



Over schuldvernieuwing

<https://hdl.handle.net/1874/311527>

DE NOVATIONE.

SPECIMEN JURIDICUM INAUGURALE

DE

N O V A T I O N E,

QUOD,

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI

LUDOVICI GERARDI VISSCHER,

PHIL. THEOR. MAG. LITT. HUM. DOCT. ET PROF. ORD.

NEC NON

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,

PUBLICO ET SOLEMNI EXAMINI SUBMITTIT

MAURITIUS CAROLUS PHILIPSON,

ZWOLLANUS,

DIE XXIII M. OCTOBRIS MDCCCLVI, HORA I.



AMSTELODAMI,

FREDERIK MULLER.

MDCCCLVI.

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

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

OVER

SCHULDVERNIEUWING.

OVER
SCHULDVERNIEUWING.

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

TER

VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

Doctor in het Romeinsch en Hedendaagsch Regt.

AAN DE

HOOGESCHOOL TE UTRECHT,

DOOR

MAURITZ CAREL PHILIPSON.

AMSTERDAM,
FREDERIK MULLER.
1856.

V O O R R E D E.

Alle regtsgeleerde oogen zijn in dezen tijd op Duitschland gevestigd, waar het groote proces wordt gevoerd, waarvan het toekomstige lot van het Romeinsche Regt zal afhankelijk zijn.

Diúr wordt van den eenen kant beweerd, dat de hedendaagsche regtsgeleerdheid reeds lang genoeg in de Romeinsche school heeft doorgebragt, dat zij thans rijp is om zelfstandig hare taak, de regeling des levens, te aanvaarden. Van den anderen kant wordt volgehouden, dat de hedendaagsche regtsgeleerdheid zich moet te vrede stellen met het beoefenen en het doordringen van het grootsche gewrocht, dat de Romeinsche juristen hebben nagelaten.

Daartusschen liggen verzoenende meeningen, die hierin overeenkomen, dat zij den hedendaagschen jurist, met eerbiediging zijner vrijheid in de opratting en regeling der levenstoestanden, de navolging van de Romeinsche regtsgeleerden aanbevelen en hem tot de overname van Romeinsche begrippen aanmanen, waar de feitelijke betrekkingen en de geest van het nieuwere regt het veroorloven.

Stelt men zich op het standpunt dier verzoenende meeningen, wil men van het Romeinsche Regt behouden dat wat bruikbaar is, dan moet men voorzeker de Romeinsche regtsregels, in de beteekenis, die zij in het R. R. hebben, uitstooten, waar zij niet met het nieuwere regt zijn overeen te brengen.

De begeerte om de Romeinsche regtsregels uit te stooten, welke in het nieuwere regtssysteem geen behoorlijke plaats kunnen vinden, is dan ook de meest voorkomende uiting van dit streven naar onafhankelijkheid der hedendaagsche regtsgeleerdheid. Op dezelfde begeerte is dit proefschrift gegrond; ik heb daarin trachten aan te toonen, dat de novatie een instituut is, dat alleen op Oud-Romeinschen

bodem heeft kunnen bloeijen, maar op onzen bodem overgebragt, noodwendig heeft moeten sterren.

Na dit te hebben opgemerkt omtrent den geest van dit proefschrift, blijft mij nog eene aangename taak over, die namelijk van openlijk mijn dank te betuigen aan hen, aan wie mijne juridieke opleiding is toevertrouwd geweest.

Niemand mag ik dan eerder noemen dan U, VAN DER HOEVEN! die met liefde en voorbeeldelooze zorg mijn denkvermogen hebt trachten te ontwikkelen en mij het regt hebt leeren beminnen. Uwe gedachten deeldet gij mij mede en de mijne, nog onrijpe, hoordet gij aan en bragt ze mij zelven tot klaarheid; ja, weinig gedachten zijn er bij mij opgekomen, die ik niet aan uw oordeel heb getoetst. Heb dank voor die liefderijke zorg. Moge de band, die mij aan U verbindt, nimmer verbroken worden!

Ook U, DE BOSCH KEMPER! zij mijn dank gebragt voor uwe lessen, maar vooral voor de welwillendheid, waarmede gij mij ten allen tijde ten dienste hebt gestaan. Blijf mij de genegenheid toedragen, die gij mij tot nog toe geschonken hebt.

Het zij mij ten slotte nog vergund, U, Hooggeachte Promotor, Hooggeleerde DE GEER! mijnen dank te betuigen voor de bereidwilligheid, waarmede gij mij, bij het schrijven mijner Dissertatie, van dienst zijt geweest. Zij zal mij steeds eene aangename herinnering blijven.

INLEIDING.

Bij de beschouwing van de leer der novatie heeft men de volgende beginselen in het oog te houden:

1^o. *Schuld* en *obligatie* zijn te onderscheiden. Schuld is de materiële betrekking tusschen crediteur en debiteur; *obligatie* de vorm, waarin zich die betrekking kleedt.

In den regel heeft iedere schuld slechts één vorm, ééne obligatie; toch zijn meerdere obligatiën over dezelfde schuld denkbaar.

2^o. *Schuld* wordt in het oude regt bepaald door de materiële causa d. i. het feit, waaraan zij haar ontstaan te danken heeft — en het voorwerp, waarover de schuld loopt.

De materiële causa is als feit voor geene verandering vatbaar; bij verandering van het voorwerp echter b. v.: als ik overeenkom u 10 in plaats van Stichus schuldig te zijn, wordt door deze verandering de schuld eene andere.

Niet zoo in het nieuwe regt, waar de wil oppermagtig heerscht; hebben partijen den wil om, niettegenstaande de verandering van het voorwerp der schuld, de schuld dezelfde te laten, dan moet die wil gevolg hebben. De verandering van voorwerp heeft niet noodwendig ten gevolge, dat de schuld eene andere wordt.

3^o. In het oude regt kan men eene schuld alleen wijzigen door haar in een nieuwen vorm te kleeden; wil men aan eene schuld een termijn toevoegen, dan moet men de oude obligatie opheffen en er eene nieuwe voor in de plaats stellen, met uitzondering van den termijn geheel aan de oude gelijk.

In het nieuwe regt is, wegens de oppermagtige heerschappij van den wil, elke schuldwijziging met instandhouding van den ouden vorm mogelijk.

Wilde men dan in het oude regt eene schuld wijzigen, dan zoude men de oude obligatie hebben moeten acceptilieren en er eene nieuwe voor in de plaats stellen, zoo niet op eenvoudiger wijs hetzelfde doel te bereiken ware geweest.

In het oude regt gold namelijk als regel, dat twee obligatiën over dezelfde schuld niet te gelijk konden bestaan; ging men derhalve eene obligatie aan, die met eene bestaande het onderwerp gemeen had, in een of ander punt van haar verschilde, dan was de oude gedelgd.

Bij schuldwijziging kon men dus de acceptilatie nalaten, men had alleen noodig de gewijzigde te vestigen.

Dit delgen eener obligatie door het vestigen eener andere, het instituut der schuldwijziging, is de *novatie*.

De geschiedenis der novatie is die van den toenemenden invloed van den wil, in tegenovergestelde rigting echter, want met het toenemen van de kracht van den wil gaat een afnemen van hare kracht gepaard. Zoodra de wil oppermagtig is geworden, heeft de novatie opgehouden een zelfstandig instituut te zijn.

Eerst is zij geheel buiten den invloed van den wil, zoolang zij het product is van de onbestaanbaarheid van twee obligatiën. De oude obligatie wordt door de natuurlijke kracht der nieuwe gedelgd.

Vervolgens wordt de wil, om de oude obligatie te delgen, gevorderd, als de onbestaanbaarheid van twee obligatiën over dezelfde schuld heeft opgehouden. De kracht van den historischen regel is echter nog zoo groot, dat het moment van den wil nog geene wezenlijke verandering in de novatie te weeg brengt. De wil om de oude obligatie te delgen, wordt uit het aangaan der nieuwe obligatie gepraesumeerd.

Later wordt de wil een zelfstandig vereischte, ja het hoofdvereischte der novatie. Reeds van te voren is men van de oorspronkelijke vereischten der novatie afgeweken; men heeft haar buiten hare grenzen uitgebreid; niet alleen tot schuldwijziging dient zij meer, maar

ook tot betaling, gedeeltelijke kwijtschelding zonder æquivalent.

