ons uit de beraadslagingen over dezen titel in het wetboek van 1830. Eene der afdeelingen van de kamer wilde, dat men zich uitdrukkelijk op lastgeving zou beroepen; doch de regering antwoordde, »dat zij bij dezen titel alles geloofde te hebben geregeld, wat te dezer materie te pas komt, en dat men zich derhalve niet tot dien van lastgeving kan gedragen 1).»

Wel hebben de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen enkele punten van over-

1) Zie VOORDUIN, IV. bl. 216.

cenkomst met lasthebbers, maar iets dergelijks is bij alle verbindtenissen het geval, daar deze alle, de eene meer, de andere minder, elkander in menigerlei opzigt naderen. 1)

En nu eindelijk nog het gevoelen der Amsterdamsche regtbank, dat de uitvoerders negotiorum gestores zouden zijn, ook dit is onzes inziens niet juist. Wel is er veel in de negotiorum gestio, dat ook op de uitvoerders kan worden toegepast, maar er blijft toch altijd dit onderscheid bestaan, dat men eenen negotiorum gestor niet behoeft te dulden, terwijl de erfgenamen het beheer der uitvoerders wel dulden moeten: de negotiorum gestor werpt zich zelve op, de uitvoerder wordt benoemd.

Het is zeer te betreuren dat onze wetgever niet heeft aangewezen hoe hij de uitvoerders wil beschouwd zien. Hij regelt alleen hunne bevoegdheid, en daar hij dus *niet* „alles heeft geregeld, wat te dezer materie te pas komt,” zou het zeer goed geweest zijn een' algemeenen regel voorop te stellen. Nu hij dit niet gedaan heeft kunnen wij de executio testamentaria niet anders beschouwen

1) Zie Mr. H. C. A. THIEME in opmerkingen en Mededeelingen, IX. pag. 51 sqq.

dan als eene op zich zelf staande verbindtenis. Die verbindtenis ontstaat eerst na den dood van den erflater, eerst dan begint de acte waarbij de uitvoerder benoemd is te werken, en ook dan nog moet de aanneming voorafgaan. Het kan echter voorkomen, dat de uitvoerder bij het maken der acte partij is geweest, en daarbij de benoeming heeft aangenomen; in dat geval ontstaat er eene verbindtenis onder eene opschortende voorwaarde; — lastgeving is het echter niet.

Zoo komen wij dan tot hetzelfde resultaat, als waartoe reeds vroeger Prof. DIEPHUIS gekomen is. »De uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen,” 1) zegt hij, »staan niet als lasthebbers tegenover den lastgever; maar zij zijn door den erflater nevens de erfgenamen geplaatst met eigene regten en verpligtingen, onafhankelijk van den wil der erfgenamen, en als zoodanig verschillen zij te zeer van gewone lasthebbers, dan dat de bepalingen omtrent de ééne ook in het algemeen omtrent de andere zouden moeten gelden.” Zoo oordeelt ook Mr. THIEME, volgens wien »de uitvoering van uiterste wilsbeschikkingen eene opdracht is van werkzaamheden, welke ten gevolge

1) Zie DIEPHUIS, V. pg. 9.

van aanneming en uitvoering eene geheel
eigenaardige verbindtenis te weeg brengt.
Alleen de algemeene bepalingen van ver-
bindtenissen zijn daarop toepasselijk."

HOOFDSTUK I.

WIE ZIJN UITVOERDERS VAN UITERSTE WILS-
BESCHIKKINGEN? WIE KUNNEN DAARTOE
BENOEMD WORDEN?



Uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen zijn zij, die door een' overledene benoemd zijn om voor het behoorlijk uitvoeren van zijnen uitersten wil zorg te dragen, en die dit, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend hebben aangenomen. Een ieder kan daartoe benoemd worden, aan wien de wet dit regt niet uitdrukkelijk ontzegt, en dit doet zij in art. 1053, 1°. aan getrouwde vrouwen, 2°. aan minderjarigen, zelfs wanneer deze handligting hebben bekomen, 3°. aan onder curatele gestelde personen, 4°. aan alle degenen, die onbevoegd zijn om verbindtenissen aan te gaan. Omtrent deze laatste bepaling

zeide de heer NICOLAI, 1) »dat men het tegenstrijdig achtte, aan iemand, die zich niet kan verbinden, verplichtingen op te leggen, en hem tot bestuurder van de zaken van een ander te maken, dien de wet onbekwaam verklaart om zijne eigene goederen te besturen.” Prof. VAN ASSEN 2) wil in ons artikel in plaats van *onbevoegd*, *onbekwaam* gelczen hebben. Hij zegt, dat dit laatste woord »hen aanduidt, die in hun persoon de vereischten missen om b. v. handelingen te verrigten.” Onbevoegd is hij »die wel bekwaam is, maar wegens bijzondere redenen, zekere handelingen niet verrigten mag.” Zoo deze onderscheiding, gelijk ik geloof, juist is, ware *onbekwaam* hier zeker beter. Al de in ons art. genoemde personen, ook de getrouwde vrouw, zijn *onbekwaam* om verbindtenissen aan te gaan, en dus door no. 4 uitgesloten, zoodat wij onze toevlugt niet te nemen hebben tot de verklaring van ASSER, die het verbod voor getrouwde vrouwen hierop grondt, dat de huisselijke belangen en de opvoeding der kinderen te zeer de zorgen, de waakzaamheid eener huismoeder vereischen, dan dat zij

1) Zie VOORDUIN, IV. pag. 217.

2) Zie Prof. VAN ASSEN in Themis, 1857. pg. 178.

daarvan zouden behooren te worden afgetrokken om de belangen van vreemden te behartigen." Art. 1029 C. C. liet getrouwde vrouwen als executrices toe, wanneer zij daartoe door hare echtgenooten gemagtigd waren.

De getrouwde vrouw en de minderjarigen mogen volgens art. 1835 B. W. wel lasthebbers zijn. TOUILLIER 1), DURANTON 2) en MARCADÉ 3) geven voor dit verschil als reden op, dat zoo iemand zulk een' onbekwamen lasthebber kiest, hij zelf de wrange vruchten van die onbekwaamheid zal trekken; wordt echter de onbekwame tot uitvoerder benoemd, dan zullen de erfgenamen en legatarissen de schade daarvan dragen. Daarenboven, ziet de lasthebber, dat de zaken met den onbekwame niet goed gaan, hij kan den last herroepen, de uitvoerder is onherroepelijk aangesteld; de wet moest dus in den uitvoerder een' waarborg vorderen, dien zij ten aanzien van den lasthebber, veilig aan de zorg van den lastgever zelven kon overlaten 4).

MARCADÉ, l. l. vraagt nog, of de uitvoerder

1) Zie TOUILLIER V, pag. 578.

2) Zie DURANTON IX, No. 398.

3) Zie MARCADÉ IV, pag. 111.

4) Zie DIEPHUIS V, pag. 10.

van uiterste wilsbeschikkingen reeds op den dag zijner benoeming niet mag behooren tot de personen, die door de art. 1028, 1029 en 1030 C. C. zijn uitgesloten, dan wel of het genoeg is, zoo zij maar bij den dood van den erflater niet in de verbodene categorie vallen. Omdat die artt. spreken van »ne pourra être exécuteur,» gelooft hij, dat de laatste meening de juiste is. Tot diezelfde conclusie moeten ook wij komen bij art. 1053. Ook daar immers is bepaald dat *zij geene uitvoerders mogen zijn*. Men is geen uitvoerder voor men de betrekking heeft aangenomen en dit kan eerst na den dood van den erflater geschieden 1).

Ons art. spreekt van *minderjarigen, zelfs wanneer deze handligting hebben bekomen*. Behoort ook hij daartoe, die meerderjarig is verklaard door brieven van meerderjarig verklaring, verleend door den Hoogen Raad en goedgekeurd door den Koning, of moeten die woorden alleen beperkt worden tot hen, die de eigenlijke handligting of emancipatie verkregen hebben? Deze vraag heeft de schrijvers zeer beziggehouden. Mr. SCHULLER 2) en Mr. J. G. A. VERHOEFF 3) zijn de eerste meening

1) Zie ASSER, pag. 365.

2) Zie SCHULLER, Burgerl. Wetb. ad. art.

3) Zie in Regtsgel. Bijbl. II, pag. 264—266.

toegedaan. s. v (ISSERING?) 1) Prof. VAN HALL 2) Mr. VERNÈDE 3), Mr. DE PINTO 4), de schrijvers van de Regtsgeleerde adviezen 5), Mr. DRABBE 6) en Mr. LEVYSOHN 7) verdedigen de laatste meening.

In het Fransche regt kon onze quaestie niet voorkomen, daar de C. C. alleen de emancipatie kende. Art. 1030 bepaald dat »*le mineur ne pourra être exécuteur testamentaire,*» en daaronder behoort ook »*le mineur émancipé,*» zoo als terecht door DURANTON en TOUILLIER is aangetoond.

In de beraadslagingen valt voor geen van beide meeningen eenige afdoende grond te vinden. SCHULLER beroept zich voor de eerste hierop, dat de Wet geen onderscheid maakt tusschen de beide soorten van handligting en *ubi lex non distinguit, nec nos distinguamus*. Hetzelfde zegt ook VERHOEFF, die er nog bijvoegt, dat, zoo de laatste woorden alleen op de beperkte handligting zagen, ze over-

1) Zie in Regtsgel. Bijbl. III, 413—416.

2) Zie Regtsgel. Bijbl. III. pg. 416.

3) Burgerl. Wetb. ad. art.

4) Handl. tot het Burgerl. Wetb. II. § 611 pg. 362.

5) Regtsgel. adv. III. bl. 93—96.

6) Quaest. Jur. inaug. Leid. 1845.

7) Zie in Themis VI. pg. 659 bij de recensie van het onder No. 6 aangehaalde werk.

tollig zouden moeten geacht worden, omdat beperkte handligting niet verder kan strekken dan de Wet heeft bepaald, en onder de handelingen die de Wet heeft toegelaten, de uitvoering van uiterste wilsbeschikkingen niet behoort. »Voor het overige zegt art. 483 B. W. blijft de minderjarige in den volstreksten staat van minderjarigheid.»

Er komt nog bij, dat art. 479 B. W. ook doet vermoeden dat de wetgever hier niet alleen aan de beperkte handligting kan gedacht hebben. Als toch de wet aan den Hoogen Raad de magt geeft om den meerderjarig verklaarde de vrije beschikking over zijne onroerende goederen te ontzeggen, hoe kan het dan in de bedoeling dierzelfde wet leggen, zoo iemand regten te geven op de goederen van een ander? En toch zoo hij, die *venia actatis* verkregen heeft, uitvoerder wezen kan, kan ook hij het zijn, aan wien die *venia actatis*, overeenkomstig art. 479, slechts gelimiteerd is toegekend: de wet onderscheidt niet. Ten slotte vindt Mr. VERHOEFF ook nog daarin een' grond voor zijn gevoelen, dat de artt. 479 en 486 B. W. den meerderjarig verklaarden »minderjarig» noemen.

De twijfel is daaruit ontstaan, dat in onze

wet de 17^{de} titel van het eerste boek, waarin èn de *venia aetatis* èn de emancipatie behandeld worden, tot opschrift heeft *van handligting*. Handligting schijnt dus de generieke benaming. Maar wanneer wij de geschiedenis onzer wetgeving nagaan, zal het ons dadelijk in het oog vallen waar de fout in zit. In het wetboek van 1830 luidde art. 1091 even als ons art. 1053. De 16^{de} Titel van het eerste boek van dat Wetboek handelde over de minderjarigheid, voogdij, handligting of emancipatie en *venia aetatis* of brieven van meerderjarig-verklaring. In afd. XIV werd de handligting of emancipatie behandeld: in afd. XV de *venia aetatis* of brieven van meerderjarig verklaring. Nu nam de wet van 16 Junij 1832 de twee laatste afdeelingen van den 16^{den} titel af, en maakte daarvan eenen nieuwen titel »*van handligting*.” En toen daarop later art. 1091 als art. 1052 in het nieuwe wetboek overgenomen werd, dacht men niet aan de verandering die men in het eerste boek gemaakt had. Wat staat ons nu te doen? Uit de beraadslagingen blijkt niet, dat de wetgever art. 1091 woordelijk overnemende daaraan een' anderen zin heeft willen hechten dan dien het oorspronkelijk had; het verzuim van den wetgever geeft ons geene

vrijheid de wet tegen hare ware bedoeling uit te leggen en wij moeten dus wel aannemen, dat hij alleen de handligting van art. 480 op het oog heeft gehad. Doch al hadden wij dit historisch argument niet, toch zouden wij, wilden we onzen wetgever niet de grootste inconsequentie laten begaan, dezelfde meening moeten aankleven. Immers art. 478 B. W. zegt: »de meerderjarigverklaarde staat in alles met den minderjarige gelijk.» Hierop nu geeft hetzelfde art. eene uitzondering: met betrekking tot het huwelijk wordt hij nog als minderjarig beschouwd, en eindelijk geeft art. 479 den Hoogen Raad de bevoegdheid hem in de beschikking over zijnen onroerende goederen te beperken. Voor al het overige stelt de meerderjarig-verklaring hem met den meerderjarigen gelijk. Namen wij nu de beteekenis aan die SCHULLER en VERHOEFF aan het woord »handligting» hechten dan zou de wet in tegenspraak met zich zelf zijn. Wij kunnen het wel niet ontkennen, dat er in onze wetboeken meerdere bepalingen voorkomen, die met elkander strijden: doch daar, waar wij, zonder de woorden geweld aan te doen, de wet voor eene inconsequentie kunnen bewaren, zijn wij daartoe verplicht. En wat zoude den wetgever

ook bewogen hebben om deze 3^{de} uitzondering op art. 478 te maken? Zeker niet dit, dat hij den aldus meerderjarig verklaarde nog ongeschikt rekent om uitvoerder te wezen, want voogd mag hij zijn, en die betrekking is van oneindig meer gewigt. Daarenboven, ging de wet van het denkbeeld uit, dat ieder die den ouderdom van 23 jaren nog niet heeft bereikt, ongeschikt is om uitvoerder te zijn, dan had hij het ook consequent moeten doorvoeren, en den minderjarige, die door zijn huwelijk meerderjarig geworden is, insgelijks de betrekking van uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen moeten ontzeggen. Toont deze door zijn huwelijk zooveel meer geschiktheid? levert het huwelijk, waartoe alleen de ouders hunne toestemming hebben gegeven, zooveel meer waarborgen op, dan de meerderjarigverklaring door het hoogste regtelijke collegie, na onderzoek van zaken, gedaan? Wij zijn geneigd het tegenovergestelde te gelooven, en meenen te mogen beweren, dat onze wetgever veeleer den gehuwden minderjarige dan den meerderjarigverklaarde onbevoegd had moeten verklaren om executeur te zijn. Tegen het argument van Mr. VERHOEFF, dat, wanneer de Hooge Raad den meerderjarigverklaarde in de bevoegdheid beperkt, om over

zijne onroerende goederen te beschikken, de wet hem niet als uitvoerder mag toelaten, daar hij als zoodanig regten op de goederen van een ander verkrijgt, valt op te merken dat men uit een bijzonder geval geen algemeene regels mag trekken. Omdat de H. R. nu en dan de bevoegdheid van een' meerderjarig verklaarde op een enkel punt limiteert, kan men niet tot de algemeene onbevoegdheid van alle meerderjarigverklaarden besluiten. Daarenboven strekt de magt, aan den Hoogen Raad verleend alleen om den aldus meerderjarig verklaarde eenigzins aan banden te leggen, wanneer men hem niet genoeg vertrouwt, de uitvoerder daarentegen is reeds gebonden: hij moet eene boedelbeschrijving opmaken, hij mag de goederen der nalatenschap niet vervreemden, dan in het geval door de Wet voorzien, hij moet rekening en verantwoording afleggen. Wat eindelijk de opmerking betreft, dat de Wet in de art. 479 en 486 B. W. den meerderjarig verklaarde »minderjarige» noemt: in het eerste art. is dat woord terecht gebezigd, want dan, wanneer de Hooge Raad in de brieven van meerderjarig verklaring de bepaling omtrent het niet vervreemden der onroerende goederen voegt, is hij nog minderjarig. Voor dat hij meerder-

jarig wordt, moet de Koning de brieven van meerderjarig verklaring, door den Hoogen Raad verleend nog goedkeuren. Evenzoo is art. 486 te verdedigen. In dat artikel wordt de afkondiging ook der *venia aetatis*, voorgescreven: zij moet plaats hebben gehad voor dat de meerderjarig verklaring tegen derden kan werken; voor dat dus de meerderjarig verklaarde *in alles* met den meerderjarige gelijk staat.

Er is gevraagd, wat het geval zijn zal, als aan een minderjarige bij uitersten wil een legaat wordt gemaakt, op voorwaarde dat hij de betrekking van uitvoerder op zich zal nemen? De Wet verbiedt aan den minderjarige uitvoerder te zijn, moet hij nu ook het legaat missen? Er moet hierbij onderscheid gemaakt worden. Hield de erflater den voorwaardelijken legataris voor meerderjarig, dan heeft hij hem het legaat gegeven om hem voor de moeite, die hij met de uitvoering hebben zal schadeloos te stellen. *Cessat causa, cessat effectus*: in dit geval zal de legataris dus het legaat niet krijgen. Wist de erflater daarentegen dat de door hem benoemde uitvoerder zijner uiterste wilsbeschikking nog minderjarig is, dan krijgt deze toch het legaat, dat hem voor zijne te

praesteren diensten is toegezegd, en wel op grond van art. 935 B. W. »in alle uiterste wilsbeschikkingen worden de voorwaarden, die met de wetten strijden, voor niet geschreven gehouden.» Aan den aldus gestelden legataris staat het echter te bewijzen, dat de erflater geweten heeft, dat hij nog minderjarig was, want deze wordt verondersteld de bepaling in zijnen uitersten wil te hebben gebragt, opdat zij uitgevoerd zou kunnen worden. 1)

Zij, die niet vallen onder eene der uitzonderingen van art. 1053 kunnen uitvoerder zijn, dus ook zij, die als getuigen bij het maken van den uitersten wil zijn tegenwoordig geweest. Wanneer nu aan zoo iemand een legaat voor zijne moeite als uitvoerder is toegelegd, kan hij het dan genieten of wordt het hem belet door art. 954 B. W. houdende, dat een getuige, die bij het maken van een' uitersten wil is tegenwoordig geweest, niets mag genieten van hetgeen aan hem bij dien uitersten wil mogt zijn gemaakt? Prof. DIEPHUIS 2) beantwoordt die vraag ontkennend, omdat die belooning hem niet tot

1) Zie ook DELVINCOURT, I. pg. 861.

2) Zie DIEPHUIS V. pg. 12,

erfgenaam of legataris maakt. Ook DURANTON 1) is die meening toegedaan; volgens hem kan men zulk eene gift geen legaat noemen, het is: *une libéralité onéreuse, un honoraire en recompense des services à rendre l'espèce d'affaire do ut facias*. Dat hij echter van zijne zaak niet zeker is, bewijst genoegzaam de raad die hij geeft om, ten einde alle moeilijkheden te vermijden, liever een' ander tot getuige te nemen, dan den uitvoerder, aan wie men iets voor zijne moeite wil toelleggen. Wij houden zulk eene gift aan den executeur wel degelijk voor een legaat, hetzij men het den naam geeft van *présent* of het bij zijn waren naam noemt. Ook het bovenvermelde argument van Prof. DIEPHUIS gaat m. i. niet op. Onze wet spreekt niet van erfgenaam of legataris, — zij zegt dat »de *getuige niets* mag genieten van hetgeen hem bij dien uitersten wil is gemaakt, en dat die belooning, om de benaming van Prof. DIEPHUIS te gebruiken, hier bij *uitersten wil is gemaakt*, zal wel niemand betwisten. Ook de erfgenaam mag uitvoerder zijn: de wet verbiedt zulks nergens.

Mag de erflater ook aan zulke uitvoerders

1) Zie DURANTON, IX. pg. 380.

van zijnen uitersten wil een legaat voor hunne te nemen moeite toeleggen, die anders uit zijne uiterste wilsbeschikking geen voordeel mogen trekken? TOUILLIER 1) beantwoordt deze vraag bevestigend; hij zegt: »le testateur peut leur faire un présent modique pour les récompenser de leurs soins." Ook Prof. DIEPHUIS is van die opinie. Volgens hem »mag men het hun gemaakte niet als een verboden voordeel beschouwen; nergens is bepaald, dat zij, die uit een testament geen voordeel mogen genieten, ook niet tegen belooning iets voor de nalatenschap mogen doen." Vergoelijkend voegt hij er echter bij: »het spreekt intusschen van zelf, dat het hun toegekende voordeel dan ook van dien aard moet zijn, dat het wezenlijk eene belooning van diensten en geen legaat is, en dit zal natuurlijk door den regter naar omstandigheden worden beoordeeld. De regter moet dus oordeelen, of de belooning *un présent modique* is, om te waken dat de bepaling der wet niet ontdoken worde, en tot hoeveel processen zou dit niet aanleiding geven! Gesteld al, dat we aannemen, dat er verschil is, tusschen legaat en belooning voor praestatie van diensten, dan

1) Zie TOUILLIER pg. 537.

zou men toch moeten aannemen, dat de bepaling der wet ontdoken wordt, wanneer de gemaakte belooning, de bij de wet bepaalde te boven ging, en het onderzoek daarnaar zal altijd groote kosten na zich slepen. Natuurlijk moeten wij, die aangenomen hebben dat zulk eene belooning een legaat is, ook tot de ontkennende beantwoording van bovengestelde vraag komen.

De erflater kan ieder in wien hij vertrouwen stelt, tot uitvoerder benoemen, indien hij maar niet door de wet is onbevoegd verklaard. Het is juist niet noodig, dat dit iemand is, wiens bezittingen waarborgen opleyeren voor de rigtige uitvoering zijner verplichtingen. Het vertrouwen van den erflater is meer waard dan bezittingen, waarvan de benoemde zich toch zou kunnen ontdoen. Teregt zegt ook FURGOLÉ 1) dat het verplichtend stellen van borgtogt ten gevolge zou hebben, dat of de uitvoerder de betrekking niet op zich nam, of dat, zoo hij dit deed, de uitvoering daardoor vertraging zou ondervinden. De erflater kan hem echter, zoo hij wil, zeer zeker verplichten om voor een bepaald bedrag borg te stellen,

1) Zie FURGOLÉ IV. Chap. X. sect. IV. pg. 137.

HOOFDSTUK II.

HOE WORDEN DE UITVOERDERS VAN UITERSTE
WILSBESCHIKKINGEN BENOEMD? HOE WORDEN
ZIJ AFGEZET?

Een antwoord op de eerste vraag geeft ons art. 1052: De erfplater mag hen benoemen, hetzij bij uitersten wil, hetzij bij zoodanige onderhandsche acte als bij art. 982 vermeld is, hetzij bij eene bijzondere notariële acte.

Volgens den Code, kon de benoeming alleen bij uitersten wil geschieden 1). Al is dit ook niet uitdrukkelijk bepaald, het volgt reeds uit de behandeling van ons onderwerp in den titel over uiterste willen. Zooals we boven gezien hebben, is onze wetgever van dit principe afgeweken, om hen, die de

1) Zie GRENIER, II. pg. 464.

bij uitersten wil gedane benoeming van uitvoerder wilden veranderen, of die vergeten hadden er een' te benoemen, niet te bemoeijelijken. De erfflater kan ook uitvoerders aanstellen voor eenen later te maken uitersten wil; en wanneer iemand uitvoerders voor zijnen uitersten wil heeft benoemd, en hij maakt daarna nog nieuwe beschikkingen, is de vroeger benoemde uitvoerder ook met de uitvoering dier latere beschikkingen belast. Dit laatste is beslist door de regtbank te Breda, bij een breedvoerig gemotiveerd vonnis, d.d. 24 Junij 1847 1).

Wij hebben gezien, dat men bij onderhandsche en notariële acte uitvoerders kan benoemen; men kan dus ook door zulk eene acte, de bij uitersten wil gedane benoeming van uitvoerders herroepen en andere daarvoor in de plaats stellen. Wel is dit eene uitzondering op den regel, dat men bij onderhandsch geschrift, geen testament kan herroepen, noch het bij enkele notariële acte kan wijzigen; doch het is eene uitzondering, die door art. 1052 noodzakelijk wordt gemaakt. De wet stelt de uitvoerders gelijk, op welke wijze zij ook benoemd zijn.

1) Zie Regt en Wet, tijdschrift voor het notarisambt II. 586—591.

Ons art. geeft den erflater de bevoegdheid, »niet slechts om één, maar ook om meer uitvoerders van zijne uiterste wilsbeschikkingen aan te stellen, Hij kan ook verscheiden personen benoemen, ten einde bij onstentenis elkander als uitvoerders op te volgen.” Van die eerste bevoegdheid kan de erflater op verschillende wijzen gebruik maken. Hij kan, of hen gezamenlijk tot die betrekking benoemen, zonder ieder zijnen bepaalden werkring aan te wijzen; hij kan ook hunne werkzaamheden verdeelen, en ieder der uitvoerders zijn bepaald gedeelte aanwijzen. In dit laatste geval, zegt art. 1063 in fine: dat ieder hunner zich binnen den kring der hem opgedragene bemoeijenissen heeft te houden” In het eerste, kan ieder der uitvoerders handelen, als of hij alleen uitvoerder was, ieder hunner echter is voor het geheel ter zake van hun beheer aansprakelijk (art. 1063.) »Pour prévenir les embarras et les retards qui se produiraient infailliblement, si aucun acte de gestion ne pouvait être fait que par tous les mandataires réunis, la loi reconnaît à chacun d’après l’intention présumée du testateur, le droit d’agir à défaut des autres”, zegt MARCADÉ.” 1)

1) Zie MARCADÉ IV. pg. 118.

De wetgever heeft zich alleen het geval gedacht, dat al de benoemde uitvoerders hunne betrekking hebben aangenomen. Wat zal het geval zijn, zoo eenige der benoemden weigeren, die benoeming aan te nemen? Hierover bestaat verschil. DURANTON, 1) is van gevoelen, dat, zoo de erflater de werkzaamheden niet verdeeld heeft, en een der benoemde uitvoerders de benoeming niet heeft aangenomen, geen der overigen handelen kan, want zegt hij: »le testateur n'a peut-être placé sa confiance dans chacun d'eux qu'en considération des autres, et les légataires n'ont plus les mêmes garanties, lorsque tous n'acceptent pas. MARCADÉ 2) daarentegen beweert, dat de magt, die de wet aan ieder der uitvoerders geeft om alleen te handelen, indien alle hunne benoeming aannemen, wel het denkbeeld insluit, dat ieder niet alleen kan handelen, indien een of meer der benoemden hunne benoeming weigeren aan te nemen, maar dat die bepaling der wet niet medebrengh, dat, wanneer een of meer weigeren, de overblijvenden ook niet gezamenlijk zouden mogen handelen; dit volgt z. i. uit het algemeen beginsel der wet.

1) Zie DURANTON IX. pg. 398.

2) Zie MARCADÉ, pg. 119.

Ook wij houden het gevoelen van DURANTON voor ongegrond. Hoe ligt kan het gebeuren, dat een der benoemde uitvoerders weigert de benoeming aan te nemen. Was nu de meening van DURANTON de ware, dan zouden in dit geval de erfgenamen ab intestato uitvoerders worden, en juist om dat te voorkomen, heeft de erflater bijzondere uitvoerders benoemd. Uitvoerder en erfgenamen konden hierbij zamenspannen, en de voorzorg van den erflater ware ijdel. Wat de aanmerking aangaat, dat de erflater *misschien* den eenen om den anderen heeft benoemd, mag men van zulk eene onderstelling uitgaande, eene onderstelling die meestal zal falen, tot het buiten werking blijven van de beschikking van den overledene besluiten? Daarenboven, de benoeming tot uitvoerder is een blijk van het vertrouwen, dat men in iemand stelt, en mag men aannemen, dat men iemand tot deze gewigtige betrekking benoemende, hem nog een ander ter zijde stelt, ten einde toezigt op hem te houden? Neen, wanneer de erflater gebruik maakt van de hem gegevene bevoegdheid om meerdere uitvoerders te benoemen, dan doet hij dit om het die uitvoerders gemakkelijk te maken, om hen, in hunne soms zware werkzaamhe-

den te verligten. En dat de legatarissen niet meer denzelfden waarborg zouden hebben als één der benoemde uitvoerders bedankt, daartegen moeten wij herhalen, wat wij vroeger reeds gezegd hebben: de betrekking van uitvoerder is een blijk van vertrouwen, de erflater kan zelfs hen aanstellen, die geheel van middelen ontbloot zijn, en welken waarborg hebben dan de legatarissen? niets dan het vertrouwen, dat de erflater in de uitvoerders van zijnen uitersten wil stelde. Datzelfde vertrouwen hebben ze ook in ons geval tot waarborg, en of dat vertrouwen nu in 5 of in 6 personen gesteld is, zal voor de erfgenamen weinig verschil maken.

Ook het gevoelen van MARCADÉ deelen wij evenwel niet. Met het oog op hetgeen wij zoo even gezegd hebben, houden wij het er voor, dat hij uit art. 1433 eene verkeerde conclusie trekt. Wij gelooven dat, al weigeren sommigen der uitvoerders hunne benoeming aan te nemen, de overige toch altijd zullen kunnen handelen, als of zij de eenigen waren, die de erflater benoemd heeft. Namen wij het afwijkend gevoelen van MARCADÉ aan, dan zouden wij in de zwaarigheid vervallen, die, volgens zijne eigene woorden, hierboven blz. 65 aangehaald, de wetgever door ons art. heeft willen vermijden.

De erflater heeft meerdere uitvoerders benoemd om hunne taak gemakkelijker te maken; weigeren sommigen nu hunne benoeming aan te nemen, dan wordt het werk voor de overigen des te moeilijker. Gesteld al, dat de erflater meerdere uitvoerders had benoemd, zoo als MARCADÉ zegt, »den een' om zijne voorzigtigheid, den ander' om zijne werkzaamheid, een' derde om zijne kennis van zaken, zou er dan zoo'n groot bezwaar in zijn, om als b. v. de voorzigtige weigert, de twee anderen te doen voortwerken, als of die derde er niet bij benoemd was geweest? Of nu de twee overblijvenden gezamenlijk of afzonderlijk werken zal toch wel geen verschil maken. Zoo het de bedoeling van den erflater is geweest den een' om den ander' te benoemen, zooals MARCADÉ wil, dan moeten wij ook aannemen, dat zoo er één bedankt, de benoeming ook met betrekking tot de twee anderen, haar doel mist. Of nu de twee overblijvenden al gezamenlijk handelen, daarin ligt voor de erfgenamen en legatarissen volstrekt geen grooteren waarborg. Of zij tezamen werken, of elk op zich zelf, ieder is volgens art. 1033 C. C., overeenkomende met art. 1067 B. W., solidair gehouden.

Op deze gronden komen wij dus tot het

besluit, dat, zoo er meerdere uitvoerders zijn benoemd, zonder dat aan ieder zijnen werkring is aangewezen, en een of meer van hen de benoeming niet aannemen, de overblijvende toch handelen mogen als of zij alleen benoemd waren.

Geldt dat alles nu ook volgens onze wet? we gelooven deze vraag bevestigend te mogen beantwoorden. Art. 1063 B. W. is woordelijk vertaald uit art. 1033 C. C. Ook volgens ons regt is de betrekking van uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen voornamelijk eene betrekking van vertrouwen, hoewel zij niet meer, zooals volgens den C. C. om niet moet worden waargenomen.

Zoo de erflater aan ieder der door hem benoemde uitvoerders zijnen werkring heeft aangewezen, en één of meer der benoemden de betrekking weigeren aan te nemen, wordt het natuurlijk gerekend, dat er voor dat gedeelte der uitvoering, dat hun was opgedragen, geene uitvoerders zijn; de erfgenamen ab-intestato zijn dan voor dat gedeelte uitvoerders.