Zoo blijft het in het nieuwe regt.

Intusschen is de wil oppermagtig geworden; obligatiën worden door den enkelen wil gedelgd; de novatie heeft niets meer wat haar in wezen van het delgen door den wil alleen onderscheidt; zij heeft opgehouden een zelfstandig instituut uit te maken.

HOOFDSTUK I.

HET OUDE EN KLASSIEKE REGT.

§ 1.

De regel: *duae obligationes de eadem re constitui non possunt.*

In het oude R. R. heeft als regel gegolden, dat men geen twee of meer obligatiën over hetzelfde onderwerp, over dezelfde schuld, konde vestigen.

Onderwerp moet niet verward worden met *voorwerp*; ik kan zeer goed aan twee personen den slaaf Stichus promitteren, maar het *onderwerp*, d. i. het voorwerp als verschuldigd uit eene bepaalde causa, daarover kan ik geen twee of meer obligatiën aangaan, zoodat die allen blijven bestaan.

Twee obligatiën over hetzelfde onderwerp zijn daarin van twee over hetzelfde voorwerp onderscheiden, dat bij de eerste, zoo zij tusschen verschillende personen bestaan, een nadere aanduiding van hare juridieke gelijkheid noodig is, b. v. Stichum, *quem Gajus mihi debet, dare spondes?* — zoo zij tusschen dezelfde personen bestaan, partijen de bedoeling moeten hebben, dat slechts uit ééne van beide obligatiën kunne worden geageerd. “Quum altera earum in iudicium deduceretur, altera

consumeretur ¹,” — terwijl bij obligatiën over hetzelfde voorwerp noch die aanduiding, noch die bedoeling kan worden aangetroffen.

De regel, dat men geen twee of meer obligatiën zou kunnen *vestigen*, moet niet zoo verre uitgebreid worden, alsof geen twee of meer obligatiën over hetzelfde onderwerp zouden kunnen *bestaan*.

Bij het eerste gezigt schijnt dit onderscheid vreemd; immers elke bestaande obligatie moet toch eens gevestigd zijn geworden; maar toch is het aanwezig.

Om het te doen gevoelen, moeten wij een blik slaan op eene afwijking van onzen regel, die door de behoeften van het verkeer is noodzakelijk geworden.

In het oude Rome deed zich, gelijk overal elders, de behoefte gevoelen om vermogens van meer dan één persoon voor eene schuld aansprakelijk te stellen.

Dit kon nu wegens onzen regel, die verbood meerdere obligatiën over hetzelfde onderwerp aan te gaan, slechts onvolledig geschieden.

Daardoor ontstond eene wijziging van den regel en het ontwikkelde zich als regt, dat meerdere personen zich voor eene schuld konden verbinden, wanneer al die obligatiën over hetzelfde onderwerp in *éne juridieke handeling* werden afgesloten.

Gelijke afwijking werd toegelaten, waar het noodig was, dat meerdere personen tot voldoening eener obligatie konden ageren.

Deze *complexus* van obligatiën door de wijziging van onzen regel mogelijk gemaakt, is de zoogenaamde *correaal-obligatie*.

Wanneer nu een *correus debendi* stierf, en hij liet zijn mede-debitteur als erfgenaam achter, dan had het doel,

¹ Fr. 5. de fidej. et mand.

waarom men de correaal-obligatie in strijd met onzen regel toeliet, opgehouden; niet twee vermogens waren nu nog voor de schuld aansprakelijk, maar slechts één, dat van den overlevenden debiteur en erfgenaam.

De uitzondering week en de regel herleefde. Eene van beide obligatiën moest te niet gaan, maar welke? Was de overledene correus een accessoir verbodene, een borg geweest, dan kon het niet quaestieus zijn; maar was hij hoofdelijk verbonden geweest, dan kon men niet uitmaken, welke van beide obligatiën de sterkste was, en daarom bleven zij beide bestaan ¹.

Dit geval wordt behandeld in fr. 5. de fidej. en fr. 13. de duob. reis.

Fr. 5. de fidej.:

“Generaliter Julianus ait, eum, qui heres extitit ei, pro quo intervenerat, liberari ex causa accessionis, et solummodo quasi heredem rei teneri.

Denique scripsit, si fidejussor heres extiterit ei, pro quo fidejussit, quasi reum esse obligatum, ex causa fidejussionis liberari; reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. Nec enim potest reperiri, quae obligatio quam perimat, at in fidejussore et reo reperitur, quia rei obligatio plenior est.

Nam ubi aliqua differentia est obligationum, potest constitui, alteram per alteram perimi; quum vero duae ejusdem sunt potestatis, non potest reperiri, cur altera potius, quam altera consumeretur.”

Fr. 13. de duob. reis.:

“Si reus promittendi alteri reo heres extiterit, duas obligationes eum sustinere dicendum est; nam ubi quidem altera (?) differentia obligationum esse possit, ut in

¹ Het praktisch belang, dat voor den debiteur in het te niet gaan van een van beide kan gelegen zijn, vgl. fr. 93. de solut.

fidejussore et reo principali, constitit, alteram per alteram perimi; quum vero ejusdem duae potestatis sint, non potest reperiri, alteram potius, quam alteram consummari.”

Hier zien wij dus twee obligatiën over hetzelfde onderwerp naast elkander *bestaan*, die onmogelijk op die wijze hadden kunnen gevestigd worden. —

De regel zelf, tegen welks verkeerde opvatting en te groote uitbreiding wij tot nog toe gewaarschuwd hebben, wordt ons niet met zooveel woorden in de regtsbronnen aangewezen; — en geen wonder, want ten tijde, dat de klassieke Juristen schreven, gold hij niet meer; — maar van zijn bestaan, dat zoo waarschijnlijk is wegens zijne overeenkomst met den geest van het oude, strenge, formele jus civile, vinden wij nog overblijfsels in fr. 5. de fidejuss. en fr. 18. de V. O.

1) fr. 5. de fidej. in fine:

“Refert autem (Julianus) haec ad speciem in qua vult ostendere, non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant; est autem species talis: si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet; item si reus stipulandi extiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit.”

Julianus (zegt Ulpianus) wil bewijzen, dat in den ouden tijd reeds twee obligatiën over hetzelfde onderwerp tegelijk hebben kunnen bestaan. Om dit te bewijzen, haalt hij eene juridieke zeldzaamheid aan, het zoo even besproken geval, waarin de eene correus de erfgenaam van den anderen wordt.

Daaruit mag men afleiden, dat *in den regel* geen twee obligatiën over dezelfde schuld te gelijk hebben kunnen bestaan.

Zoo als onze regel is geëunciëerd, die niet spreekt van het *bestaan*, maar van het *vestigen* van twee obligatiën, wordt daarop in dit geval geene uitzondering gemaakt.

2) Fr. 18. in verband met fr. 58. de V. O.

Fr. 18. de V. O.:

“Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur.”

Fr. 58.:

“Sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit.”

De tweede stipulatie is nietig (*nihil agit*), en die nietigheid kan wel niet anders verklaard worden, dan uit onzen regel.

Bij Heimbach ¹ en Liebe ² vind ik het bestaan van dien regel in het oude regt niet uitdrukkelijk, maar implicite bestreden. Zij beweren namelijk, dat over het geheele oude en klassieke regt heen meerdere obligatiën over hetzelfde onderwerp hebben kunnen gevestigd worden.

Bij Heimbach worden de plaatsen vermeld, die naar zijne meening zijn stelling voor het oude regt bewijzen.

Deze zijn:

1) Valerius Maximus 8, 2, 2:

“C. Visellius Varro trecenta millia nummum ab Otacilia Lateranensi, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est: eo consilio, ut si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando.”

Varro, die op sterven ligt, wil zijne maîtresse een legaat achterlaten. Dit durft hij niet openlijk te doen, maar hij verbergt het legaat onder eene litterarum obligatio; hij laat haar de som van 300,000 IIS. op zijn

¹ Die Lehre von dem Creditum, p. 376 en v.

² Die Stipulation und das einfache Versprechen, p. 161 v.

naam *expensileren*, alsof zij hem die ter leen had gegeven.

Varro blijft echter leven, en nu ageert zij tegen hem tot betaling der geëxpensileerde som.