Art. 1052a geeft ook, zooals wij zagen aan den erflater, de bevoegdheid verscheidene personen te benoemen, ten einde bij ontstentenis elkander op te volgen. Die ontstentenis

zal er niet alleen zijn, wanneer de uitvoerder sterft of afgezet wordt: de regtbank te Maastricht 1) heeft geoordeeld, dat ook voortvlugtigheid van den uitvoerder voor zijn substituut eene reden is om de uitvoering op zich te nemen. Deze bepaling, die in den C. C. ontbrak, is gemaakt, met het oog op art. 1062 »de magt van den uitvoerder eens uitersten wils gaat niet tot zijne erfgenamen over.» Dit nu is een natuurlijk gevolg van de instelling: de betrekking van uitvoerder is een blijk van vertrouwen en dat vertrouwen is personeel. Prof. DIEPHUIS 2) merkt op »dat de magt van uitvoerder niet op zijne erfgenamen overgaat, maar wel zijne aansprakelijkheid voor het door hem gevoerd beheer,» en hij beroept zich hierbij op de woorden van MARCADÉ, 3) »mais ces héritiers doivent pourvoir, jusqu'à ce que l'héritier du testateur soit averti de la mort de l'exécuteur, à ce qu'exigent les intérêts de la succession; ils doivent aussi rendre compte de l'exécution commencée par leur auteur.»

MARCADÉ kon dit op zijn standpunt zeggen,

1) Zie vonnis van 20 April 1848 Weekblad van het Regt No. 951.

2) Zie DIEPHUIS V. pg. 14.

3) Zie MARCADÉ IV. 117.

met beroep op art. 2010 C.C. » En cas de mort du *mandataire*, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir en attendant à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci." Daar wij echter, met Prof. DIEPHUIS in de benoeming van uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen geene lastgeving zien, doch eene verbindtenis sui generis, kunnen wij ons niet meer beroepen op het met art. 2010 C. C. overeenkomende art. 1856 B. W. Wij moeten dus naar eenen anderen grond omzien. Dien geven ons de woorden der wet. Ons art. zegt dat de *magt* van de uitvoerders niet op hunne erfgenamen overgaat. De uitvoerders hebben echter niet alleen magt, doch ook *verplichtingen*, en tot die verplichtingen behoort het afleggen van de rekening en verantwoording. Deze gaat dus wel op de erfgenamen over.

Wanneer een dignitaris, als zoodanig, tot uitvoerder is benoemd, volgt hem zijn opvolger in zijne betrekking ook als uitvoerder op, dewijl, zooals TOUILLIER 1) zegt: » en ce cas, l'exécution était confiée moins à l'individu, alors revêtu de telle qualité, qu'à sa qualité qui ne meurt point, et qui passe à un autre après lui."

1) Zie TOUILLIER, V. pg. 545 als ook MARCADÉ IV. pg. 118

Het spreekt van zelf, dat, zoo de benoemde uitvoerders hunne betrekking weigeren aan te nemen, geen der belanghebbenden de benoeming van eenen anderen kan provoceren. De wet geeft daartoe geene bevoegdheid; alleen een *erflater* mag, volgens art. 1052, uitvoerders benoemen. Wel staat het de erfgenamen vrij, gezamenlijk een' persoon te benoemen om den uitersten wil van den erflater uit te voeren, doch die persoon is dan lasthebber van die gezamenlijke erfgenamen, en zijne regten en verpligtingen worden naar den titel »van lastgeving» beoordeeld. Hetzelfde geldt ook, zoo de erflater volstrekt geen uitvoerder heeft benoemd.

»Zal men testamentaire executeurs kunnen benoemen met de magt van adjunctie en surrogatie? Dit werd als vraagpunt van stellig regt bij de behandeling van het ontwerp van 1820 voorgesteld 1). Vijf afdeelingen beantwoordden die vraag bevestigend, eene ontkenkend. Art. 2093 van dat ontwerp bevatte dan ook de woorden: »executeurs of boedelredders kunnen door den erflater worden aangesteld met de magt van van assumtie en surrogatie.» In comité-gene-

1) Zie VOORDVIN, pg. 211, 213, 217.

raal werd echter besloten: »dat de commissie van redactie, met betrekking tot de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen, de redactie van den Code zou volgen.” Daardoor verviel het voorgestelde artikel, want de Code gaf aan den erflater de magt, waarvan in art. 2093 van het ontwerp sprake was, niet, en daar bij geen der latere redactiën ons wetboek op dit punt veranderd is, mag men volgens onze wet, de magt van assumptie en surrogatie aan de uitvoerders niet toekennen. Prof. DIEPHUIS 1), is echter eene andere meening toegedaan; hij zegt: »de wet zwijgt, en op dien grond geloof ik, dat men den uitvoerders die bevoegdheid in het algemeen niet mag toekennen, tenzij ze hun bij uitersten wil mogt zijn gegeven; maar tevens dat de erflater haar kan geven, behoudens hunne aansprakelijkheid voor het geheel, volgens art. 1063 B. W.” Wij nemen insgelijks aan, dat men de uitvoerders die bevoegdheid in het algemeen niet mag toekennen, doch wij hebben daarvoor eene andere reden als Prof. DIEPHUIS. Niet »omdat de wet er van zwijgt”, doch omdat zij het stellig verbiedt. Wij herhalen, hetgeen wij boven gezegd hebben; — art. 1052 B. W.

1) Zie DIEPHUIS, V. pg. 15.

zegt uitdrukkelijk, dat alleen de *erflater*, eenen uitvoerder mag benoemen, en geeft men den, door den erflater benoemden uitvoerder, in het algemeen het regt van surrogatie, dan zouden wij eenen nieuwen uitvoerder kunnen krijgen, niet door den erflater benoemd, doch door een' persoon, die daartoe volgens art. 1052 de magt niet heeft.

Tegen het 2^{de} gedeelte der meening van Prof. DIEPHUIS moeten wij ons ten stelligste verklaren. Het tegendeel daarvan blijkt uit de *historia legis*. Men wilde den Code volgen. Als nu de regering gemeend had, dat de erflater volgens den code de magt had aan den uitvoerder zijner uiterste wilsbeschikkingen het regt van surrogatie toe te staan, waarom zou zij dan dat vraagpunt van stellig regt hebben voorgesteld? Ook de kamer scheen den Code zoo te begrijpen, en dus, toen in het wetboek van 1830 de bepaling van art. 2093 van het ontwerp van 1820 niet werd opgenomen, geschiedde dit niet, omdat men die bepaling overbodig achte, doch alleen omdat men het beter oordeelde den Code te volgen, die, en volgens de regering, en volgens de kamer, de magt aan den erflater niet gaf. Ook in ons tegenwoordig wetboek is de bepaling niet opgenomen, en

uit de beraadslagingen over onzen titel is ons niet gebleken, dat de kamer omtrent dit punt van meening was veranderd.

Niemand is gehouden den last van uitvoerder eener uiterste wilsbeschikking aan te nemen," zegt art. 1068; doch hij moet dien last aannemen, wanneer hij een legaat, dat hem gemaakt is, op voorwaarde, dat hij de uiterste wilsbeschikkingen van den erflater zou uitvoeren, aangenomen heeft. »Hij echter, zegt hetzelfde art., die zoodanigen last heeft aanvaard, is verplicht denzelven te voleinden." De Code bepaalde dit niet uitdrukkelijk, doch de Fransche schrijvers zijn toch allen hetzelfde gevoelen toegedaan 1). Zij gaan van het beginsel der lastgeving uit, en daarbij geldt de regel »voluntatis est suscipere mandatum: necessitatis consummare." Uit de woorden, die ons art. gebruikt, volgt o. i. dat de uitvoerder zich van zijne verplichting, om geene enkele reden kan ontslaan, en dat hij, zelfs al vonden de belanghebbenden het goed, vóór dat de uitvoering geeindigd is, zijne betrekking niet mag neêrleggen. Door zijne aanneming heeft hij zich jegens den overledene verbonden, den uitersten wil ten

1) Zie GRENIER II. pg. 457.

einde toe uit te voeren, en van die verbindtenis kunnen de belanghebbenden hem niet ontslaan; daarenboven, ons art. spreekt zoo algemeen mogelijk, en laat geene uitzondering toe. 1)

Onze wet heeft ook zorg gedragen, dat een persoon die geen voldoende waarborg oplevert voor het aan hem opgedragene beheer, daarvan kan worden geweerd of verwijderd 2); want volgens art. 1069 B. W. kunnen de uitvoerders, om dezelfde reden als de voogden, worden afgezet. Zoo kunnen dus die uitvoerders worden geweerd of afgezet: 1°. die tot eene onteerende straf zijn veroordeeld; 2°. die een bekend slecht levensgedrag houden; 3°. zij, die in de waarneming hunner betrekking onbekwaamheid of ontrouw aan den dag leggen; 4°. zij, die van eene andere uitvoering zijn ontzet geworden; 5°. zij, die in staat van faillissement of kennelijk onvermogen verkeeren.

Worden zij afgezet, dan eindigt hun beheer en dan moeten zij, volgens art. 1061, rekening en verantwoording afleggen, zonder dat het noodig is, dat zij daartoe worden veroordeeld zooals art. 438^e B. W. omtrent de afge-

1) Zie DIRPHUIS, V. pg. 15.

2) Zie ASSER, pg. 370.

zette voogden wil. De afzetting nu geschiedt door de arrondissements Regtbank van de plaats, waar de erfenis is opgevallen; de uitvoerder moet gehoord worden. De belanghebbenden provoceren haar.

HOOFDSTUK III.

VAN DE REGTEN EN VERPLIGTINGEN DER UIT- VOERDERS VAN UITERSTE WILLEN.

Het eerste artikel van onzen titel, dat over die regten en verpligtingen handelt, is art. 1056, »de uitvoerders eener uiterste wilsbeschikking moeten de nalatenschap doen *verzegelen*, indien er minderjarige of onder curatele gestelde erfgenamen zijn, welke op het oogenblik van het overlijden van den erflater van geene voogden of curators zijn voorzien, of zoodanige erfgenamen, welke noch in persoon, noch bij gemagtigden, tegenwoordig zijn.» De verzegeling geschiedt zooals altijd door den kantonregter, opvordering van den uitvoerder, (Art. 659 No. 4 Regtsv.) en tot die vordering is hij in de gevallen van ons art. zelfs verplicht. De verzegeling heeft ten doel

de belangen der voormelde personen te verzekeren, daar zij daarvoor zelven niet kunnen zorgen, en geen wettigen vertegenwoordiger hebben. Op grond van art. 671 kunnen zij ook de ontzegeling vragen. Moet iedere uitvoerder doen verzegelen in het geval van ons art.? of is daartoe alleen die uitvoerder verplicht, aan wien de erflater, volgens art. 1054 B. W. de inbezitting van al de goederen der nalatenschap of van een gedeelte daarvan gegeven heeft? Voor het Fransche regt, waar de erflater aan den uitvoerder alleen kon geven *la saisine du tout, ou seulement d'une partie de son mobilier* (art. 1026. C. C.) wordt dezelfde vraag gedaan door MARCADÉ 1) en MALLEVILLE 2).

De eerstgenoemde onderscheidt: heeft de uitvoerder de saisine, dan *moet* hij de verzegeling vragen; heeft hij ze niet, dan *kan* hij doen verzegelen in het belang der legatarissen. Hij behoeft in dat geval ook geene boedelbeschrijving te doen opmaken, noch rekening en verantwoording te doen. MALLEVILLE daarentegen zegt terecht: de wet onderscheidt niet, en ook wij mogen dus geen

1) Zie MARCADÉ IV pag. 112.

2) Zie MALLEVILLE, II, pag. 479.

onderscheid maken. Hij houdt het er dus voor, dat ieder uitvoerder, in het geval van art. 1031 C. C. overeenkomende met ons art. 1056, moet verzegelen. Ook ons art. spreekt algemeen, en wij moeten dus tot dezelfde conclusie komen 1).

De tweede verplichting der uitvoerders is vervat in art. 1057. »Zij moeten eene boedelbeschrijving doen opmaken van de goederen der nalatenschap, in tegenwoordigheid of na bij behoorlijk exploit gedane oproeping der erfgenamen, welke zich binnen het koninkrijk bevinden.» Deze boedelbeschrijving houdt de wetgever voor eene der hoofdverplichtingen der uitvoerders; immers hij zegt in art. 1056 B. W., dat, wanneer de erflater bepaald heeft, dat de uitvoerders van de boedelbeschrijving bevrijd zal zijn, die bepaling van regtswege nietig is. De code, die aan de uitvoerders insgelijks de verplichting tot boedelbeschrijving oplegde, heeft geene bepaling als die van ons art. 1065. Van daar nu verschil van gevoelen, of naar het Fr. regt, toch hetzelfde beginsel gelden moest.

GRENIER 2) en FAVARD 3), houden in navol-

1) Zie hierbij ook MEINESZ diss. laud. pag. 35.

2) Zie GRENIER, II, pag. 470.

3) Zie FAVARD voc. Exéc. test. No. 7.

ging van POTHIER 1) het er voor, dat de erflater den uitvoerder van de boedelbeschrijving niet kan vrijstellen; maar TOULLIER 2), DURANTON 3) en MARCADÉ 4) zijn van eene tegenovergestelde opinie. Laatstgemelde erkent echter dat niets de erfgenamen belet zelve eene boedelbeschrijving te doen opmaken, om den uitvoerder bij het afleggen zijner rekening en verantwoording te controleren.

De uitvoerders doen de boedelbeschrijving opmaken. Zij zijn daarbij dus de hoofdpersonen. Hiertegen verklaart zich GRENIER 5). Wel schijnt het, zegt hij, dat art. 1031, overeenkomende met ons art. 1057, den uitvoerder tot hoofdpersoon maakt, doch art. 931, code de proc. civ. zegt, dat zij, die het regt hebben de ontzegeling te vragen, ook de boedelbeschrijving kunnen eischen. Nu kunnen zij de ontzegeling vragen, die het regt hebben te doen verzegelen, en dat regt hebben volgens art. 909, Code de Proc. alleen zij, die voorgeven *regt* op de nalatenschap te hebben: dus de erfgenamen.

1) POTHIER, pag. 284 en 294.

2) TOULLIER V, pag. 549.

3) DURANTON, IX, pag. 387.

4) MARCADÉ IV, pag. 115.

5) GRENIER II, pag. 460.

Deze artt. derogeren dus aan art. 1031 C. C. Zoo heeft ook het hof van appel te Brussel geoordeeld. Bij arrest van 9 Augustus 1808 heeft het beslist dat op verzoek van den erfgenaam en niet op verzoek van den uitvoerder der uiterste wilsbeschikkingen tot de boedelbeschrijving moest worden overgegaan 1). Wij moeten naar ons regt anders beslissen. Art. 959, B. Regtsv. noemt onder hen, die de verzegeling kunnen vorderen uitdrukkelijk 4o »de uitvoerders van den uitersten wil." Dit art. komt dus overeen met art. 1057 B. W., en zoo komen wij, door dezelfde redenering als die van GRENIER, voor ons regt tot een tegenovergesteld besluit.

Onze wet zegt: *doen opmaken*; de boedelbeschrijving behoeft daarom echter niet notariëel te zijn. »Indien zegt art. 678, B. Regtsv." de belanghebbenden daaromtrent eenstemmig zijn, zal de boedelbeschrijving na de opheffing der zegels, onderhands kunnen worden opge maakt in alle de gevallen, waarin de wet niet uitdrukkelijk het tegendeel mogt hebben bepaald" en dit laatste is hier niet het geval. Het ontwerp van 24 October 1823 wilde eene notariële boedelbeschrijving: bij de nieuwe

1) Zie Recueil de jurisprudence du Code XII, 76.

redactie echter van hetzelfde jaar vielen in het artikel de woorden »door een Notaris» weg. Opdat echter de boedelbeschrijving onderhands kan worden opgemaakt, moeten al de erfgenamen, waar zij zich ook bevinden, dit goedkeuren. De code de procédure civile kende alleen de notariële boedelbeschrijving, die derhalve ook in ons geval noodzakelijk was.

De uitvoerder, die de boedelbeschrijving *doet opmaken*, kiest daartoe ook den notaris, zoo zij notarieel zal worden verleden. Volgens het oude regt hadden de uitvoerders van regtswege de saisine. Zij hadden dus ook het regt de ambtenaren te benoemen, die bij de boedelbeschrijving moesten fungeren en volgens den code meent TOUILLIER, 1) dat zij dat regt ook dan hebben, als de erflater hun de saisine niet gegeven heeft.