“*ex amica obsequenti subito destriectam foeneratricem agere coepit nummos petendo, quos ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat.*”

Daaruit dat de verpligtingsgrond, die *expensilatie* was, nu ook *stipulatie* wordt genoemd, leidt Heimbach af, dat Varro hier *ex duabus causis, ex duabus obligationibus*, eene litt. oblig. en eene stipulatie is geobligeed.

Maar het is duidelijk, dat de Schrijver hier *stipulatio* niet bezigt in den *technieken zin*, maar in de algemeene beteekenis van *obligatie*; de meest voorkomende species gebruikt in plaats van het genus.

2) Cic. pro Roscio Comoedo, cap. 4 § 13:

“*Jam duae partes causae sunt confectae; adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat; praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio.*”

Uit de tegenstelling van *non dicit* en *negat* leidt II. af, dat de eischer zich op eene litt. oblig. zou beroepen hebben.

Nu heeft hij zich op eene stipulatie beroepen; derhalve grondt hij zijn eisch op twee obligatiën, en daaruit zoude volgen, dat de twee obligatiën over hetzelfde onderwerp gevestigd, kunnen concurreren.

Daargelaten de vraag, of de eischer zich op eene litt. oblig. zou hebben beroepen ¹, eene vraag, die ik met de meeste uitleggers ontkennend meen te moeten beant-

¹ Over deze vraag vergelijkte men Puchta, Civil. Schriften, N^o. 17, en de litteratuur, bij Heimb. aangehaald.

woorden; bewijst die plaats, ook wanneer men de verklaring van H. aanneemt, volstrekt niets. Hoe dikwerf toch beroept zich een pleiter niet op met elkander onbestaanbare middelen. —

Later is deze regel langzamerhand in onbruik geraakt. Vgl. het betoog van Heimbach en Liebe t. a. pl.

Dit neemt niet weg, dat ook toen nog vele gevolgen van den formelen regtsregel bleven bestaan. Dit had voornamelijk daar plaats, waar zich met den historischen een rationele grond vereenigde.

§ 2.

Het begrip der novatie.

Wanneer dan twee obligatiën over hetzelfde onderwerp tegen den boven vermelden regel gevestigd zijn, dan moet de eene voor de andere plaats maken.

Maar welke het zal zijn, dat hangt daarvan af, of zij geheel gelijkkluidend zijn, dan of zij in eenig opzigt verschillen.

Vershillen zij in het geheel niet van elkander, dan is de tweede nietig.

Fr. 18. de V. O., “cit, qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur” in verband met fr. 58. de V. O.

Wijken zij in eenig opzigt van elkander af, dan wordt de oude vernietigd. Het aangaan van zoodanige obligatie, die eene andere vernietigt, wordt *novatie* genoemd.

Gaj. 3 § 176:

“Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti, si *quod tu mihi debeas* a Titio dari stipulatus sim. . . .”

Id. 3 § 177:

“Sed si eadem persona sit, a quo postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore obligatione novi

sit, forte si conditio, vel sponsor aut dies adjiciatur aut detrahatur.”

De laatst aangegane obligatie moet met de vorige het onderwerp gemeen hebben, in een van de overige bestanddeelen van haar verschillen, zal deze vernietigd zijn.

Die vernietiging der oude obligatie is een gevolg van het vestigen der nieuwe, waarmede zij onbestaanbaar is; zij is onafhankelijk van den wil der partijen om door het vestigen der nieuwe de oude op te heffen.

Toen nu later de regel had opgehouden te bestaan en alzoo de grondslag der novatie was weggevallen, bleef zij toch in wezen; want zij was een in het verkeer onmisbaar instituut geworden.

Het te niet gaan van haren grondslag had alleen ten gevolge, dat men naar een nieuwen zocht, en dien vond men in den wil om de oude obligatie te delgen, den *animus novandi*, die zich in het aangaan van eene nieuwe, in het onderwerp aan de oude gelijk, in de overige bestanddeelen van haar verschillend, openbaarde. De wil werd geen bijzonder vereischte, want zij werd uit de nieuwe obligatie gepraesumeerd; alleen de *contrarius animus*, de wil om niet te noveren was somtijds uitgesloten.

§ 3. I. q. m. o. t:

“Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, quum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant. etc.”

C. 8. C. de novat:

“Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum, et si non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo *ἀνοβατεύτως* dicunt, causa procedat.”

Animus novandi wordt vereischt passim in tit. de nov.,

waar een specialiter actum ut novetur in de Pand. vereischt wordt, is het woord *specialiter* geïnterpoleerd ¹.

Novatie laat zich dan over het geheele oude en klassieke recht heen definiëren als: *het vernietigen eener obligatie door het aangaan eener nieuwe, die met de oude het onderwerp gemeen heeft, in een van de overige bestanddeelen van haar verschilt*, hetzij men de vernietigende kracht der nieuwe obligatie uit hare onbestaanbaarheid met de oude, of uit een gepraesumeerden animus novandi wil verklaren.

Met deze definitie komt overeen die in het fr. 1. pr. de novat. gegeven wordt.

“Novatio est . . . , hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur.”

Het te niet gaan der oude obligatie is een gevolg van het constitueren der nieuwe; — de qualiteiten der nieuwe zijn niet gepraeciseerd, maar onbestemd uitgedrukt in het woord *ita*.

Er wordt alleen gezegd, dat de nieuwe obligatie bepaalde qualiteiten moet hebben; welke die zijn, wordt voor een gedeelte aangewezen in het eerste lid der definitie: “Novatio est *prioris debiti* in aliam obligationem transfusio atque translatio;” voor een gedeelte ontbreekt de vermelding daarvan in de definitie.

Dit van de novatie als formele handeling.

Let men op de bestemming der novatie in het verkeer, dan dient zij tot *schuldwijziging*. Immers het onderwerp, de schuld blijft na de novatie in een anderen vorm of in eene andere omkleeding, dus gewijzigd, voortleven.

In het algemeen zou men zich schuldwijziging, zoo als elke andere wijziging op twee manieren kunnen den-

¹ Savigny, Oblig. recht, I, S. 166. Even zoo reeds Cujacius Not. ad Inst. quib. mod. oblig. toll.

ken: door het laten bestaan der oude obligatie en het bijvoegen der veranderingen bij *pactum adjectum*, of door het vernietigen der oude obligatie en het in de plaats stellen der nieuwe gewijzigde.

De wijziging door *pactum adjectum* kon in het oude regt niet geschieden; bleef dus over die door novatie.

Dit karakter van *schuldwijziging* sluit geheel dat van *betaling* uit, dat door Liebe aan de novatie wordt toegeschreven. In het begrip van *schuldwijziging* ligt het voortduren, in dat van *solutio* het te niet gaan der *materiële* schuld opgesloten.

Dit is het criterium, waaraan wij altijd kunnen toetsen of eene schuld genoveerd, dan of zij door *solutio* is gedelgd. Nemen wij een geval, waarin beide schijuen ineen te smelten.

Sejus debiteur van Titius voor 100 asses wordt aan Gajus crediteur van Titius voor dezelfde som door dezen gedelegeerd.

Gajus stipuleert nu van Sejus: "*quod tu Titio debes, mihi dare spondes?*"

Gajus krijgt nu in de plaats van eene obligatie op Titius van 100 asses, eene op Sejus van gelijk bedrag.

Is nu de schuldvordering van Gajus genoveerd of door *solutio* gedelgd?

Door *solutio*, want de *materiële* schuld is gedelgd; in de plaats van zijne schuldvordering op Titius krijgt Gajus eene andere van Titius op Sejus. Hier heeft betaling met schuldvorderingen plaats gehad.

Zoo zeggen dan ook de Romeinen:

"*Solvit, qui reum delegat.*"¹

Anders zou het zijn, wanneer Gajus gestipuleerd had van Sejus:

¹ Fr. 8 § 3. ad Sc. Vellej.

quod Titius mihi debet, tu dare spondes?

Hier is de schuld van Gajus op Titius genoveerd; de schuld blijft materiëel bestaan alleen gewijzigd in den persoon des debiteurs en in een anderen vorm overgeplaatst.

Arg. fr. 34. § 2 de novat.:

“..... quod Titium et Sejum mihi dare oportet, id dari spondes?..... utrique tamen novationis iure stipulantur.”