De erfgenamen hebben echter, even als onder het oude regt, volgens den code de bevoegdheid aan de notarissen en taxateurs door de uitvoerders benoemd, andere notarissen en taxateurs ter hunner keuze toe te voegen. Zoo oordeelde ten minste het hof van Parijs, op 6 Febr. 1806 2). DURANTON 3)

1) TOUILLIER V, pag. 539.

2) Zie SIREY VI, 2. partie, pag. 517.

3) DURANTON IX, pag. 386.

maakt nog onderscheid of er erfgenamen zijn aan wie een wettelijk erfdeel toekomt, of dat dit niet het geval is.

Blijkt het eerste, dan hebben deze volgens hem de benoeming. Maar de code spreekt even als onze wet algemeen. Wij kunnen dus de onderscheiding van DURANTON niet overnemen.

Naar onze wet kan men ook de beslissing van het hof van Parijs niet billijken. Onze wet zorgt op eene andere wijze voor de belangen der erfgenamen; de boedelbeschrijving moet in hunne tegenwoordigheid worden opgemaakt, in allen gevalle moeten zij bij behoorlijk exploit worden opgeroepen, om er bij tegenwoordig te zijn. Het wetboek van 1830 1) had alleen de woorden »na gedane oproeping.» Die woorden gaven in 1832 aan de derde afdeeling aanleiding om te vragen: »of de wijze van oproeping niet zoude moeten omschreven worden;» dien ten gevolge werden de woorden: »bij behoorlijk exploit» in 1833, bij de nieuwe redactie, ingevoegd. De oproeping behoeft echter alleen te geschieden aan de erfgenamen, die zich binnen het koningrijk bevinden.

1) VOORDUIN IV, 224.

Volgens het ontwerp van 24 October 1823 (later art. 5 der wet van 8 Jan. 1824) behoefden alleen die erfgenamen opgeroepen te worden, die zich binnen het arrondissement bevinden, waarin de nalatenschap is opengefallen.

Dit werd echter veranderd bij art. 5 van het ontwerp van 26 October 1832. Toen werden de artt. 1056—1061, B. W., die in het Wetboek van 1830 slechts een art. (1094) uitmaakten, gewijzigd, zóó als ze thans luiden. De uitvoerder moet waken voor de belangen der erfgenamen, die niet zijn opgeroepen, omdat zij zich buiten 's lands bevonden, of die niet zijn opgekomen. Daar hij zelf de erfgenamen tot de boedelscheiding oproept, staat het natuurlijk aan hem, den tijd daartoe te bepalen.

Art. 1058 B. W. omschrijft de derde verplichting der uitvoerders. »Zij dragen zorg, dat des overledenens uiterste wil worde ten uitvoer gelegd, en zij kunnen, in geval van verschil, in regten optreden, om de geldigheid van den uitersten wil staande te houden.» Dezelfde verplichting legde hun art. 1031 C. C. op, en deze is (zooals de naam, dien zij dragen aanduidt) hunne hoofdverplichting. De erfflater heeft hen aangesteld om te zorgen,

dat de erfgenamen de verplichtingen, hun in den uitersten wil opgelegd, ten uitvoer brengen. 1)

De bevoegdheid die art. 1058 hun geeft om ingeval van geschil in regten op te treden, ten einde de geldigheid van den uitersten wil staande te houden, gaf de code niet zoo algemeen. Ils pourront en cas de contestation sur son exécution, *intervenir* pour en souvenir la validité. Hier wordt dus een reeds bestaand geschil verondersteld, — bij ons heeft het woord *geschil*, die beperkte beteekenis niet. De kantonregter te Boxmeer, 2) en de Hooge Raad, 3) vernietigende een arrest van het Hof te Groningen, dat in onzen zin gewezen was, zijn echter van eene andere meening.

De H. R. heeft daarbij overwogen, »eensdeels dat de executeurs, volgens de woorden der wet, daartoe niet verplicht zijn, maar dat hun alleen de bevoegdheid is gegeven, om zulks te doen; ten andere, dat evenzeer het wetsartikel die bevoegdheid alleen geeft in cas van opgekomen geschil, d. i. in geval

1) Zie vonnis van Rotterdam, 7 Sept. 1846, Weekblad No. 761.

2) Zie Weekblad 1253.

3) Zie Weekblad 1281.

van contestatie tusschen de belanghebbenden, en dat eindelijk die bedoeling ook blijkt, uit de vergelijking van den Franschen text van dit artikel, waarbij de uitdrukking, »in regten opkomen" wordt genoemd *intervenir*, als uit de vergelijking van art 1031 C. C., waarbij mede aan executeuren de bevoegdheid is gegeven van interventie, in cas van contestatie en welke bepaling bij het ingeroepen art. 1058 B. W. blijkbaar is overgenomen," enz. Wij kunnen ons met de verklaring der woorden, »opgekomen geschil," zooals die door den Hoogen Raad gegeven wordt, niet vereenigen.

Wij meenen, dat, wanneer een der erfgenamen ab intestato de niet geldigheid van den uitersten wil om de eene of andere reden beweert, de uitvoerder bevoegd is de geldigheid daarvan staande te houden, zonder dat een der gestelde erfgenamen er zich mede moet. Wij komen tot die beslissing door de geschiedenis van ons artikel na te gaan. In het ontwerp van 24 October 1823, maakten, zooals wij boven gezien hebben, de artt. 1056—1061 B. W. een art. uit. In dat art. was ééne paragraaf die aldus luidde: »Zij moeten toezien, dat des overledenen uitersten wil, worde ten uitvoer gebragt, en zij kunnen

in geval van geschil over deze uitvoering van den uitersten wil *tusschen beide komen*, om de geldigheid daarvan staande te houden." Evenzoo luidde de officiële Hollandsche vertaling van den C. N. Bij de nieuwe redactie, in 1823, zijn de woorden »tusschen beide komen" veranderd in »in regten optreden." 1) Moet men nu, niettegenstaande de verandering, aan die woorden, toch de beteekenis hechten van het woord *intervenir*? Immers neen: Waartoe zou die verandering dan gediend hebben? Had de Wetgever werkelijk gewild, wat de H. R. meent, dan zoude hij zijne bedoeling zeker verklaard hebben. Indien wij de oude redactie van 1823 niet kenden, dan zouden wij nog aan eene slechte vertaling van den code kunnen denken, doch thans is daartoe geen mogelijkheid meer.

Uit het bovenstaande blijkt o. i. genoegzaam dat de bewering van den Hoogen raad »dat dit art. blijkbaar uit art. 1031 geheel is overgenomen," ten eenenmale onjuist is. Natuurlijk moet er een geschil zijn omtrent de geldigheid van den uitersten wil. Procedures, in het algemeen omtrent de nalatenschap mogen zij niet voeren. Meestal zullen zij in het

1) Zie VOORDUIN, IV. pg. 223.

hier bedoeld geschil over de geldigheid van den uitersten wil, gedaagden zijn, het kan echter ook gebeuren, wanneer de erfgenaam de geldigheid van den uitersten wil op eene of andere wijze tegenspreekt, dat de uitvoerder eischer is. 1)

Zij *kunnen* in regten optreden zegt ons art. verder; zij zijn daartoe dus niet verplicht. Zij kunnen het doen, wanneer zij het raadzaam achten. Het zou ook onbillijk zijn hun hier eene verplichting op te leggen, daar het zeer goed gebeuren kan, dat de uiterste wil nietig is en zij dan de geregtskosten uit eigen beurs zouden moeten betalen. Er zijn echter ook gevallen, waarin de uitvoerder in regten kan optreden, zonder dat de geldigheid van den uitersten wil wordt betwist, b. v. als de erflater aan den uitvoerder de in bezitneming van de goederen der nalatenschap heeft toegekend, en de erfgenamen hun die in bezitneming weigeren. In dat geval hebben zij het regt de in bezitstelling van den regter te vragen. De regtbank te Zutphen, nam dan ook bij het hierboven vermelde vonnis, aan »dat ofschoon de wet er

1) Zie SCHULLER, ad art. Vonnis van 's Hage van 3 Januarij 1840, Weekblad 74, en van Zutphen, 2 April 1840. Weekblad 161.

van zwijgt, aan den uitvoerder, in bijzondere gevallen, vooral aangaande deszelfs bezit en beheer, die bevoegdheid niet ontzegd kan worden, dewijl hij anders feitelijk buiten de mogelijkheid zoude worden gesteld, om den wil van den overledene ten uitvoer te leggen, en te beantwoorden aan het doel zijner benoeming." Zoo oordeelde ook de regtbank te Amsterdam dat, "executeurs testamentair bevoegd zijn, om van hunnen mede-executeur, in regten te vragen de afgifte van effecten, door den erflater aan dien mede-executeur, bij zijn leven, in bewaaring gegeven. 1)

Procedures echter omtrent den nalatenschap zelve moeten de erfgenamen voeren, de uitvoerders zijn geene vertegenwoordigers van die erfgenamen of van de legatarissen, zooals de Hooge Raad terecht heeft beslist. 2)

De legatarissen moeten de afgifte van hun legaat van de erfgenamen vragen; dit volgt uit art. 1006 B. W. Dat art. schijnt te strijden met art. 1055, B. W. waaruit sommigen opmaken, dat de uitvoerders de bevoegdheid

1) Zie vonnis van Amsterdam, 27 Sept. 1843. Regtsgel. Bijbl. VI. 213.

2) Zie arrest van 14 November 1851. Weekbl. 1281.

hebben de legaten te voldoen. Mr. DE PINTO 1) neemt dien strijd ook aan, doch wil de beide artikelen met elkander in overeenstemming brengen door te stellen: »dat de uitvoerders in der minne de legaten *kunnen* afgeven; maar dan ook zich voor de wettigheid daarvan verantwoordelijk stellen; maar dat de legataris, die zijn legaat in regten wil opvorderen, den erfgenaam moet aanspreken en niet den uitvoerder.” De artikelen strijden echter volstrekt niet met elkander. Art. 1055 zegt: »dat indien alle erfgenamen het eens zijn, zij het bezit kunnen doen ophouden, mits zij de uitvoerders in staat stellen tot de betaling of afgifte der zuivere en onvoorwaardelijke legaten, of doen blijken, dat die legaten reeds voldaan zijn. Juist de woorden, *in staat stellen*, toonen genoegzaam aan, dat de uitvoerders niet bevoegd zijn tot het uitkeeren der legaten, want hebben zij die bevoegdheid, en hebben zij bovendien het bezit, dan kan er van geene in staat stelling sprake zijn.

Wanneer zij het bezit niet hebben en zij hadden toch de bevoegdheid, dan zou de wetgever aan de erfgenamen zeker de magt

1) Zie de PINTO. Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek II. pag. 363.

niet gegeven hebben om de legaten zelven te voldoen; immers het zou tot groote verwarring aanleiding kunnen geven, wanneer beide, zonder iets van elkander te weten, het legaat uitkeerden. Het artikel beteekent, alleen dat de waarborg, dien de erfflater door de inbezitneming aan den uitvoerder heeft willen geven, voor de rigtige uitkeering der legaten niet meer noodig is, wanneer de erfgenamen toonen, dat zij de legaten reeds hebben voldaan, of den uitvoerder in staat stellen ze te voldoen. »Le but de la saisine est alors rempli,» zegt DURANTON. 1)

De uitvoerder kan de legaten eerst dan uitkeeren, wanneer de erfgenaam er in toestemt. Hij is benoemd, niet om den uitersten wil van den erfflater zelf ten uitvoer te leggen; doch om over die uitvoering te waken. Alleen tegen de erfgenamen kan de regtsvordering tot afgifte der legaten worden ingesteld, omdat deze, zooals TOULLIER 2) zegt: »sont principalement intéressés à discuter si le legs est valide ou non. Quoiqu'obligé par devoir d'exécuter les volontés du défunt, il

1) Zie DURANTON IX, pag. 381, als ook: MARCADÉ IV, pag. 111 ad art. 1027.

2) Zie TOULLIER V, pag. 542.

doit attendre le consentement des héritiers, parcequ'il peut arriver que les demandes formées entament leurs droits ou soient en elles mêmes malfondées. Wanneer den uitvoerder de inbezitneming der nalatenschap door den erflater gegeven is, kan de erfgenaam hem tot de afgifte der legaten magtigen. Ook bij regterlijk vonnis kan hij daartoe gemagtigd worden.

De regtbank te Breda heeft bij vonnis van 29 Junij 1847 beslist, 1) »dat uit de roeping en verpligting der uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen in het algemeen wel kan worden afgeleid, dat zij, wanneer het eene beschikking geldt, waarbij geen derde personen zijn geïnteresseerd, de erfgenamen, des noodig, in regten kunnen verpligten, aan zoodanige beschikking gevolg te geven, of hen hiertoe in staat te stellen; doch dat er tusschen uitvoerders en erfgenamen geen regtsband bestaat, krachtens welken de eerste, ook om de uitvoering van de gewone legaten aan derden te verzekeren, als principale eischers tegen de laatsten kunnen optreden.»

1) Zie Regt en Wet. Tijdschrift voor het notarisambt, II 586.

Ook uit art. 1059^a B. W. zou men kunnen opmaken, dat de uitvoerders de bevoegdheid hadden om de legaten uit te keeren. Doch dit artikel kan evenzeer zien op het geval, dat de erfgenamen of de regter den uitvoerder tot het uitkeeren der legaten gemagtigd hebben, en daar ons van elders blijkt, dat de uitvoerders daartoe niet bevoegd zijn, moeten wij het artikel in laatstgemelden zin opvatten.

De betaling der schulden is aan den uitvoerder niet opgedragen, daar hij de nalatenschap niet in staat van scheiding en deeling behoeft te brengen. 1) Daarenboven hij vertegenwoordigt den erflater niet; dit doen alleen de erfgenamen; deze volgen den erflater in al zijne regten en verpligtingen op, en onder die verpligtingen behoort ook het betalen der schulden. De schulden staan dan ook tot de uitvoering van den uitersten wil volstrekt niet in onafscheidelijk verband; zij zouden er ook zonder den uitersten wil zijn. De erfgenamen moeten oordeelen, of de schuld wettig is; daarenboven, zij kunnen de nalatenschap aanvaarden, hetzij zuiver, - hetzij onder het voorregt van boedelbeschrijving. Doen zij het op de laatstgenoemde wijze,

1) Zie SCHULLER, ad art. 1059.

dan moeten alle schuldeischers pondsponds gelijk worden uitbetaald; betalen de erfgenamen aan de schuldeischers hunne geheele vordering, naarmate zij opkomen, dan worden zij gerekend zuiver te hebben aanvaard.

Uit die pondspondgelijke betaling volgt, zooals de regering bij de memorie van toelichting in 1832 opmerkte, »dat de betaling door niemand anders dan door de erfgenamen kan geschieden, omdat deze alleen in staat zijn bij zich zelve te beraden, of zij den boedel zuiver willen aannemen, of van het voorregt van boedelbeschrijving gebruik maken, om niet te zeggen, dat uit de betalingen; door den uitvoerder gedaan, de oudtijds zoo zeer betwiste vraag zoude geboren worden: of, en in hoeverre door die daad, akte hereditair is gepleegd, en of daardoor de nalatenschap moet geacht worden, zuiver te zijn aanvaard.» De schuldeischers, die volgens de wet pondspondgelijk moeten worden betaald, zouden, zoo de uitvoerder de schulden kon betalen, voor zoover de boedel strekte, willekeurig in hunne regten worden verkort.

MERLIN 1) vraagt, hoe het gaan moet, als de uitvoerder het bezit der nalatenschap heeft,

1) Zie MERLIN, voce exéc. test. No. 6.

en de schuldeischers daarop beslag leggen. »En ce cas, zegt hij, il ne doit payer, qu'en le faisant ordonner en justice avec l'héritier, qui a grand intérêt, qu'on ne paye pas des dettes supposées. Kan echter de uitvoerder door den erfflater met de voldoening van diens schulden belast worden?

Volgens art. 1093 van het Wetboek van 1830 was dit geoorloofd. Bij de herziening werd die bepaling echter weggelaten.

»De reden dier weglating,» zeide de regering in de memorie van toelichting van 1832, »bestaat daarin, dat men niet zoo gaaf bij de wet heeft willen erkennen, dat de uitvoerder met de betaling der schulden zoude kunnen worden belast, omdat daardoor eene tegenstrijdigheid zoude kunnen worden geboren met het stelsel, dat bij den 14den titel omtrent het voorregt van boedelbeschrijving is aangenomen,» (de pondspoudsgelijke uitbetaling.) Het stelsel scheen ook deswege onaannemelijk, omdat zeer vele boedels, door de minderjarigheid der gerechtigden of medege-rechtigden onder het voorregt van boedelbeschrijving moeten worden aanvaard.»

Mr. H. J. SMIDT is evenwel van een ander gevoelen: hij meent, dat wanneer de uitvoerder benoemd is, »om de nalatenschap

te beredderen en tot liquiditeit te brengen, met verleening van al de tot de uitvoering van die commissiën vereischte magt, last en gezag, deze ook verplicht is om de schulden te betalen, en dat hij zelfs wanneer hem het *bezit* der nalatenschap niet gegeven is, de schulden uit eigen beurs zal moeten voldoen, met verhaal op de nalatenschap.

De betaling der schulden (zoo redeneert hij) is stellig eene zaak, betrekkelijk tot de werkzaamheden van den executeur. 1)

Men beroepe er zich hierbij niet op, 2) dat de erflater er groot belang in kan stellen, dat er voor gezorgd worde, dat zijne schulden betaald worden; wanneer hij den erfgenaam in dit opzigt niet genoeg vertrouwt, de schuldeischer bezit toch genoegzame middelen om het zijne uit den boedel te erlangen. Uit de aangehaalde woorden der memorie van toelichting volgt o. i. duidelijk genoeg, dat de regering aan de uitvoerders de bevoegdheid om de schulden der nalatenschap te betalen heeft willen ontzeggen, ook dan wanneer de erflater hen daarmede belast heeft; want als de wet iets niet *zoo gaaf*

1) Regt en wet, VI, pag. 36.

2) Zie ASSER, pag. 366 en de PINTO, II, pag. 285.

erkent, dan moet zij het *wel erkennen*; tertium non datur.

Volgens het oude Fransche regt waren de uitvoerders verplicht de schulden te betalen. Dit kwam echter niet, omdat zij de saisine hadden, zooals GRENIER 1) wil, doch hunne betrekking bragt het van zelf mede. Dit blijkt duidelijk uit art. 291 der coutumes d'Orléans »ils doivent *comme exécuteurs* répondre des *dettes*.”

TOULLIER 2) neemt aan, dat naar den Code de uitvoerders wel niet per se bevoegd zijn om de schulden te betalen, maar hij acht er hen gerechtigd toe wanneer de erflater hun daartoe de magt heeft verleend. Zij behoeven daartoe echter, naar zijn gevoelen in elk geval of de toestemming der erfgenamen, of een vonnis, in kracht van gewijsde gegaan. Het eerste gedeelte van zijne bewering spreekt van zelf: ook bij ons is de uitvoerder zeker tot uitbetaling der schulden gerechtigd, indien de erfgenamen hunne toestemming geven: hij is dan in zekeren zin lasthebber van de erfgenamen, en de last, door den erflater gegeven, doet niets af. Maar wat zijne verdere bewering aangaat, gelooven wij niet, dat de regter den

1) Zie GRENIER II, pag. 543.

2) Zie TOULLIER V, pag. 543.

uitvoerder in deze magtigen kan, omdat het betalen der schulden zooals boven is aange-
toond, diens bevoegdheid te bovengaat.

MARCADÉ is dan ook van onze meening, »l'exécuteur testamentaire.» zegt hij, »n'est ja-
mais tenu à ce titre de payer les dettes du
défunt.»

Art. 1059 geeft aan de uitvoerders ten aan-
zien van het verkoopen der goederen eene veel
uitgestrekter magt dan art. 1031 van den Code.
Het laatstgenoemde art. geeft hun alleen de
magt tot »la vente du mobilier,» ons artikel
vergunt hun des noods ook een of meer der
vaste goederen te verkoopen, doch alleen met
verlof van de Arrondissements-Regtbank, in
het openbaar en volgens de plaatselijke ge-
bruiken. Zijn de erfgenamen het echter eens,
en zijn er onder hen geene toezigt behoevende
personen, dan kan de verkoop ook onder de
hand geschieden. Deze bevoegdheid om te
verkoopen hebben, volgens ons artikel, de uit-
voerders alleen dan, wanneer de vereischte
penningen niet voorhanden zijn tot het uit-
keeren den legaten, en eerst wanneer de erfge-
namen toestemmen, dat de uitvoerders de
legaten betalen, kunnen zij daartoe overgaan.
De erfgenamen kunnen dan ook, volgens het
laatste gedeelte van de eerste alinea van ons

art., den verkoop voorkomen door de noodige penningen voor te schieten, en natuurlijk even zoo, door aan de uitvoerders te doen blijken, dat zij de legaten reeds uit eigen middelen hebben uitgekeerd.

De plaatselijke gebruiken, hier bedoeld zijn die van de plaats, waar de verkooping geschiedt, en niet die van de plaats, waar de goederen gelegen zijn.

Buiten het geval van art. 1059 mogen de uitvoerders de goederen der nalatenschap niet verkoopen. Art. 1061 B. W. verbiedt het zelfs aan de uitvoerders, die het zouden willen doen, om de erfenis in staat van scheiding en deeling te brengen. In den code ontbrak deze bepaling, zoo ook in het wetboek van 1830. Toen men nu na de afscheiding van België tot eene herziening van ons wetboek in Noord-Nederlandschen zin overging, namen ons tegenwoordig art. over uit art. 902 van het wetboek Napoléon, ingerigt voor het koninkrijk Holland. In ons oud regt, bestond volgens ASSER, 1) eene dergelijke bepaling niet; doch men heeft ze vastgesteld uit aanmerking, dat de boedelscheiding en de wijze waarop die plaats heeft, alleen de belang-

1) Zie ASSER, pg. 368.

hebbenden raakt, die met in achtneming der bepalingen van de wet, daaromtrent naar welgevallen kunnen handelen, zonder dat de erflater het vermogen behoort te bezitten, om door middel van uitvoerders van den uitersten wil zich deswege te bekommeren. Wel moeten echter de uitvoerders, volgens ons art. de erfgenamen *behulpzaam* zijn, in het maken der scheiding, althans zoo deze het verlangen.

Kan de erflater aan de uitvoerders van zijnen uitersten wil grootere magt toestaan dan de wet hun geeft? De regtbank te 'sHage, heeft besloten, dat zoo de erflater geene erfgenamen nalaat aan welke een wettelijk erfdeel toekomt, hij in zijnen uitersten wil aan den uitvoerder de magt mag toekennen eenige onroerende goederen te verkoopen. Deze beslissing is genomen o. a. op grond, dat de erflater, over zijne geheele nalatenschap vrij kunnende beschikken, aan de erfstellingen zoodanige bepalingen en voorwaarden mag verbinden, als hij goed vindt, en dat dus zoodanige beschikking verstaanbaar en mogelijk zijnde, niets bevat, dat strijdt met de publieke orde of met de goede zeden. Wij houden deze beslissing echter, op historische gronden, voor onjuist. Er werd, bij de beraadslaging

over onzen titel, als vraagpunt van stellig regt, overwogen, of de testateurs bij privatieve clausulen aan testamentaire executeuren eene *uitgebreider* magt zouden mogen geven dan de *wet* hun toekent?

Onder privatieve clausulen verstond men volgens VOORDUIN zoodanige beschikkingen, welke, volgens den wil des erflaters, door den erfgenaam of legataris moesten worden geëerbiedigd, op straffe van zich van het voordeel aan hen besproken, verstoken te zien.

De bedoeling der voorgestelde vraag was dus deze: »zal dat gedeelte van een testament waarbij een erflater meer magt aan eenen executeur opdraagt dan de Wet, al dan niet als eene voorwaarde, met de wetten strijdende, voor niet geschreven kunnen gehouden worden, met dat gevolg, dat de erfgenaam of legataris, zich die beschikkingen niet latende welgevallen, echter datgene zal genieten, wat hem door den testateur besproken was, voor het geval dat hij in de gemaakte beschikkingen zoude berusten, en anders niet" 1). Deze vraag werd met overgrootte meerderheid van (53tegen 9) stemmen ontkennend beantwoord en daarmede schijnt mij uitdrukkelijk het tegen-

1) Zie VOORDUIN IV, pag. 214.

deel bepaald van wat de regtbank te 's Hage aanneemt. De erflater kan zeer zeker aan zijne erfstelling zulke bepalingen en voorwaarden verbinden, als hem goeddunken, doch volgt daaruit, dat hij aan derden eene bevoegdheid mag geven, die haren grond niet in de wet heeft? Wij gelooven dit gerustelijk te kunnen ontkennen. Doch bovendien, de uitvoerder is geen eigenaar der goederen, hij mag ze dus, wanneer eene uitdrukkelijke wetsbepaling niet het tegendeel bepaalt, alleen als lasthebber verkoopen; en lasthebber is hij in ons geval niet, want volgens art. 1850 B. W. eindigt lastgeving met den dood van lasthebber en lastgever. Ook eene stellige bepaling waarbij aan den uitvoerder de magt gegeven wordt, om de nalatenschap te gelde te maken ontbreekt in ons Wetboek. Als wij daarbij in aanmerking nemen wat de regering in hare memorie van toelichting van het jaar 1832 1) zeide, dat zij op eene duidelijke wijze de magt en de bevoegdheid van den uitvoerder *had bepaald*, mogen wij den uitvoerder niet meer magt toestaan dan de wet hem gegeven heeft 2).

Wij willen hier nog kortelijk de aandacht

1) Zie VOERDUIN IV, pag. 223.

2) Zie hierover ook Weekblad No. 416 en arrest van het Hof van Utrecht 14 Maart 1856 N. R. B. V. 603, 604.

vestigen op een geval, onlangs te Zalt-Bommel voorgekomen, dat echter tot geene regterlijke beslissing heeft aanleiding gegeven.

Eene aanzienlijke vrouw aldaar, had bij uiterste wil hare nalatenschap vermaakt aan het Gasthuis te Dordrecht, maar daarbij tevens den uitvoerder gelast, hare onroerende en roerende goederen te gelde te maken, en den opbrengst daarvan aan genoemd gesticht uit te keeren.

De erfenis werd, na bekomen koninklijke magtiging, door de regenten van het gasthuis aanvaard: maar toen nu de uitvoerder tot den verkoop der goederen wilde overgaan verzetteden de regenten zich daartegen, op grond, dat eene stichting hare goederen niet verkoopen mogt zonder daartoe door Gedeputeerde Staten gemagtigd te zijn.

De uitvoerder ging echter, na twee regtsgeleerden, die in verschillenden zin adviseerden, geraadpleegd te hebben, met den verkoop door, en keerde vervolgens aan de regenten, die thans schenen te berusten de opbrengst uit.

Het komt ons, op de boven aangevoerde gronden voor, dat de uitvoerder in deze, zijne magt te buiten is gegaan, en dat hij niet tot den verkoop had mogen overgaan, zonder speciale lastgeving van de regenten, die van

hunne zijde vooraf door Gedeputeerde Staten hadden moeten zijn gemagtigd.

Wij moeten thans overgaan tot de beschouwing van het allergewichtigste der regten, die de erflater aan den uitvoerder geven kan: te weten de geheele of gedeeltelijke inbezitneming van de goederen der nalatenschap 1) (art. 1054 B. W.)

De erflater verleent dat regt om den uitvoerder des te beter in staat te stellen zijnen uitersten wil uit te voeren. De meeste Noord-Fransche coutumes hadden de inbezitneming den uitvoerder van regtswege toegekend, hetzij van al de goederen der nalatenschap, hetzij alleen van de roerende goederen; zie b. v. VARIN cout. de Rheims, 1481, I. pag. 680, waar het eerste, de coutumes de Paris, waar het laatste het geval was. Die inbezitneming van regtswege is hun echter door art. 1026 van den Code ontnomen; de erflater heeft volgens dat artikel, alleen de bevoegdheid om den uitvoerder de inbezitneming te geven van alle of van een gedeelte der roerende goederen, terwijl het bezit in geen geval langer dan een jaar

1) Zie over het bezit der uitvoerders J. J. BEAUJON spec. hist. jur. de possessione exec. test. Leiden 1848.

jaar mag duren. De Fr. wetgever heeft die bepaling voor een deel, en wel bepaaldelijk met betrekking tot de zaken, die de uitvoerder in bezit kan nemen en den duur van het bezit overgenomen uit art 297 van de coutume de Paris. De laatste alinea van het artikel »s'il ne la leur a pas donnée, ils ne pourront l'exiger" is daarentegen afkomstig uit de coutumes van »le pays du droit écrit. 1) In ons Wetboek Napoleon, ingerigt voor het koninkrijk Holland, kwam eene diergelijke bepaling niet voor.

Bij ons werd ook hiervan een vraagpunt van stellig regt gemaakt. »Zullen," zoo vroeg men, »testamentaire executeurs het regt hebben om zich in het bezit der roerende goederen te stellen; of moet hun de bevoegdheid daartoe bij uitersten wil worden toegekend? De gevoelens waren eerst zeer verdeeld; doch later besloot men, dat de Commissie van Redactie den Code zou navolgen. Art. 1092 van het Wetboek van 1830 luidde dan ook ongeveer als art. 1026, C. C. en de inbezitneming strekte zich dus alleen tot de roerende goederen uit. Bij het ontwerp van 26 October 1832, werd de tegenwoordige Redactie aangenomen 2).

1) Zie MARCADÉ IV, pag. 478.

2) Zie VOORDUIN, IV, pag. 214.

»Men heeft, zcide de regering, geene overwegende redenen gevonden om onroerende zaken van die inbezitneming uit te sluiten, en alzoo zijn alle zaken, zoo roerende als onroerende, te dezen op dezelfde lijn geplaatst, omdat men het van even groot belang heeft geacht, zoowel voor het behoud van een toezigt op de laatste, als voor de bewaring der eerste te zorgen.»

De code civil noemt die in bezitneming *la saisine*. Die *saisine* is volgens MARCADÉ 1): »une détention matérielle, une simple garde des meubles, qui rend l'exécuteur, non pas possesseur, mais simple séquestre du mobilier. Bij de discussiën, over ons art. wilden de afdeelingen *saisine* niet vertaald hebben door inbezitneming, doch door beheer of bewind. De regering echter antwoordde, dat »*saisine* ook niet alleen is beheer of bewind, maar dadelijk inbezitneming.»

De uitvoerders krijgen alzoo het bezit van de goederen des erflaters, terwijl de artt. 880 en 1002 B. W. van het bezit van die goederen van regtswege aan de erfgenamen toekennen; strijdt dit niet met den regtsregel: »*duo eandem rem in solidum possidere non possunt?* Geens-

1) Zie MARCADÉ, IV. pag. 109.

zins; er is een groot verschil tusschen die beide soorten van bezit. De erfgenaam is de ware bezitter; de uitvoerder heeft voor hem alleen het feitelijk bezit, de erfgenaam bezit door den uitvoerder. »L'exécuteur testamentaire," zeide de Heer NICOLAI, »auquel la saisine des biens aura été donnée par le testateur, ne pourra empêcher les effets de la *saisine légale* que la *loi* donne à l'héritier, celui-ci, malgré la saisine de l'autre, sera *le seul possesseur légal de l'hérédité*, et l'exécuteur testamentaire semblable à une séquestre ou à un dépositaire, n'aura la détention qu'au nom et pour le compte du propriétaire" 1). Ook MARCADÉ 2) zegt zeer juist: »l'exécuteur testamentaire n'aura donc qu'une *saisine de fait*, qui ne diminue pas la *saisine de droit* de l'héritier ou du légataire universel, et celui-ci, sera toujours possesseur civil, comme l'est le propriétaire dont le fonds est occupé par un fermier ou un usufruitier" 3).

Uit de woorden van NICOLAI blijkt, dat de uitvoerder altijd voor een ander bezit, en dat die ander meestal zal zijn de erfgenaam bij ver-

1) Zie VOORDUIN IV, pag. 218.

2) Zie MARCADÉ I. I.