Hier is evenzoo eene stipulatie, waarbij wij van iemand stipuleren, *wat een derde ons schuldig is*. Onze oude schuldvordering is door novatie gedelgd.

De plaatsen, die volgens Liebe zouden bewijzen, dat aan de novatie het karakter van solutie werd toegekend ¹, geven alleen te kennen, dat er eenige overeenkomst bestaat tusschen solutie en novatie; die overeenkomst is daarin gelegen, dat in beide, in de solutie meer, in de novatie minder, eene satisfactio des crediteurs ligt opgesloten. —

Met het oog op de schuld, die door de novatie in een' anderen vorm, in eene andere obligatie wordt overgebracht, is de novatie het overgieten eener schuld in eene anderen obligatoiren vorm. Uit dit oogpunt beschouwde de Jurist, toen hij schreef: “Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio.” Uit deze beschouwing van de novatie als het overgieten eener schuld in eenen nieuwen vorm, is de naam novatio te verklaren.

Fr. 1. de nov.:

¹ Vgl. Liebe op. c., p. 156 en 280, not. 3. Zij zijn: fr. 31 et 1 de novat.; fr. 19 et 4 de donat.; fr. 83 et 1 de V. O.; fr. 137 et 1 de V. O.; fr. 21 et 3 de ann. leg. — Fr. 8 § 3 ad Set. Vellej. wordt hier ten onrechte aangehaald, z. b.

“ novatio enim a *novo* nomen accepit et a *nova obligatione*.” —

Van alle overige modi tollendae obligationis verschilt de novatie daarin, waarin zij met de solutie verschilt; het is haar karakter van *schuldwijziging*, dat aan geen andere modus tollendi eigen is; waardoor zij dus gemakkelijk van alle andere is te onderscheiden. —

Vergelijken wij de novatie met de legati translatio, het constitutum en de litis contestatio:

1. Legati translatio.

Wanneer een erflater zijn vroeger opgemaakt testament herziet en in een van te voren toegekend legaat, met instandhouding daarvan, wijzigingen maakt, hetzij door het op een ander persoon over te brengen; hetzij door met de uitkeering een ander zijner erfgenamen te belasten; hetzij door er eene conditie aan toe te voegen, of op eenige andere wijze, dan gaat het oude legaat te niet en het nieuwe treedt in zijne plaats op. ¹

Zoo als novatie is schuldwijziging door overbrenging der schuld in een nieuwen vorm, zoo is legati translatio wijziging van testamentaire beschikking door het overgieten dier beschikking in een nieuwen vorm.

Novatie en legati translatio loopen parallel, de eerste in de leer der schuldvorderingen, de laatste in de leer der testamentaire beschikkingen.

Het verschil van gebied, waarin zij zich bewegen, maakt een verschil tusschen beide noodzakelijk: dit namelijk, dat de legati translatio, ook waar ze niet tot stand komt, als *legati ademptio* kan dienen, terwijl de onvolmaakte novatie nimmer een *modus tollendi obligationem* kan zijn.

Fr. 20. de adim. vel transfer. leg.:

¹ Fr. 5 en 6. de adim. vel transfer. leg.

“Licet transferam legatum in eum, cum quo nobis testamenti factio non est, sive in servum proprium, cui sine libertate legavero, licet iis non debeatur, nec illi tamen debetur, cui fuerit ademtum.”

Gaj. 3. § 176:

“..... non idem juris est, si a servo stipulatus fuero, nam tunc proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset.”

Al is de nieuwe *beschikking*, die de oude zal wijzigen, nietig, dan is toch de oude niet meer van kracht; daarentegen blijft de oude *obligatie* bestaan, wanneer de nieuwe nietig is.

Zoo als gezegd, is dit verschil tusschen novatie en legati translatio toe te schrijven aan het verschil van gebied, waarin zij zich bewegen; in de leer der legaten is de wil — wanneer die bij testament wordt te kennen gegeven — voldoende om een legaat te vernietigen; waar dus uit eene wijziging, al is zij niet tot stand gebragt, van zoodanigen wil blijkt, heeft het legaat opgehouden te bestaan; — anders is het op het gebied der obligatiën, waar de wil op zich zelve niet de kracht heeft eene obligatie te delgen.

2. Constitutum.

Die geld, dat hij of een ander schuldig is, op zekeren termijn belooft te betalen, zonder zich daartoe civiliter te verbinden, is gehouden aan zijne verpligting te voldoen, niettegenstaande ex pacto geene actie geboren wordt ¹.

Die overeenkomst heet *constitutum*. Zij vereischt eene zekere afdoening op een bepaalden tijd ²; die niet op den dag opkomt, verliest de *actio constitutoria* ³; die op

¹ Fr. 1. § 1.; fr. 5. § 2. de pec. const.

² Fr. 16. § 4. eod.

³ Fr. 18. eod.

den dag niet betaalt, wordt nog daarenboven veroordeeld tot eene boete van de helft der verschuldigde som ¹.

De oude obligatie gaat geenszins door het constitutum te niet ²; wel door de betaling ten gevolge van het constitutum ³. De geconstituëerde kan én de actio constitutoria én de actie uit de oude obligatie instellen, ofschoon vroeger daarover gestreden is ⁴.

Het constitutum is derhalve eene overeenkomst, die in het geheel geen invloed uitoefent op de oude obligatie, haar noch wijzigt, noch vernietigt.

Het is eene *regeling van betaling*, die in geen opzicht de bestaande obligatie raakt; het kan vergeleken worden met ons handelspapier; even als dit loopt het op een bepaalden tijd en wordt met streng regt vervolgd; evenmin als dit heeft het eene overeenkomst met de novatie ⁵.

¹ Fr. 16. § 4 cit. Gaj. 4. § 171.

² Ten onrechte beweert von Savigny, Oblig. recht, I. p. 167, dat over de vraag, of door het constitutum de oude obligatie te niet ging, tusschen de oude Juristen strijd is geweest. Zijn beweren is gegrond op fr. 18. § 3. de pec. const.: "Vetus fuit dubitatio, an, qui hac actione egit, sortis obligationem consumat. Et tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non l. c. quoniam solutio ad utramque obligationem proficit."

Het is duidelijk, dat hier niet getwijfeld wordt aan het te niet gaan der obligatie door het *constitutum*, maar door het instellen der *constitutoria actio*.

Verkeerde interpretatie van fr. 10. de p. c., ten gevolge dezer valsche opvatting. Zie v. Sav., eod.

³ Fr. 18. § 3 cit.

⁴ Vgl. noot ².

⁵ Niet geheel wordt het wezen van het constitutum uitgedrukt in de definitie van Roszhirt, Dogmengsch. des R. R., p. 259, waarnaar constitutum zoude zijn "*Anerkennung einer bestimmten Geldsumme.*"

Veel te eng vat Unterholzner, Schuldverhältnisse 2. p. 840 het constitutum op, welks bestemming hij geloofde dat, *Sicherstellung der Schuldübertragung* is.

3. Litis contestatie.

Wanneer over eene obligatie een proces wordt aangegaan, dan wordt zij gedelgd, ten minste zoo zij eene is, de qua legitimo iudicio agitur, d. i. die te Rome of binnen den eersten mijlpaal van Rome tusschen Romeinsche burgers voor één regter wordt behandeld ¹; — en in hare plaats treedt een processuële toestand, eene condemnatie, een vonnis, krachtens hetwelk de debiteur aan den schuldeischer het bedrag zijner schuld moet voldoen.

Gaj. 3. § 181:

“Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum, nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem reus teneri litis contestatione.”

Deze vernietiging der obligatio door de l. c. heeft groote overeenkomst met de novatie: in beide wordt de obligatie van zelve door het vestigen van een obligatoiren toestand opgeheven; ja, beide verschillen alleen daarin van elkander, dat bij de novatie het eene *obligatie* is, bij de l. c. *eene betrekking, die met de obligatie overeenkomt*, maar er *eigenlijk geene is*, die de obligatie delgt ². Uit deze groote overeenkomst is het te verklaren, dat l. c. en novatie elkander worden tegenovergesteld, met elkander worden vergeleken.

Fr. 29. de novat.:

¹ Gaj. 4. § 109.