3) Zie hieromtrent ook TOUILLIER V, pag. 538 en DURANTON IX, pag. 380.

sterf, of de erfgenaam krachtens uiterste wilsbeschikking. Volgens art. 596 B. W. krijgen deze het bezit door de uitvoerders, zelfs voor dat zij van het inbezitnemen der zaken hebben kennis gekregen. Maar voor wie bezitten de uitvoerders dan, wanneer er noch wettelijke erfgenamen noch erfgenamen krachtens uiterste wilsbeschikking zijn maar de erflater over al zijne goederen beschikt heeft bij wijze van legaten, wier afgifte de legatarissen aan de uitvoerders van den uitersten wil moeten vragen 1)? De quaestie daar gelaten, of de erflater bij uitersten wil den uitvoerder met het betalen der legaten mag belasten, (wij hebben vroeger het tegendeel aangetoond, namelijk dat de uitvoerder alleen betalen mag met toestemming der erfgenamen en van zulk eene toestemming kan hier natuurlijk geen sprake zijn) meenen wij, dat de uitvoerder in het gestelde geval bezit voor hem, die naderhand blijkt de juridieke bezitter der nalatenschap te zijn geweest.

VERNÈDE 2) meent, dat de uitvoerders in dat geval bezitten voor den staat; »want» zegt hij »ofschoon deze door den regter in het

1) Zie SCHULLER, ad art.

2) Zie VERNÈDE, ad art.

bezit gesteld moet worden, sluit dit daarom niet uit, dat de staat een regt heeft op dat bezit, ja zelfs bevoegd is om bij cene onbeheerde nalatenschap zich bij voorraad in het bezit der nagelatene goederen te doen stellen." Wij mogen dit echter niet aannemen. Art. 1175 B. W. zegt, dat eerst, wanneer zich na verloop van 3 jaar geene erfgenamen opdoen, de staat zich voorloopig in het bezit kan doen stellen. Voor dien tijd heeft de staat dus volstrekt geen regt op het bezit; de uitvoerder kan dus ook gedurende dien tijd het factische bezit niet voor hem hebben.

»Mag de erflater, wanneer er erfgenamen zijn, aan wie een wettelijk erfdeel toekomt, den uitvoerder de inbezitneming geven van al de goederen zijner nalatenschap, of moet hij zich beperken tot die, welke het wettelijk erfdeel te boven gaan? Prof. DIEPHUIS 1) neemt het eerste aan, en hij wordt daarin gevolgd door den heer W. F. OVERHOFF. 2)

Hunne gronden zijn o. a., dat, zoo de wetgever de beperking gewild had, hij, dat evenals op andere plaatsen der wet, b. v. in

1) Zie DIEPHUIS en B. W. V. pag. 28 en Opm. en Med. VI. 301—305.

2) Zie Regt en Wet, VI. pag. 61.

art. 1066 van denzelfden titel, wel zou verklaard hebben, door er bij te voegen: *mits hierdoor geen inbreuk worde gemaakt op de vrije uitkeering van het wettelijk aandeel der erfgenamen*, — en dat de inbezitneming der erfgenamen dan ook minder is eene beperking in de vrije beschikking over — dan wel eene beperking in het vrije beheer der goederen.

Bovendien, zeggen zij, daar het wettelijk erfdeel een gevolg is van de bepaling der wet, kan de wet zelve daarop elders wel eenigen inbreuk maken, en dat schijnt zij werkelijk hier gedaan te hebben. Prof. OPZOOMER 1) is van eene andere meening; zoo ook Mr. H. J. SMIDT 2). Wij vereenigen ons geheel met dit laatste gevoelen.

Teregt is door Prof. OPZOOMER opgemerkt: »dat het bezit des uitvoerders wel degelijk de vrije beschikking der erfgenamen belet, daar de uitvoerder niet tot afgifte der onder zijn beheer gestelde goederen kan gedwongen worden dan op ééne wijze, door de wet zelve aangeduid.» En wat het laatste argument van Prof. DIEPHUIS betreft, wij stemmen geheel met zijn ambtgenoot in, dat dit eene

1) Zie Prof. OPZOOMER, B. W. I. pag. 325.

2) Zie Mr. H. J. SMIDT, en Regt en Wet, VII. bl. 36.

miskenning is van den regel, die in de uitlegkunde geldt: in toto jure, generi per speciem derogatur. De bepaling van ons art. is algemeen; het spreekt van al de goederen der nalatenschap (genus); de bepaling omtrent het wettelijk erfdeel, in art. 960 B. W., ontnemt den erfflater over de goederen, die *daartoe* behooren, alle beschikking (species.) Een later betoog van Prof. DIEPHUIS, in de Opmerkingen en Mededeelingen heeft ons niet tot eene andere meening gebragt. Hij heeft daarin de redenering van den heer OPZOOMER trachten te ontzenuwen door de bewering, dat art. 961 in deze het genus: art. 1054 daarentegen het species is. Maar terecht is door zijn tegenstander (in de 2^e uitgave) geantwoord: »de bepaling omtrent *al* de goederen der nalatenschap schijnt wel niet anders dan als de algemeene bepaling, het *genus* te kunnen worden opgevat; terwijl die omtrent een *gedeelte*, het wettelijk erfdeel, bezwaarlijk eenen anderen naam dan dien van *species* dragen.»

Ook het eerste argument van Prof. DIEPHUIS, dat onze wetgever, zoo hij werkelijk bedoeld had, wat wij meenen, dit wel uitdrukkelijk zou hebben bepaald, gaat, o. i. niet op. Elk menschelijk werk bevat feilen, en onze wetten

zijn daarvan in het minst niet verschoond gebleven. Moet men, in aanmerking nemende, op hoevele plaatsen onze wetgever zijne bedoeling niet duidelijk heeft uitgedrukt, juist hier aannemen, dat hij alles bepaald heeft, wat in zijne bedoeling lag? Wij gelooven dit te minder, omdat het verzuim van den wetgever in deze, zeer goed te verklaren is. In het Fransche regt kon de erfflater alleen de saisine geven: »du tout ou seulement d'une partie de son mobilier." Meestal bleef dus van zelf de legitieme portie ongeschonden, daar hij het bezit der onroerende goederen niet weggeven kon. En zelfs al was dit het geval niet, dan nam men toch aan, dat het wettelijk erfdeel nooit onder de beschikking begrepen was. 1) Onze wetgever nam art 1026 C. C. over met verandering van de woorden »mobilier" in »de goederen der nalatenschap."

Ons art. 1066 B. W. daarentegen is niet aan den Code ontleend: de Code kende zulke bewindvoerders niet, maar daar die instelling oudtijds bij ons allergelukkigst gewerkt had, nam men het beginsel daarvan uit het Oud-Hollandsch regt over. Bij dit overnemen echter werd er niet op gelet, dat men door

1) Zie DURANTON, IX. pg. 384.

bijvoeging der woorden: »mits hierdoor geen inbreuk worde gemaakt op de vrije uitkeering van het wettelijk aandeel der erfgenamen" aan art. 1066 den schijn gaf, als of hetzelfde bij ons art. niet gelden zou. Het is echter blijkbaar niets dan een verzuim. »L'expérience ayant prouvé," zegt de heer NICOLAI 1) »que des exécuteurs testamentaires abusaient quelque fois de leur mandat, il a fallu prescrire un délai à la durée de la saisine."

Onze wet heeft dit gedaan in de 3^{de} al. van art. 1054: »het bezit zal van regtswege niet langer duren dan één jaar, te rekenen van den dag, waarop de uitvoerders zich in het bezit hebben *kunnen* stellen. Zoo ook bepaalt art. 1026 C. C. § 2 »elle (la saisine) ne pourra durer au delà de l'an et jour à compter de son décès." Op grond echter van de jurisprudentie op art. 297 der coutumes de Paris, waaruit de alinea van art. 1026 C. C. is overgenomen, vat TOULLIER 2) die tijdsbepaling op, als alleen dan geldende wanneer de uitvoerder dadelijk bij het overlijden van den erflater kennis van zijne benoeming heeft kunnen krijgen, en oogenblikkelijk de roerende

1) Zie VOORDUIN IV, pag. 218.

2) Zie TOULLIER, V. pag. 544.

goederen heeft kunnen in bezit nemen. Wanneer het eerste niet het geval is, of wanneer de inbezitname betwist wordt, begint het jaar met het tijdstip, waarop de uitvoerder de inbezitneming heeft kunnen bewerkstelligen. DURANTON 1) is dezelfde meening toegedaan; »Cette décision (zegt hij) est tout à fait raisonnable: autrement il pourrait arriver que la volonté du testateur à cet égard fut purement illusoire.» Volgens MARCADÉ 2) spreekt de wet wel van »le décès» als den tijd, waarop het jaar, gedurende hetwelk de erfflater de inbezitneming mag geven, begint te loopen, maar heeft zij, bij het bepalen van dien terminus a quo, alleen het gewone geval op het oog gehad. De wetgever heeft, volgens hem, alleen bedoeld, dat de saisine niet langer door den erfflater kan gegeven worden dan gedurende den termijn, dien de wet bepaald heeft.

Onze wetgever heeft de quacstie, die uit de bepaling van den Code zou kunnen voortspruiten, willen voorkomen; hij heeft uitdrukkelijk verklaard, wat de uitleggers van den Code reeds begrepen hadden, »Ofschoon

1) Zie DURANTON, IX. pag. 382.

2) MARCADÉ, IV. pag. 110.

art. 1026 C. C. zegt: »*la saisine* ne pourra durer au delà de l'an et jour," is DURANTON 1) echter van meening, dat de erflater het bezit voor langeren tijd kan geven, hij beroept zich op den regel: »qui peut le plus, peut le moins." MARCADÉ verklaart zich daar terecht tegen: de wet spreekt te duidelijk, en daarenboven, uit de beraadslagingen in het »tribunat" blijkt overtuigend, dat de Fransche wetgever eene geheel andere bedoeling had. Daarbij komt nog, dat art. 1031 C. C. wil, dat de rekening en verantwoording der uitvoerders, waardoor natuurlijk de inbezitting eindigt, moet gedaan worden »à l'expiration de l'année du décès du testateur." Aan de woorden van ons art. 1054 »het bezit zal van regtswege niet langer duren dan een jaar," wil de Heer A. J. VAN EELDE 2) dezelfde beteekenis hechten, die MARCADÉ aan de woorden van den Code civil hecht, Mrs. DE PINTO, SCHULLER, VERNÈDE, SMIDT en DIEPHUIS komen hiertegen op.

Toch houden wij het gevoelen van den Heer VAN EELDE voor juist. Ons art. is overgenomen uit den C. C. Moeten wij nu

1) DURANTON, IX. 383.

2) Regt en Wet, III. 227.

omdat de woorden van ons art. van die van het fransche verschillen, daaraan eene andere beteekenis aan hechten? Wij zien uit VOORDUIN 1), dat de kamer gewild heeft, »dat de Redactie van den C. C. zou gevolgd worden in hetgeen de testamentaire executeurs betreft,” d. i., met andere woorden, dat onze artikelen denzelfden inhoud zouden hebben als die van lib. III tit. 2 Sect. 7 van den Code. Uit het Wetboek van 1830 bespeuren wij, dat de wetgever den wensch der Kamer heeft opgevolgd, en daar waar hij van den Code is afgeweken, wordt dit bij de memorie van toelichting ten duidelijkste uiteengezet. De kamer kon dus oordeelen, in hoeverre zij goed vond, van hare eerste meening af te gaan. Wij mogen daarom gerust aannemen, dat de artikelen, waaraan de memorie van toelichting geene andere beteekenis gaf, dezelfde beteekenis hebben als de daarmede overeenkomende art. van den C. C. Het blijkt niet dat de wetgever in ons artikel iets heeft willen veranderen. Wel heeft onze titel bij de herziening, na de afscheiding der zuidelijke provinciën, groote veranderingen ondergaan, maar de 3^{de} alinea van ons art. is onver-

1) Zie VOORDUIN 1V, pag. 214.

anderd gebleven. Mogen wij nu, omdat één lid der Commissie van wetgeving naderhand verklaard heeft, dat onze wetgever de bedoeling van den Code niet heeft willen volgen, zoo maar in die verklaring berusten. Ook wij meenen, dat aan den Heer ASSER met betrekking tot de uitlegging van ons Wetboek, groot gezag moet toegekend worden; wij hebben ons meermalen op zijn gevoelen beroepen, doch zijne uitlegging moet natuurlijk onderdoen voor de uitlegging, die de wetgevende magt zelve heeft gegeven.

Ook de woorden van het artikel zijn met onze meening niet in strijd. Wij zijn niet van het gevoelen van Prof. DIEPHUIS, wanneer hij zegt, dat bij de bedoeling, die wij aan ons art. geven, de woorden *van regtswege* overbodig zouden zijn. Die woorden beteekenen alleen dat, zoo de erflater geen termijn voor het bezit bepaald heeft, *de wet* dat bezit een jaar doet duren. Ze zijn dus volstrekt niet overbodig. Daar de meening, die zooals uit het bovenstaande blijkt, onze wetgever omtrent dit punt gehad heeft, met de woorden der Wet niet strijdt, ja »men" zooals Prof. DIEPHUIS 1) zegt, »uit die woorden ligt zou

1) Zie DIEPHUIS XV, p. 27.

kunnen opmaken, dat het bezit in elk geval van regtswege eindigt na verloop van een jaar, en dat ook de erfflater het niet voor langeren tijd kan toestaan" zijn wij tot de bovenstaande conclusie gekomen.

ASSER beroept er zich ook op 1), dat »indien bij den uitersten wil legaten zijn gemaakt, welke na verloop van, of gedurende eenige jaren moeten worden uitbetaald, de bepaling van een tijdvak van een jaar onvoldoende zou zijn, om het oogmerk der Wet te bereiken, en aan de erfflater den waarborg te geven, dat aan zijnen wil getrouwelijk zal worden voldaan. Maar art. 1298 B. W. komt dien voorwaardelijken legataris genoegzaam te hulp, »de schuldeischer kan, vóór de vervulling der voorwaarde, alle middelen in het werk stellen, welke tot bewaring van zijn regt noodzakelijk zijn,» hij kan van de erfgenamen o. a. zekerheid, hetzij persoonlijke, hetzij zakelijke vorderen. Daarenboven kunnen de erfgenamen het bezit doen ophouden door betaling der zuivere en onvoorwaardelijke legaten. Heeft, wanneer de erfgenamen dit doen, de voorwaardelijke legataris meer waar-

1) Zie ASSER, p. 365.

borg dan in ons geval. Ook het verschil van de uitdrukking: »bij het eindigen van hun beheer,» in art. 1061 B. W. met die van art. 1031 C. C. à l'expiration de l'année du décès du testateur, kan ons niet tot het gevoelen van ASSER overhalen.

Wij gelooven, dat beide op hetzelfde neerkomen. De uitvoerder moet volgens beide wetboeken rekening en verantwoording afleggen, en dat wel, zooals uit den aard van de zaak volgt, bij het eindigen van zijn beheer. Of men nu onze uitdrukking bezigt, of die van het Fransche regt, maakt, (daar in alle geval volgens art. 1026. C. C. na verloop van het jaar de bezitneming eindigt) o. i. geen verschil.

Wij hebben gezien, dat de erfflater aan de uitvoerders de inbezitneming zijner goederen, hetzij geheel, hetzij gedeeltelijk kan toestaan, doch dat die inbezitneming in geen geval langer dan een jaar kan duren. Volgens art. 1055. B. W. echter »kunnen de erfgenamen indien zij het daaromtrent eens zijn, dat bezit doen ophouden, mits zij de uitvoerders in staat stellen tot de betaling of afgifte der zuivere en onvoorwaardelijke legaten, of wanneer zij doen blijken, dat die legaten reeds voldaan zijn. Art. 1093 van

het Wetboek van 1830 1) eischte daartoe meer. De erfgenamen moesten aan de uitvoerders ook ter hand stellen eene genoegzame som tot de betaling der schulden van den erflater, in geval deze den uitvoerder van zijnen uitersten wil met de voldoening derzelve mogt hebben belast, en tot de uitvoering, van alle andere bepalingen door den erflater bevolen. In ééne der afdeelingen stelde men in 1823 voor, als een ander middel om de inbezitneming te voorkomen: »de overgifte in natura der gelegateerde zaken aan den executeur, ten einde dezelve op zijne beurt aan de daartoe regthebbenden uit te reiken. De regering antwoorde daarop, dat zij niet begreep, hoe de erfgenaam de voorwerpen, die de uitvoerder in bezit heeft, aan hem kan ter hand stellen. Bij het ontwerp van 26 October 1832, werd het artikel veranderd zoo ongeveer als het thans luidt, en bij de wet van 29 Maart 1833, werd de tegenwoordige redactie aangenomen. De woorden: *in staat stellen tot de betaling* willen niet zeggen, dat de erfgenamen volstrekt aan de uitvoerders het geld moeten geven tot betaling der legaten; het kan gebeuren,

1) Zie VOORDUIN, p. 220.

dat de boedel contanten genoeg heeft; alleen de erfgenamen moeten in dat geval aan de uitvoerders hunne toestemming tot betaling der legaten geven.