² L. c., Novatie en de vernietiging eener obligatie door eene poenaal-stipulatie (fr. 44. § 6 de Obl. en Act.), kunnen onder één algemeen begrip gebracht worden, dat van het van zelve te niet gaan eener obligatie door het vestigen van een nieuwen obligatoiren toestand. Bij de vernietiging door de poenaal-stipulatie is het eene obligatie, die de obligatie delgt, maar niet eene, die met de vernietigde over één onderwerp loopt. Daarvan zegt dan ook fr. 44. § 6. cit: “*quasi novatio fit.*”

“Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt ¹.”

Ten aanzien der betrekking tusschen l. c. en novatie zijn er twee meeningen, welke elkander vijandig tegenover staan, die wij evenwel uit ons standpunt beide moeten bestrijden.

Vooreerst deze, dat novatie en l. c. één zijn, uitgedrukt in de formule: *novatio est voluntaria aut necessaria*.

Zij is de algemeen aangenomene ².

Het ongegronde dezer meening blijkt terstond reeds daaruit, dat Gajus l. c. en novatie niet onder ééne rubriek behandelt, maar van beide als afgescheiden zaken spreekt; verder, dat nergens l. c. onder het begrip van novatie wordt gebragt ³; l. c. en novatie worden met elkander vergeleken, maar alleen dingen die van elkander verschillen, kunnen te zamen vergeleken worden.

De andere meening ⁴ houdt in, dat door de l. c. de oude obligatie niet gedelgd wordt; zij strijdt uitdrukkelijk met de woorden van Gajus: *tollitur obligatio*.

Men beroept zich wel daarop, dat bij onregtmatige vrijpraak de oude obligatie als *naturalis obligatio* blijft voortbestaan ⁵; maar deze nat. oblig. is niets dan eene,

¹ Vgl. fr. 3. § 11. de pecul.

² Zie Donellus, Comment. jur. civ. (ed. Hanover), L. 16. c. 20. p. 933. — Savigny, System. VI. p. 26. *not. f.* Vgl. V. p. 325. — Keller, Civ. Procesz, § 60 en § 71. L. c., p. 127 en vg. — Wachter, Erörterungen, 3. p. 38. — Liebe, o. c., p. 177.

³ Fr. 263. Vat. Fragm.:

“nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit” noemt oneigenlijk het veranderen van personen bij het iudicium *novationis*. (Z. O.)

⁴ Becker, Processz. Consumpt. § 23. — Domburg, in Krit. Zeitschr. für die gesch. Rechtsw., Bd. 2, Heft 4, p. 339 en v.

⁵ Fr. 28 en 60 de cond. indeb.; de litteratuur over deze *naturalis obligatio* bij Savigny, Oblig. Recht. I., S. 94. *not. u.*

ter wille van de billijkheid ingevoerde verzachting van den strengen regtsregel, dat door de l. c. de obligatie wordt opgeheven. Men mag daarop geen stelsel bouwen.

Door Keller ¹ wordt nog eene novatie door het vonnis aangenomen; hieraan valt evenmin te denken, daar de toestand, dien de l. c. te weeg brengt, geene obligatie is, terwijl tot de novatie eene *obligatio novata* vereischt wordt.

§ 3.

Vormen der novatie.

In de novatie, die schuldwijziging is, is de schuld het blijvende, hare omgeving het wisselende.

Zoo vele vormen zijn er derhalve van de novatie denkbaar, als er veranderingen in die omgeving kunnen plaats hebben.

Die omgeving bestaat of kan bestaan:

1. in de formele causa der obligatie;
2. in de modaliteiten der obligatie;
3. in de personen, die zich in de obligatie bevinden.

Derhalve zijn er drie hoofdvormen van de novatie denkbaar:

1. door verandering der formele causa;
2. door verandering in de modaliteiten;
3. door verandering der personen.

1. *Novatie door verandering der formele causa.*

Causa is de grond, waarom eene obligatie verbindend is; zij kan worden onderscheiden in *formele causa*; grond, waarom eene *obligatio jure civili* en — *materiële causa*; grond, waarom eene *obligatio jure naturali* verbindend is.

Bij alle obligatiën smelt de *formele* met de *materiële*

¹ T. a. pl.

causa ineen, behalve bij die, welke uit de zoogenaamde *Formalcontracte* ontstaan.

Zoo heeft de stipulatie altijd eene formele *causa*: de *verba*; *jure civile* is zij altijd verbindend; maar zij wordt gezegd *sine causa* te zijn, wanneer er geen materiële *causa* voor haar aanwezig is.

Daar bij de novatie de schuld *dezelfde* moet blijven, ofschoon de obligatie, waarin zij zich bevindt, vernietigd wordt; de individualiteit der schuld, welke afhangt van de materiële *causa*, niet meer *dezelfde* blijft zoo de materiële *causa* verandert, zoo kan de nieuwe obligatie geene andere materiële *causa* hebben dan de oude, dient dus uit een *Formalcontract* voort te spruiten, daar deze alleen vatbaar zijn de materiële *causa* eener obligatie in zich op te nemen ¹.

De novatie met verandering der formele *causa* bestaat dus daarin, dat wij over eene schuld een formeel contract aangaan, of zoo zij van te voren in een formeel contract was gekleed, een ander formeel contract afsluiten.

Theophil. § 3. l. q. m. o. t. ²:

“Sin autem ab ipso debente mihi stipuler quaerimus an fiat novatio? Et ut tibi extrinsecus plenius dicam, si quidem obligatus mihi fuisti ex re, vel litteris, vel consensu, aut ex actionibus ex quasi contractibus natis, sine controversia novatio est facta.”

Hier wordt alleen van *stipulatie* als novatoire obligatie gesproken; dit komt daardoor dat zij het meest voorkomende *Formalcontract* is.

Voorbeelden van novatie door het veranderen der formele *causa* alleen in fr. 76 § 1. de V. O.; fr. 29 § 1. de V. O.; fr. 4. de usuris; fr. 3. § 1. de act. emti. —

¹ Vgl. Liebe, p. 158.

² Naar de vertaling van Reitz.

2. Novatie door verandering in de modaliteiten.

Deze zijn de dies en de conditio.

a. dies.

Deze verandering ten opzichte van den dies laat zich op twee wijzen denken: — of zoo, dat eene pura obligatio in eene in diem, — of eene in diem in eene pura wordt veranderd.

Gaj. 3. § 177:

“Forte si conditio, vec sponsor aut dies adjiciatur aut detrahatur.”

In het eerste geval zal de crediteur eerst post diem existentem kunnen ageren.

Fr. 5. de nov.:

“Et generaliter constat, et stipulatione in diem facta novationem contingere, sed non statim ex ea stipulatione agi posse, antequam dies venerit.”

In het tweede geval zal de crediteur terstond kunnen ageren, doch hij dient in de novatoire stipulatie de uitdrukking *pure* of eene daarmede overeenkomende in te lasschen; doet hij dit niet, stipuleert hij: *quod hisce Kalendis te mihi dare oportet, id dari spondes?* dan blijft die stipulatie eene *in diem*¹.

b. conditio.

Men kan eene conditionele obligatie op twee manieren beschouwen: óf uit het oogpunt der kansberekening: de obligatie wordt dan op eene zekere waarde geschat, die afhangt van de meerdere of mindere waarschijnlijkheid, aan het bestaan der conditie verbonden; óf men kan zeggen: men weet niet of de conditie zal bestaan of deficiëren: existeert zij, dan is de obligatie reeds *peudente conditione* eene *pura*; deficiëert zij, dan is zij niets, nooit iets geweest.

¹ Vgl. fr. 47. de V. O.

Volgens de eerste wijze van beschouwen kon men meenen, dat bij het adjiciëren of detraheren der conditie, de obligatie *dadelijk* genoveerd werd; zoo dacht Servius Sulpicius er over, wanneer de pura in eene conditionalis obligatio werd omgezet.

Gaj. 3. § 179:

“ Servius tamen Sulpicius existimavit, statim et pendente conditione novationem fieri, et si defecerit conditio, ex neutra causa agi posse.”

Volgens de tweede wijze van beschouwen moest men zeggen: dat de novatie eerst daar is, wanneer de conditie existeert; immers dan eerst is er eene obligatie, die genoveerd kan worden of tot novatoire obligatie dienen kan.

Zoo was de algemeen aangenomen meening.

Fr. 14. § 1. de novat:

“Sed si, quod sub conditione debetur, pure quis novandi causa stipuletur, nec nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse videatur, sed tunc novabit, quum extiterit conditio; etenim existens conditio primam stipulationem committit, commissamque in secundam transfert ¹.”

Gaj. 3. § 179:

“Quod autem diximus si conditio adjiciatur novationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus novationem fieri, si conditio extiterit: alioquin si defecerit durat prior obligatio.”

Zoo wordt dan door het adjiciëren of detraheren der conditie geene verandering aan de obligatie toegebracht; — op het oogenblik dat de novatie daar is, zijn beide obligatiën gelijkkluidend geworden; — echter kan men toch niet zeggen, dat het adjiciëren of detraheren der con-

¹ Vgl. fr. 8. § 1. de novat.

ditie geene gevolgen na zich sleept; de nevenwerkingen der novatie, zoo als daar zijn het vernietigen der accessiones, het delgen der mora, heeft deze vorm met de andere gemeen.

3. Novatie door verandering in de personen.

De personen, die in eene obligatie voorkomen, zijn:

a. de crediteur;

b. de debiteur;

c. de sponsor, ten minste volgens het gevoelen der Sabiniani.

a. Novatie door verandering des crediteurs.

Wanneer men de schuldvordering als eene res incorporalis beschouwt, dan is deze vorm van novatie te gelijk eene wijze om schuldvorderingen over te dragen; ja zelfs is deze de gewone wijze daartoe.

Gaj. 2. § 28:

“Res incorporales traditionem non recipere manifestum est.”

Id. 2. § 38:

“Obligaciones quoque modo contractae nihil eorum recipiunt. nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur id efficere possum, sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur, et incipiat tibi teneri, quae dicitur novatio obligationis.”

Behalve door de stipulatie kan men ook zonder novatie door het *judicium* schuldvorderingen overdragen.

De vertegenwoordiging namelijk door vrije personen, ofschoon overal elders uitgesloten, was in het proces geoorloofd ¹.

Men liet den vertegenwoordiger voor zich *litis contes-*

¹ Gaj. 4. § 82.

teren. Dit geschiedde volgens den regel: alteri nemo stipulari potest: op naam van den repraesentant.

De debiteur, die Sejus schuldig was, werd nu door de l. c. debiteur van den repraesentant Titius: de formula luidde aldus:

“Si paret N. N. *Publio Maevio* sestertium decem millia dare oportere, judex N. N. *Lucio Titio* sestertium decem millia condemna etc. ¹”

De intentie werd op naam des schuldeischers, de condemnatie op dien des vertegenwoordigers gesteld.

De vertegenwoordiger had bij gevolg de actio judicati tegen den gedaagde ².

Wilde men derhalve iemand eene schuldvordering overdragen, dan ving men maar een proces daarover aan, en liet den cessionaris als procurator optreden. Dat men in de praktijk zoo deed, blijkt uit Vat. Fragm. § 263:

“Eam, quae bona filiis citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularium tradidit, neque per mancipationem praediorum dominium transtulit, nec interpositis delegationibus, aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit ³.”

Die zijn vermogen wil overdragen, moet zijne roerende goederen traderen, de onroerende manciperen, zijne schuldvorderingen overdragen door zijne debiteurs zich te laten verbinden aan zijne cessionarii, hetzij bij vrijwillige stipulatie, hetzij in het proces. —

Daar niemand op eens anders regtssfeer inbreuk mag maken, wordt tot de overdracht van schuldvorderingen de toestemming des ouden schuldeischers gevorderd.

¹ Gaj. 4. § 86.

² Fragm. Vat. § 331.

³ Oneigenlijk staat hier *novavit*; streng formeel is er geene novatie, want het iudicium is geene obligatie; praktisch kan men hier echter wel van novatie spreken; het iudicium toch is een obligatoire toestand.

Deze toestemming kan de stipulatie voorafgaan; zij is dan eene opdracht aan den cessionaris, om van onzen debiteur te stipuleren, *wat deze ons schuldig is*. Die opdracht heet *delegatio*. —

Delegare is eigenlijk een praktisch woord, dat beteekent een ander debiteur aan onzen crediteur overwijken.

Fr. 17. de novat.:

“*Delegare scriptura, vel nutu, ubi dari non potest, debitorem suum quis potest.*”

Zoo beteekent het soms: *den crediteur magtigen, om van een derde te stipuleren, wat wij hem schuldig zijn* ¹. In den regel is de beteekenis: *een derde magtigen (hetzij hij onze crediteur zij of niet) van onzen debiteur te vorderen, wat deze ons schuldig is* ².

Niet wijd genoeg is dan de definitie van delegatie in fr. 11. § 1. de novat.:

“*Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit,*” want de delegataris behoeft niet altijd crediteur van den *delegans* te zijn.

Delegatie komt ook wel voor in de beteekenis van verandering der personen, waar die ten gevolge der magtiging heeft plaats gehad, hetzij die verandering *met of zonder novatie* gepaard gaat, zoo in fr. 11. de nov.:

“*Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per l. c.*” ³. —

De toestemming des crediteurs kan echter ook de novatoire handeling volgen:

¹ Fr. 33. de novat.

² Passim in tit. de novat.; de uitdrukking: *solvit qui reum delegat*, fr. 8. § 3. ad Sct. Vellej., wanneer de derde onze crediteur is.

Fr. 18. § 1. de m. c. donat. — “*Si donaturus mihi debitorem tuum mihi delegaveris, eatenus capere existimandus sum,*” wanneer die derde geen crediteur van ons is.

³ Vgl. Liebe, p. 199. en v. en Mühlenbruch, Cession., p. 234, noot 376.

Fr. 20. de novat.:

“Si quis absente me a debitore stipulatus est, ego postea ratum habuero novo obligationem.”

b. Novatie door verandering van debiteur.

Gaj. 3. § 176:

“..... veluti si quod tu mihi debeas a Titio dari stipulatus sim.”

Ook hier kan de repraesentatie in het proces tot overdrag van schulden dienen.

De condemnatie wordt op naam gesteld van dengene, die den gedaagde vertegenwoordigt; tegen hem competeert de *judicati actio* ¹.

Tot dezen vorm van novatie wordt geene toestemming van den oorspronkelijken schuldenaar vereischt; want fr. 53. de solut.:

“Solvere pro ignorante et invito cuique licet, quum sit iure civili constitutum, licere etiam ignorantis invittique meliorem conditionem facere.”

Wat hier van solutie gezegd wordt, geldt ook van novatie, fr. 91. de solut.; fr. 8. § 5. de novat.

Het bevrijden van een debiteur, door zich ongevraagd in zijn² plaats te verbinden, heet *expromissio* ².

c. Novatie door het *adjicere* of *detrahere* van een *sponsor*.

Dit *adjicere* of *detrahere* van een *sponsor* moet men zich zoo voorstellen, dat de schuld, die van te voren zonder die borgtogt bestond, door een *sponsor* verzekerd wordt; die, welke van een *sponsor* voorzien was, er van worde beroofd.

Anders stelt het zich Huschke voor ³. Hij beweert, dat

¹ Fr. 40.; fr. 61. de procur.; fr. 4. pr. de re judic.

² Fr. 7. § 8. de dolo malo; fr. 45. § 4. mandati; fr. 13. pr. ad Sc. Vellejanum.

³ Gajus, p. 101.

er eene adjectio sponsoris in gelegen is, wanneer de eerste stipulatie luidt: *centum dare spondes?* de tweede: *centum dare cum sponsore spondes?* Het novum van de tweede stipulatie zou dan daarin bestaan, dat de debiteur het toetreden van een borg beloofde.

Ik betwijfel echter zeer, of ooit zoodanige obligatiën, waarbij een debiteur het toetreden van een borg belooft, zijn aangegaan. Immers, die obligatie heeft niet de minste beteekenis; voldoet de debiteur niet aan die nieuwe verbindtenis, dan zal hij de schade moeten vergoeden, die daaruit voor den schuldeischer resulteert, en die schade bestaat in het bedrag zijner hoofdverplichting.

Het fr. 112. § 1. de V. O., dat Huschke als voorbeeld van zoodanige obligatie aanhaalt, spreekt van het geval dat iemand belooft een borg te stellen voor de schuld van een *derde*. Zoodanige stipulatie heeft zin. —

Of het adjectie of detrahere van een sponsor novatie daarstelde, daarover was strijd tusschen de verschillende scholen.