Uit de woorden van NICOLAI 1) omtrent het ophouden der in bezitneming: »aussitôt que la volonté du défunt a été accomplie, la mission de l'exécuteur testamentaire n'a pu dès lors avoir un but légal,» zou men opmaken, dat de uitkeering der legaten het doel der inbezitneming is. Boven hebben wij echter gezien, dat het is om de uitvoerders des te beter in staat te stellen tot de uitvoering van den uitersten wil in het algemeen. Ons art. bepaalt, dat de erfgenaam niet aan de uitvoerders zekerheid heeft te geven voor de voorwaardelijke legaten; daar de inbezitneming niet langer mag duren dan een jaar, kon de wetgever die zekerheid niet eischen, na verloop van het jaar zou ze van zelf vervallen, en daar het onzeker is, wanneer de voorwaarde vervuld zal worden, zou het onbillijk zijn geweest, zoo de erfgenamen daarom van het bezit der goederen verstoken blijven moesten. Den voorwaardelijken legataris, wij hebben

1) Zie VOERDUIN IV, p. 218.

het boven gezien, staat art. 1298 ten dienste. Voor hoe langen tijd de erfflater het bezit gegeven heeft, hoeveel magt hij den uitvoerder ook hebbe toegekend, wanneer de erfgenamen het eens zijn, kunnen zij het bezit doen ophouden; één hunner kan het echter laten voortduren. Het hof van Zeeland heeft bij arrest van 11 Sept. 1855 1) geoordeeld „dat één der erfgenamen het bezit niet voor zijn aandeel kan doen ophouden, door voor dat aandeel tot afgifte in staat te stellen, of door voor dat aandeel legaten te voldoen.”

Wanneer de erfgenamen zelf de legaten hebben voldaan en den uitvoerder daarvan door eene kwitantie of op eene andere wijze doen blijken houdt diens beheer volgens ons art. dadelijk op. Maar wanneer zij den uitvoerder in staat stellen om de legaten te voldoen, wanneer houdt dan het bezit op? Prof. DIEPHUIS 2) meent, dat de erfgenamen in dit geval den uitvoerder eenen korten termijn kunnen laten, binnen welken hij zich van het bezit zal moeten ontdoen, en hem, bij gebreke hiervan, in regten daartoe kunnen noodzaken. Als grond voor zijne meening

1) N. Regtsgel. Bijblad. VI, 445.

2) Zie Prof. DIEPHUIS V, p. 30.

geeft hij op, dat dan toch de uitkeering door de uitvoerders nog volgen moet; o. i. doet dit echter niets ter zake. Uit het artikel blijkt duidelijk dat op het oogenblik van het in staat stellen tot de uitkeering het bezit ophoudt.

De Wet zegt: kunnen doen ophouden *door het in staat stellen tot de betaling*; hieruit volgt, dat zoo ze in staat stellen, het bezit ophoudt. Dat het uitbetalen door de uitvoerders moet voorafgaan, daarvan spreekt het art. niet, en daarvoor is dan ook volstrekt geen reden.

Daar men uitvoerder kan zijn, zonder dat men de inbezitneming der nalatenschap heeft gekregen, behoud men natuurlijk ook, wanneer de erfgenamen het bezit op eene der voormelde wijzen hebben doen eindigen, de hoedanigheid van uitvoerder. De executeur moet dan verder voor de uitvoering van de uiterste wilsbeschikkingen blijven waken, tot dat die geheel en al zijn ten uitvoer gelegd.

Wanneer de uitvoerders het bezit der nalatenschap hebben, geeft art. 1060 hun de *bevoegdheid* om zelfs in regten, de schulden in te vorderen, welke, gedurende het bezit vervallen en opeischbaar zijn. De Code, noch het Wetboek van 1830 spraken hiervan. Bij

de herziening na 1830, is de bepaling van ons art. in de Wet opgenomen, en dat wel, zooals de memorie van toelichting zegt, omdat »de uitvoerder die in het bezit der nalatenschap is getreden, in het bezit der titels en bescheiden zijnde, ook het vermogen behoort te hebben ja *zelfs verplicht is*, voor de inning te zorgen.” Dezelfde bevoegdheid bestond, uit den aard der zaak beperkt, ook in het Fransche regt, al zweeg, zoo als wij zagen, de Code er van. TOUILLIER 1) zegt: *l'exécuteur testamentaire, saisi de tout le mobilier, peut, dans l'année de sa gestion, poursuivre le recouvrement des créances mobilières de la succession sous le concours de l'héritier.*”

ASSER spreekt, even als de memorie van toelichting, niet alleen van de bevoegdheid, maar ook van de *verplichting* der uitvoerders tot de inning der schulden; zoo ook Prof. DIEPHUIS, die beweert, »dat dezelfde reden, die de bevoegdheid geeft, er ook is om hem de verplichting daartoe op te leggen, en belast met de belangen der nalatenschap, is hij in het algemeen verplicht in haar belang dat alles te verrigten, wat de Wet hem vergunt.”

1) Zie TOUILLIER V, p. 541.

Dit zou opgaan, indien het de pligt der uitvoerders was, de nalatenschap in staat van scheiding en deeling te brengen; dit echter kunnen wij, uit art. 1061 redenerende, niet aannemen.

Daar de wetgever alleen de bevoegdheid geeft, kan er van verpligting geen sprake zijn. De Wet heeft de bevoegdheid gegeven, omdat het gebeuren kan, dat de executeurs in de nalatenschap geene contanten genoeg vinden, tot het uitkeeren der legaten; zij zouden dan de roerende goederen en des noods ook de onroerende goederen dienen te verkoopen, terwijl de boedel inschulden genoeg heeft, om uit de opbrengst daarvan de uitkeering te doen. Maar het is alleen maar eene bevoegdheid. Waartoe zoude men hier eene verpligting opleggen, daar toch het innen der schulden met de roeping der executeurs, om voor de uitvoering van de uiterste wilsbeschikkingen te waken, volstrekt niet in onafscheidelijk verband staat.

De bevoegdheid van art. 1060 geeft de Wet den uitvoerder alleen dan, wanneer hij het bezit der geheele nalatenschap heeft; de ratio legis brengt echter mede, dat zoo hij slechts het bezit van een gedeelte heeft, hij ook de bevoegdheid heeft, tot de inning dier schulden, wier titels en bescheiden in zijne magt zijn.

De erflater kan een of meer uitvoerders van zijne uiterste wilsbeschikkingen benoemen; hij kan dit doen, (wij hebben het boven gezien) op verschillende wijzen, hetzij door aan ieder eenen bepaalden werkring aan te wijzen, hetzij door daaromtrent niets te bepalen. Nu zegt art. 1063 B. W.: »Indien er verscheidene uitvoerders van eene uiterste wilsbeschikking zijn, die dezen last aangenomen hebben, kan één hunner, bij gebreke van de anderen, alleen werkzaam zijn, en zij zijn ieder voor het geheel ter zake van hun beheer aansprakelijk. Wat beteekent dit art.? Prof. DIEPHUIS 1) meent, dat het dient, »om de belemmeringen te voorkomen, die ligt konden ontstaan, wanneer telkens aller medewerking noodzakelijk zou zijn.» Hij verstaat de woorden »*bij gebreke*» in de beteekenis van »bij ontstentenis;» b. v., wanneer zij den last niet hebben aanvaard, of bij verhindering der anderen, wanneer deze in de onmogelijkheid verkeerden om te kunnen handelen. Ook s. m. 2) is van die meening. Wij echter gelooven, dat de regtbank te Amsterdam de ware bedoeling van ons art. heeft

1) Zie DIEPHUIS V, p. p. I2.

2) Zie Regtsgel. Bijblad, VIII, p. 154—158.

verklaard in haar vonnis van 27 September 1843; 1) volgens haar is het de bedoeling des wetgevers, »dat, indien er verscheidene uitvoerders van eene uiterste wilsbeschikkin zijn, één hunner altijd onder zijne verantwoordelijkheid alleen werkzaam kan zijn, indien de mede-executeuren in gebreke blijven te handelen, of, met andere woorden, stil blijven zitten.»

Het eerste voorbeeld van ontstentenis, dat Prof. DIEPHUIS geeft, valt zeker niet onder ons art. Immers art. 1063 spreekt van uitvoerders, die den last hebben *aangenomen*. Hij zegt, dat, zoo men de beteekenis der Amsterdamsche regtbank aan ons art. gaf, de bedoeling van den erflater om de ten uitvoerlegging van zijnen uitersten wil aan meer personen op te dragen, verijdeld zou worden, zoo ieder naar goeddunken kon handelen. Doch zou datzelfde niet het geval zijn, zoo al de benoemden, op één enkele na, bedankten? namen wij de verklaring, die Prof. DIEPHUIS aan het art. geeft, aan, dan zou een enkele der uitvoerders al de pogingen der overigen, om de uiterste wilsbeschikkingen spoedig uit te voeren, kunnen ver-

1) Zie Regtsgel. Bijblad, VI, 213—216.

ijdelen. Men zou in zoo'n geval gedurig de regterlijke tusschenkomst moeten inroepen, wat natuurlijk veel tijd zoude kosten, en juist om dit te voorkomen, is het gelijkkluidend artikel van den Code, volgens MARCADÉ, ontworpen.

In ecne volgende paragraaph handeldt Prof. DIEPHUIS over de aansprakelijkheid der uitvoerders; dit is o. i. met zijne bovengestelde verklaringen van art. 1063 niet te rijmen. Hij zegt, dat, »zoo één der uitvoerders bij gebreke der anderen alleen werkzaam is, zij volgens art. 1063 ieder voor het geheel ter zake van hun beheer aansprakelijk zijn. Zij zijn allen, door hunne aanneming verplicht tot de vervulling van den hun opgedragen last, en wanneer zij dezen nu aan één hunner overlaten, zijn zij, zoolang ze nog uitvoerder zijn, ook verantwoordelijk voor zijne handelingen: zij moeten er voor waken, dat hij zijne pligten getrouw vervulle, of zij moeten zorgen ook zelf werkzaam te zijn.» Hoe kan men bij verhindring om zelf de verplichtingen van uitvoerder waar te nemen, er voor waken, dat een ander, aan wien men het dus heeft moeten overlaten, zijne verplichtingen goed nakomt? kan men dit, dan kan men ook zelf wel uitvoerder zijn.

Wanneer er meerdere uitvoerders zijn, zijn deze volgens art. 1063 hoofdelijk voor het

geheel ter zake van hun beheer aansprakelijk. Prof. DIEPHUIS meent, dat zoo één bij gebreke der anderen alleen werkzaam is, die anderen toch hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk blijven. Zou dit in de bedoeling der Wet hebben kunnen leggen, dat b. v., wanneer de uitvoerders op één na sterven (om een voorbeeld in den geest van Prof. DIEPHUIS te nemen) hun boedel toch nog aansprakelijk zoude blijven voor het beheer van hem, die alleen is overgebleven? Wanneer wij echter aannemen, dat ieder der uitvoerders, wanneer de anderen blijven stilzitten, alleen werkzaam kan zijn, dan ligt er niets onbillijks in; gaan de zaken slecht, dan hebben de anderen, wanneer zij blijven stilzitten, het aan zichzelf te wijten, zoo zij er naderhand schade door lijden. Wij meenen dan ook de aansprakelijkheid anders te moeten verklaren, dan Prof. DIEPHUIS. Art. 1033 C. C. overeenkomende met ons art. 1063, luidde als volgt: »S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir au défaut des autres; et ils seront solidairement responsables, etc.» In het ontwerp van 24 October, 1823, werd dit bijna woordelijk vertaald. Natuurlijk wilde de wetgever dus het art. dezelfde beteekenis

doen behouden. Bij de vertaling had men echter het leesteeken (;), dat in den Code de twee verschillende onderwerpen, die het art. behandelt, t. w. het handelen van éénen uitvoerder bij gebreke der anderen, en de solidariteit, zoo er meerdere uitvoerders zijn, van elkander scheidde, vergeten over te nemen. Het Nederd. artikel behandelde wel de twee zelfde zaken in art. 1063 B. W., doch de onderwerpen waren daar alleen door eene comma (,) afgescheiden, vandaar de, naar o. i., verkeerde opvatting van Prof. DIEPHUIS. Wij gelooven, dat wij het art. eveneens lezen moeten, als art. 1033 C. C.; ten eerste besparen wij zoodoende den wetgever eene onbillijkheid, iets wat wij altijd moeten doen, als het met de woorden der Wet overeen te brengen is, doch ten tweede en bovenal, blijven wij zoo ook de geschiedenis van ons art. getrouw. Reeds bij het eerste ontwerp, nadat de kamer haren wensch had uitgesproken, dat de commissie van redactie den Code zou volgen, was het leesteeken weggelaten, niettegenstaande de commissie met betrekking tot dit art. aan den wensch der kamer geheel had toegegeven; de weglating was, dan ook zonder er reden van te geven, geschied. De commissie van redactie meende dus, natuurlijk dat hare

lezing dezelfde was als die van den Code, en voorzag onze moeilijkheid niet. Nu er verschil over bestaat meenen wij dat de lezing van den Code moet gevolgd worden. Wanneer men het eerste gedeelte van art. 1063 verstaat als de Amsterd. Regtbank, dan zijn al de uitvoerders wel ieder hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk, wanneer de uitvoerder zijn plicht slecht heeft vervuld, maar de anderen kunnen dan van hem schade-loosstelling vragen omdat hij eene onregtmatige daad heeft verrigt, waardoor zij schade hebben geleden. De Code Civil stelde de uitvoerders, zoo er meerdere waren, alleen »solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié. Dit was ook het geval bij ons ontwerp van 1823. Bij de nieuwe redactie van hetzelfde jaar kwam de tegenwoordige lezing van het art. voor.

Heeft de erflater aan iederen uitvoerder zijnen werkkring aangewezen, dan komt natuurlijk de hoofdelijke aansprakelijkheid niet te pas, wanneer, zooals art. 1063 zegt, »een ieder zich binnen den hem aangewezen kring heeft gehouden.» Heeft een der executeurs dat niet gedaan, doch zich bemoeid met de verplichtingen van eenen anderen dan is hij *solidair met dezen* verbonden.

Kan de uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen zich in deze zijne hoedanigheid bij volmagt door een' gemagtigde laten vertegenwoordigen? Wij gelooven met Mr. THIEME, 1) dat men deze vraag ontkennend moet beantwoorden, om dat de erflater den uitvoerder benoemt met het oog op zijn persoon. Volgens het wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland, en het ontwerp van 1820, hadden de uitvoerders die magt, en bij de nieuwe redactie stelde de regering als vraagpunt van stellig regt voor." Zal men testamentaire executeurs kunnen benoemen met de magt van adjunctie en surrogatie? Deze vraag werd in het verslag der centrale afdeeling bevestigend beantwoord, en nu werd gevraagd, of de executeur voor den adjunct verantwoordelijk zoude zijn? Voor dat deze vraag echter beantwoord werd, werd er met 45 tegen 21 stemmen aangenomen, dat de redactie van den Code zou gevolgd worden. Dit alles verviel dus, en in het wetboek van 1830 kwam hieromtrent dan ook niets voor. Evenmin werd er in ons tegenwoordig wetboek melding van gemaakt en daar uit het voormelde vraagpunt van stellig regt genoeg-

1) Zie Opmerkingen en Mededeelingen XI, p. 61.

zaam blijkt, dat de regering van oordeel was, dat, om aan de uitvoerders die bevoegdheid te geven, er eene stellige wetsbepaling noodig was, moeten wij haar dus aan de uitvoerders ontzeggen. Daarenboven, wij hebben het gezien, dat op de regtsbetrekking der uitvoerders de algemeene beginselen der verbindtenissen toepasselijk zijn. Art. 1419 B. W. nu zegt: »eene verbindtenis om iets te doen kan door eenen derde niet gekweeten worden, in weerwil van den schuldcischer, indien deze belang heeft, dat de daad door den schuldenaar zelven verrigt worde. In verband met het bovenstaande, blijkt hieruit genoegzaam, dat zoo wij dit art. op ons geval toepassen, we tot de ontkenkende beantwoording der voorgestelde vraag moeten komen. 1)

De uitvoerder moet volgens art. 1061, laatste gedeelte, de erfgenamen, zoo deze zulks verlangen, behulpzaam zijn in het maken der scheiding.