Gaj. 3. § 177:

“ sed quod de sponsore dixi, non constat: nam diversae scholae auctoribus placuit nihil ad novationem proficere sponsoris adjectionem aut detractionem.”

Aan novatie was nu niet te denken geweest, wanneer te gelijk met de stipulatie des sponsors de debiteur niet op nieuw promitteerde ¹, b. v. van Sejus, die al vroeger centum schuldig was, stipuleerde de crediteur: *centum dare spondes?* v. d. nieuwen sponsor: *idem dare spondes?* ² Nu kon men de obligatie van den sponsor beschouwen óf als een geheel uitmakende met die des debiteurs, óf als eene accessoire obligatie, die een bestaan op zich zelve heeft.

¹ Becker, Proc. Consumption, p. 189.

² Gaj. 3. § 115.

Het eerste dachten de Sabiniani, en zij vonden quid novi in het bijvoegen of weglaten van den sponsor, lieten bij gevolg de novatie toe; het tweede de Proculiani, en zij zagen in de woordelijke herhaling van de obligatie des debiteurs geen novum, bestreden daarom het daarzijn eener novatie.

§ 4.

Vereischten der novatie.

Zoo als wij boven gezien hebben, is novatie het vernietigen eener obligatie door het aangaan eener nieuwe.

De hoofdvereischten der novatie zijn derhalve:

1. de oude obligatie;
2. de nieuwe obligatie; waarbij men nog in het klassieke regt kan voegen
3. een zekeren animus novandi: eigenlijk het uitgesloten zijn van een contrarius animus.

Wij gaan tot de behandeling van ieder dezer drie vereischten over:

1. *Oude obligatie.*

Hiervan zegt fr. 1. § 1. de novat.:

“Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu; qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest.”

Dat zij in diem kan zijn geconcipeerd, zagen wij boven reeds, eveneens dat conditionele obligatiën kunnen worden genoveerd, en dat de novatie van deze met dezelfde conditie is doortrokken als de oude obligatie, daar zij eerst tot stand komt als de conditie van de oude obligatie existeert.

Anders is het bij de litis contestatie; deze kan niet over conditionele obligatiën worden aangegaan.

Immers, die over eene conditionele obligatie in regten ageert, verliest zijn klaagregt niet, en kan voor de tweede maal over deze obligatie ageren.

Dit klaagregt is een gevolg van de obligatie, dat zonder deze niet kan bestaan ¹.

Schrader ad § 33. I. de act. beweert op grond der woorden: "veluti si quis ante diem vel conditionem petierit," waar de conditionele obligatiën met die *in diem* op een lijn worden gesteld, dat ook bij haar een voor de tweede maal ageren ongeoorloofd is geweest; maar die uitspraak der Instituten, al moet zij zoo worden opgevat, is blijkbaar in strijd met uitspraken in de Pandekten gegeven.

Fr. 43. § 9. de aed. edict.:

"Si sub conditione homo emptus sit, redhibitoria actio ante conditionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest; et ideo, et si ex emto, vel ex vendito vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta conditione iterum agi potest ²."

De reden van het verschil tussehen de novatie in l. c. is deze:

Bij de novatie van conditionele obligatiën, wordt de nieuwe obligatie zelve conditioneel; evenzoo zou de toestand, dien het iudicium vestigt, een conditionele zijn, wanneer over conditionele obligatiën kon worden geageerd, — de litis contestatie nu kan geen conditionele toestand zijn.

Fr. 35. de judic.:

¹ Gaj. 3. § 181. Men verlieze niet uit het oog, dat, ofschoon het klaagregt niet kan bestaan, waar de obligatie is gedelgd, het klaagregt wel kan hebben opgehouden, waar de obligatie nog bestaat (z. b.).

² Vgl. fr. 1. § 4. quando dies ususfr. leg. ced., in verband met fr. 213. de V. S.; fr. 13. § 5. de pign.; fr. 36. de solut.

“Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse, et vel in futurum concipi, ita iudicium in pendenti potest esse vel de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sint. Nam neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit; iudicium vero, antequam aliquid debeatur, non posse.” —

Vreemd is het, dat in de stipulatio Aquiliana, die toch met de meeste zorg er was op aangelegd om alle schulden te omvatten, van de conditionele obligatiën geen melding wordt gemaakt ¹.

Schrader ad. § 2. I. q. m. o. t. wil het *oportet oportebit* ook op de conditionele obligatiën laten slaan.

De zin der woorden verzet zich hiertegen, want *oportet* slaat alleen op *pure*, *oportebit* op *in diem obligationes*.

Fr. 76. § 1. de V. O.:

“Quum stipulamur, *quidquid te dare facere oportet*, id, quod praesenti die dumtaxat debetur, in stipulationem deducitur, non, ut in iudiciis etiam futurum; et ideo in stipulatione adjicitur verbum: *oportebit* vel, ita: *praesens in diemve*.”

Dat ook in de stipulatio Aquiliana noch direct noch indirect van conditionele obligatiën gesproken wordt, wordt bevestigd door:

Fr. 4. de transact. van Ulpianus:

“Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes obligationes novat et perimit, ipsaque perimitur per acceptilationem; et hoc iure utimur.

Ideoque etiam legata sub conditione relicta in stipulationem Aquilianam deducuntur.”

Uit het wezen der stipulatio Aquiliana redeneert Ul-

¹ In vele goede handschriften vindt men achter de woorden: *praesens in diemve* nog *sub conditione* geplaatst; door bijvoeging schijnt een glosseem te zijn, en komt bij Theophilus niet voor. Vgl. daarover Hugo, Civil. Magaz., Bd. 2. p. 416 in de noet. Z. ook beneden.

pianus om te bewijzen, dat ook conditionele obligatiën daarin worden opgenomen. Die redenering zoude overbodig wezen, als de conditionele obligatiën in de stipulatie waren opgenoemd.

In den tijd van Gallus Aquilius zal men wel zoo liberaal niet zijn geweest om uit het doel der stip. Aquil. de conditionele obligatiën voor genoveerd te houden, wanneer zij daarin niet waren opgenomen.

Zouden zij met opzet daarin niet vermeld zijn? daarvoor is geen grond te vinden —: conditionele obligatiën konden worden genoveerd —; dat er eene acceptilatie op volgde, kon geen bedenking geven, want ook zij kan een *sub conditione debitum* bevatten ¹.

Zouden zij bij vergissing zijn weggelaten? dit is ook bij eene zoo naauwkeurige kwijtingsformule niet aan te nemen.

En een derde mogelijkheid is er wel niet.

Wij gelooven dus de vraag onoplosbaar.

2. Nieuwe obligatie.

In den regel zal de nieuwe obligatie in den tijd op de oude volgen; dit is echter geen vereischte; ook van eene toekomstige obligatie is de novatie mogelijk.

Fr. 8. § 2. de novat.:

“Si quis ita stipulatus a Sejo sit: quod a Titio stipulatus fuero, dare spondes? an si postea a Titio stipulatus sim, fiat novatio, solusque teneatur Sejus? Et ait Celsus novationem fieri, si modo id actum sit, ut novetur, id est, ut Sejus debeat, quod Titius promisit; nam eodem tempore et impleri prioris stipulationis conditionem, et novari ait; eoque iure utimur.”

Ontleden wij de obligatie, dan hebben wij:

a. formele causa;

¹ Fr. 12. de acceptil.; fr. 16. de solut.; fr. 4. de transact.

- b. personen;
- c. debitum;
- d. modaliteiten.

A. *Formele causa.*

Dat de nieuwe obligatie eene formele moet zijn, hebben wij boven reeds gezien; eveneens dat zij in de meeste gevallen eene stipulatie is.

Na deze blijft er nog eene over, d. i. de *litterarum obligatio*. Van haar wordt het niet uitdrukkelijk gezegd, dat zij tot novatoire obligatie kan dienen, maar het blijkt uit hare aanwending, dat zij altijd tot novatoire obligatie heeft moeten dienen.

Om de *litterarum obligatio* te kunnen beoordeelen, dienen wij een blik te slaan op de Romeinsche huisboeken.