Volgens de wet van 13 Mei 1859 Staatsblad No. 36: Op het regt van successie en van overgang, zijn de uitvoerders van uiterste wils-

1) Zie hierbij twee vonnissen in Opm. en Med. XI. p. 69. sqq. in verschillenden zin.

beschikkingen even als de erfgenamen tot vervulling van al de aan deze bij die wet opgelegde verplichtingen gehouden, ingeval al de erfgenamen buiten het rijk hunne woonplaats hebben. Zij moeten dus de memorie van aangifte voor de successie indienen. Wanneer één of meer der erfgenamen hunne woonplaats binnen het rijk hebben, zijn de uitvoerders tot het indienen der memorie bevoegd. Hebben zij dat gedaan, dan zijn zij, op gelijke wijze als de erfgenamen, tot vervulling van al de aan deze, bij die wet opgelegde verplichtingen gehouden; in de gevallen, bij de artt. 1055 en 1059 B. W. hebben de erfgenamen en de uitvoerders, met betrekking van de regten van successie en overgang, dezelfde regten onder dezelfde voorwaarden als bij die artt. ten opzichte van de legaten zijn toegekend en gesteld. (art. 7. l. al.)

»Indien de erflater aan den uitvoerder voor de waarneming zijner werkzaamheden geene bepaalde belooning heeft toegekend, of geen bijzonder legaat aan denzelfden daarvoor gemaakt heeft, is laatst gemelde voor zich, of, méér dan één uitvoerder benoemd zijnde, zijn zij bevoegd voor hen te zamen het loon in rekening te brengen, hetwelk bij art. 522 aan bewindvoerders van goederen van afwezi-

gen, ($2\frac{1}{2}$ % der ontvangsten en $1\frac{1}{2}$ % der uitgaven) is toegekend." Volgens den Code moesten zij, zoo hun gcene belooning bij uitersten wil was gemaakt, hunne betrekking voor niets waarnemen; »l'exécution testamentaire est un service d'ami," zegt TOUILLIER, 1) en daarvoor mag men geen geld nemen, en MALLEVILLE 2) zegt: »ils doivent rendre compte de leur gestion sans pouvoir retenir rien pour leur salaire; car leur office est purement gratuit.

In het ontwerp van 1823 3) kwam een art. voor, dat bepaalde; »dat de werkzaamheden der uitvoerders om niet moeten worden waargenomen; niet te min mogt de uitvoerder van een' uitersten wil het legaat aannemen, hetwelk de erflater hem tot belooning mogt hebben nagelaten." De regering verklaarde, dat zij de bepaling had voorgesteld om misbruik te voorkomen. »L'on est libre," zegt Nicolai, »d'accepter ou de refuser la charge d'exécuteur testamentaire; mais celui qui l'accepte, doit gérer gratuitement; précaution extraordinairement utile contre la tendance qui porte certaines personnes à

1) Zie TOUILLIER V, p. 447.

2) Zie MALLEVILLE II, p. 480.

3) Zie VOERDUIN IV, p. 227.

accaparer des fonctions, qui ruinent souvent l'héritier et enrichissement toujours l'administrateur.' In het wetboek van 1830 kwam onze bepaling dan ook niet voor; integendeel, uitdrukkelijk werd het tegenovergestelde bepaald in art. 1098 al. 2. Bij de herziening na 1830 werd ons art. krachtens art. 6 der wet van 29 Maart, 1833, aangenomen in de tegenwoordige redactie. Heeft de erflater aan zijnen uitvoerder minder dan het wettelijk loon toegekend, dan moet deze daarmee te vreden zijn. Is hij dit niet, dan kan hij volgens de eerste alin. van art. 1068 bedanken.

Zoo er meerdere uitvoerders zijn, en aan geen hunner eene bepaalde belooning is toegekend, zegt de wet, dat zij het wettelijk loon *gezamenlijk* genieten. Hoe moet het echter gaan, zoo één of meer hunner zijn overleden, voordat hunne bemoeijingen geëindigd zijn? Hebben de erfgenamen in dit geval aanspraak op het volle aandeel, der tot den finalen afloop der bemoeijingen, waartoe de uitvoerders gehouden zijn, berekenbare provisie, of alleen op de provisie, die ten tijde van het overlijden reeds verdiend was? Mr. A. BRUGMANS heeft als *arbitër* op 1 Oct. 1858, de quaestie in laatstgemelden zin beslist. 1)" Over-

1) Zie weekblad No. 2007.

wegende o. a. zegt hij, dat daar de qualiteit van uitvoerder niet op de erfgenamen overgaat, het van zelf volgt, dat die erfgenamen geheel onbevoegd tot de uitvoering, niet vermogen te rekenen, voor werkzaamheden, welke zij niet hebben gedaan, en zelven niet kunnen en mogen verrigten, en dat wel bij art. 1068 B. W. wordt bepaald, dat, zoo er meerdere uitvoerders zijn benoemd, deze te zamen loon in rekening brengen; doch te dien aanzien niet uit het oog mag verloren worden, dat het loon niet is eene proportionele eenheid over den geheelen omvang des boedels, maar van iedere uitvoerders werkzaamheid betrekkelijk den boedel afzonderlijk, en dus het loon, dat te zamen genoten wordt, alleen betreft die verrigtingen, welke zij gezamenlijk hebben en kunnen volbrengen."

Wanneer de uitvoerders al datgene hebben verrigt, waarvoor de erflater hen heeft aangesteld; wanneer de uiterste wil in al zijne verschillende bepalingen door de erfgenamen is ten uitvoer gelegd, eindigt hun beheer. Bij dat eindigen zijn zij verpligt aan de *belanghebbenden* rekening en verantwoording te doen, met uitkeering van al de goederen en effecten des boedels, benevens het slot

der rekening, ten einde tusschen de erfgenamen gescheiden en gedeeld te worden. Volgens art. 1031 C. C. moesten zij het doen een jaar na den dood van den erflater. Hetzelfde bepaalde art. 903 van het wetboek Napoleon, ingerigt voor het koninkrijk Holland.

De regter of de erfgenamen mogten den uitvoerder echter, uithoofde der omslagtigheid van den boedel een bepaald uitstel verleen. Al. 6 van art. 1094 in het Wetboek van 1830 luidde alleen: »zij moeten bij het eindigen van hun beheer, aan de belanghebbende partijen rekening en verantwoording doen.» Bij het ontwerp van 1832 1) werd het art. echter geredigeerd, zooals het thans luidt. Eene afdeeling verlangde, dat na de woorden »effecten des boedels» in parenthesi gesteld werd: »behoudens de bepaling van art. 1059.» De regering achtte, het echter onnoodig, omdat het van zelf spreekt, dat, indien de executeur goederen heeft verkocht, deze bij het afleggen der rekening en verantwoording zullen worden verantwoord. Dat afleggen van rekening en verantwoording heeft de wetgever zoo noodig geacht, dat hij elke bepaling, waarbij de erflater den uitvoerder

1) Zie VOERDUIN IV, p. 225.

daarvan heeft vrijgesteld, van regtswege voor nietig verklaard (1065.) Het Fransche regt heeft geene dergelijke bepaling. TOUILLIER 1) neemt dan ook het tegendeel aan, voor het geval dat de uitvoerder iemand is, aan wien de erfplater mag geven, zoo het wettelijk erfdeel daardoor maar niet geschonden wordt.

De rekening en verantwoording, zegt het artikel, moet gedaan worden aan de *belanghebbenden*. Dit zijn natuurlijk de erfgenamen, en zooals TOUILLIER zegt: 2) »bij eene onbeheerde nalatenschap de curator.” Art. 1173 al. 2. B. W. nu zegt, dat de regtbank bij voorkeur tot curator den gestelden uitvoerder van den uitersten wil moet benoemen, ten ware deze mogt verlangen door een' ander vervangen te worden. Moet hij dan in dit geval aan zich zelve rekening en verantwoording doen?

Wij gelooven dit ontkennend te moeten beantwoorden en houden het er voor, dat, hoewel de Wet er niet van spreekt, er in dit geval een bijzonder curator zal moeten benoemd worden aan wien de rekening en verantwoording zal moeten worden gedaan.

1) Zie TOUILLIER V, p. 549.

2) Zie TOUILLIER V, p. 547.

Legt de uitvoerder niet uit zich zelfrekening en verantwoording af, dan kunnen de belanghebbenden die in regten vragen. De regtsvordering daartoe moet worden ingesteld voor de regtbank, binnen wier regtsgebied het uitvoerderschap is opgedragen, of de regtbank van de woonplaats des verweerders, ter keuze van den aanlegger.

Volgens art. 126, lid 15. B. Regtsv., moeten de voogden en curators die rekening en verantwoording moeten afleggen, daartoe door diezelfde regtbank worden veroordeeld. Wij gelooven daarom, al zwijgt de wet, dat wij analogice gerust hetzelfde met betrekking tot de uitvoerders aannemen kunnen. 1)

De onkosten, door den uitvoerder eener uiterste wilsbeschikking gemaakt voor de verzegeling, de boedelbeschrijving, de rekening en verantwoording, en voor de overige tot zijne werkzaamheden betrekkelijke zaken, komen volgens art. 1064 B. W. ten laste der nalatenschap; de bovengemelde handelingen geschieden ten behoeve der nalatenschap, die moet daarvan dus ook de kosten dragen.

1) Zie DURANTON IX, p. 397, anders TOULLIER V, p. 548. OUDEMAN, Handboek tot de R. Regtsv. I, p. 176. DE PINTO, B. Regtsv. II, 211.

SCHULLER 1) kent den uitvoerder, op grond van art. 1195 n^o. 1 B. W. een privilege toe, dat den voorrang heeft boven pand of hypotheek. Dat art. spreekt van de geregtskosten, die gemaakt zijn door uitwinning of boedelredding, en onder het laatste vallen ook o. i. de onkosten, waarvan boven gesproken word, daar deze gemaakt zijn om de nalatenschap, den boedel van den overledene, zooals deze dit bepaald heeft, uit te voeren of te beredderen. Onder de onkosten van ons art. vallen ook de geregtskosten, die gemaakt zijn door te procederen in die gevallen, waarin de wet dit den uitvoerder toestaat. Natuurlijk echter moet hij niet ligtvaardig geproecedeerd hebben, want dan zou hij zelf de kosten moeten dragen.

MARCADÉ meent dat, zoo er erfgenamen zijn, aan wie een wettelijk erfdeel toekomt, de bovengestelde kosten alleen moeten gedragen worden door hen, die het beschikbare gedeelte hebben gekregen.

»L'executeur testamentaire n'est nommé,» zegt hij, et tous les frais auxquels ses fonctions donnent lieu ne sont faits, que dans l'intérêt des légataires. Ces frais, que ne

1) Zie SCHULLER, ad. art.

sont qu'un assesseur des legs et un moyen d'en procurer le payement doivent donc se prendre comme eux sur le disponible, afin que l'héritier ait toujours sa réserve intacte. 1)

Hij zondert hiervan echter uit de begraafkosten, en zoo de executeur de schulden heeft moeten invorderen, ook de kosten die hij heeft moeten maken, om dit in regten te kunnen doen.

Deze meening berust o. i. op goede gronden, en hoewel Mr. DIEPHUIS 2) zegt, dat er geen grond is, om, daar de wet zegt, dat die kosten ten laste der nalatenschap komen, ze ten laste van het beschikbaar gedeelte te stellen, meenen wij toch, dat het onderscheid gemaakt moet worden, daar de legitime, volgens art. 960, B. W., in geen geval mag worden verkort,

1) Zie MARCADÉ IV, p. 120.

2) Zie DIEPHUIS V, p. 36.



THESES.

I.

Jure Romano, minor Curatorem habens,
sine hujus consensu sese obligare potest.

II.

Filius familias, permittente patre, mortis
causa donare potest.

III.

De vrouw mag van de beperkte gemeen-
schap afstand doen.

IV.

De schenking, bedoeld in art. 233 Burgerl. Wetb. kan niet geschieden ten behoeve van de echtgenooten en een of meer aangewezen kinderen.

V.

Het woord *betaling* in art. 134 B. W. moet in zijne ruime beteekenis worden opgevat.

VI.

Het is, om tot de regtsvordering van art. 1303 B. W. bevoegd en ontvankelijk te zijn, geen vereischte, dat de eischer, van zijne zijde, bereids aan de hem, door de overeenkomst, opgelegde verplichtingen voldaan of althans de voldoening daarvan aangeboden hebbe.

VII.

De kantonregter en de president van de arr. regtbank zijn niet bevoegd den verlengden termijn[!], wanneer de gedaagde in eene

provincie woont (art. 8 Burgerl. Regtsv.) en dien van artt. 9 en 10 Burgerl. Regtsv., te verkorten.

VIII.

Buitenlandsche naamlooze maatschappijen, mogen in Nederland niet in regten optreden.

IX.

Volgens onze wet is de vervolging wegens bankbreuk, afhankelijk van de faillietverklaring.

X.

Teregt zegt Mr. GROEN VAN PRINSTERER (Adv. I, p. 242) dat de koning niet alleen regeert *door*, maar ook *met* zijne ministers.

XI.

Het is te betreuren dat de grondwet aan de eerste kamer het regt van amendement heeft onthouden.

XII.

De gestelde census, in de kieswet van 1850, is miskenning van den zin der grondwetsherziening van 1848.

XIII.

De woorden: »de kroon der Nederlanden is en blijft opgedragen aan Z. M. Willem Frederik, Prins van Oranje Nassau,» voorkomende in de gewijzigde grondwet van 1815, hebben dezelfde beteekenis als art. I van de grondwet van 1814, »de Souvereiniteit der Vereenigde Nederlanden is en blijft opgedragen» enz.

XIV.

De leer der natuurlijke grenzen is af te keuren.

XV.

Het wegvoeren van de passagiers-commissarissen der Geconfedereerde Staten van Noord-Amerika van de Engelsche pakketboot, »Trènt,»

door den bevelhebber van het Amerikaansch oorlogsvaartuig „San Jacintho,” strijdt met de beginselen van het volkenregt.

XVI.

In het belang der rust van Europa zoude het wenschelijk zijn, dat de Staten zich algemeen verbonden, iedere aanranding van het gebied van een hunner door Frankrijk, als eigen zaak en casus belli te beschouwen.

XVII.

Teregt zegt ROSSI: »la Caroline fut un progrès dans son temps.

XVIII.

Het tweegevecht is een zelfstandig misdrijf.

XIX.

Ten onregte wordt, volgens de armenwet, het domicilie van onderstand bepaald door de geboorteplaats.

1912276

XX.

Wetten, welke de verdeling van den grondeigendom tegenhouden, zijn af te keuren.



LXXV

ERRATA.



Pag.	2	regel	15	staat	geheelen	lees:	geheele.
„	7	noot	„	4	„	1	
„	8	regel	8	„	een	„	eene
„	17	noot	1	„	ROSZHERT	„	ROSZHIRT.
„	19	„	4	„	contumes	„	coutumes
„	20	„	reg. 4	„	„	„	„
„	25	regel	17	„	afzonderlijke	„	afzonderlijken.
„	25	„	16	„	een	„	eenen.
„	31	„	15	„	„	„	eene.

5
1871

THE
LIBRARY
OF THE
MUSEUM OF
COMPARATIVE ZOOLOGY
AND ANATOMY
HARVARD UNIVERSITY
CAMBRIDGE, MASS.

1871