In die boeken heeft ieder persoon, met wien wij in juridieke betrekking staan en ieder bestanddeel van ons vermogen, dat inkomsten oplevert, een bijzonder folio.

Ieder folio heeft zijne *debet-* en *credit*zijde, b. v.: een Romein heeft een huis, dat hij verhuurd heeft. Nu staat op de debetzijde van het folio van dit huis: — verschuldigd wegens verschenen huurpenningen van het afgelopen jaar... 10,000 HS.; worden die betaald, dan zet men op de creditzijde er naast: “ontvangen 10,000 HS. wegens vervallen huurpenningen;” — op analoge wijze bij personen, met wie wij in betrekking staan.

Door dat inboeken wordt geene obligatie geboren. De debiteur blijft *ex mutuo*, *ex conducto* geobligieerd.

Wanneer nu de huurder op den bepaalden tijd den huurprijs niet kon voldoen, maar om uitstel vroeg, dan was men gewoon, wilde men dit uitstel verleen, de oude schuld als betaald in te boeken — te acceptilieren — en te gelijk den persoon des huurders voor eene som, gelijk aan die der te betalen huurpenningen, te debiteren.

Door dit debiteren: *expensilieren*: werd deze geobli-

geerd ¹. Het boek, dat van te voren hoogstens tot bewijs der schuld kon strekken, wordt bij hare overschrijving de causa der vernieuwde schuld.

Dit is de overschrijving eener schuld van het folio der res op dat der personen: *transscriptio a re in personam*.

Eenzoo ging het bij personen, die ons om eene personele oorzaak geobligceerd zijn: wilden deze een' ander in hunne plaats stellen, dan werd, wanneer de schuldeischer daarmede genoegen nam, de obligatie des ouden debiteurs geacceptileerd, en de plaatsvervanger werd op een nieuw folio voor de schuld des ouden schuldenaars gedebiteerd; dit is de overschrijving eener schuld van het eene folio der personen op een ander: *transscriptio a persona in personam*.

Gaj. 3. § 128:

“Litteris obligatio fit veluti in nominibus transscriptitiis. fit autem transscriptitium nomen duplici modo: vel a re in personam, vel a persona in personam.”

Id. 3. § 129:

“A re in personam transscriptio fit, veluti si id quod modo ex emtionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero.”

Id. 3. § 130:

“A persona in personam transscriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi ².”

¹ Op wat wijze de debiteur tot die expensilatie medewerkte, welke medewerking toch zeker gevorderd werd, hetzij zij alleen in het geven van consent tot de expensilatio bestond, hetzij doordien de debiteur zelf aan het expensilieren deel nam, is tot nog toe duister gebleven. Vgl. Heimbach, p. 322.

² Vgl. over de litt. oblig. von Savigny, Vermischte Schriften, Bd. 1. p. 211 en Heimbach, Creditum, p. 309 en v., en de litteratuur aldaar aangehaald.

Wij hebben hier eene obligatie, die door de expensilatie, d. i. het vestigen eener nieuwe, die hetzelfde onderwerp heeft, wordt gedelgd; en hierin is de novatie gelegen ¹.

B. *Personen.*

De personen, die in de nieuwe obligatie voorkomen, zijn de crediteur en de debiteur; de sponsor verdient hier geen bijzondere vermelding.

De debiteur moet iemand zijn, die zich, al is het ook maar naturaliter kan obligeren, anders komt er geene obligatie tot stand, die de oude kan opheffen.

Gaj. 3. § 179:

“..... Non magis his casibus (d. o. is het geval begrepen, dat ik van een slaaf stipuleer, wat een derde mij schuldig is) novatio fit, quam si id, quod tu mihi debeas a peregrino, cum quo sponsionis communio non est, *spondes verbo stipulatus sim.*”

De crediteur is óf dezelfde persoon, die in de oude obligatio als crediteur fungeerde, óf een derde.

— In het eerste geval moet hij, zal de novatie tot

¹ Men zou kunnen beweren, dat de vernietiging der oude obligatie niet door de expensilatie geschiedde, maar deze bij de expensilatie reeds door acceptilatie gedelgd was. Ware dit zoo, dan was er geene novatie, want de oude obligatie was dan niet door het aangaan der nieuwe vernietigd. Van de twee handelingen, die de litterarum obligatio vormen, de expensilatio en de acceptilatio, is slechts de eerste van juridiek gewigt. De acceptilatie heeft alleen plaats om de orde in de boeken te bewaren; immers vergat men haar, dan zou men in het denkbeeld kunnen verkeeren twee schuldvorderingen van hetzelfde bedrag te hebben; waar zij was verzuimd, zoude echter de oude obligatie niettemin gedelgd zijn, vooral ook, daar niet door het louter inboeken eene obligatie ontstaat.

Men zou zich verder nog daarop kunnen beroepen, dat bij Gajus de litt. oblig. nergens gezegd wordt eene novatie in te houden; doch dit stilzwijgen is van weinig kracht tegen de natuur der litt. obligatio.

stand komen, de magt hebben om in zijn vermogen veranderingen te brengen. Bij wien die magt berust, wordt geleerd in de leer van de capaciteit, waarmede wij ons thans niet zullen bezig houden.

Of hij de eenige crediteur, dan wel een correus is, doet niets ter zake.

Fr. 31. § 1. de novat.:

“..... Secundum quae si unus (ex duobus reis) ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit.....”

Geenszins strijdt met deze beslissing fr. 27. pr. de pactis, zoo als vroeger wel eens beweerd is.

“Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere; tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo, nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur.... *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.*”

Deze laatste woorden: *Idemque etc.* moeten niet in verband gebracht worden met het *nam nec novare alium posse*, maar met de stelling der geheele wet.

Paulus betoogt, dat de exceptio pacti door een der argentarii socii toegestaan, de anderen niet hindert; en dit geldt ook bij correi stipulandi. Verder gaat de gelijkstelling van de argentarii socii met de correi niet; dat een van gene niet kan noveren, wordt op deze niet toepasselijk gemaakt ¹.

— Dat in het tweede geval de toestemming des ouden schuldeischers gevorderd wordt, hebben wij reeds boven gezien.

C. Onderwerp.

¹ Vgl. over deze wet von Savigny, Oblig. Recht, I. p. 174. vg.

Zoo als wij boven zagen, moet het onderwerp der nieuwe obligatie hetzelfde zijn als dat der oude.

Fr. 32. de novat.:

“Te hominem et Sejum decem mihi dare oportet: stipulor ab altero novandi causa ita: *quod te aut Sejum dare oportet*; utrumque novatur.

Paulus: merito, quia utrumque in posteriorem deducitur stipulationem.

De alternatieve obligatio bevat in het algemeen twee debita ¹; deze: *quod te aut Sejum dare oportet*: bevat én de schuld van u én die van Sejus. En daarom zegt Paulus is er novatie; er zoude dus geen novatie zijn, wanneer die nieuwe obligatie een ander *debitum* bevatte.

Fr. 26. de novat.:

“Si is, cui decem Titius, quindecim Sejus debebat, ab Attio stipulatus est, quod ille aut quod ille debeat, dari sibi, novatum utrumque non est, sed in potestate Attii est, pro quo velit solvere, et eum liberare; fingamus autem ita actum, ut alterutrum daret, nam alioquin utrumque stipulatus videtur, et utrumque novatum, si animo novandi hoc fiat.”

Titius is tien, Sejus vijftien schuldig; de crediteur stipuleert van een derde: wat Sejus of Titius schuldig is; hier is geene novatie, omdat geen van beide debita in de stipulatie aanwezig is.

In eene alternatieve obligatie toch op twee sommen is slechts de kleinste som aanwezig volgens fr. 109. de V. O.:

“Si ita stipulatus fuero: decem aut quindecim dabis? decem debentur;” in deze obligatie zijn dus 10 aanwezig; maar dat die 10 *dezelfde* zijn als die, welke Sejus schuldig is, dit blijkt uit niets. Beide obligatiën loopen wel over hetzelfde *voorwerp*, niet over hetzelfde *onder-*

¹ Fr. 5. § 2. de O. et A.; fr. 128. de V. O.

werp. De nadere aanduiding van de juridieke gelijkheid der objecten, die vereischt wordt, zoo dikwerf obligatiën, die tusschen verschillende personen bestaan, over hetzelfde *onderwerp* zullen loopen (z. b.), ontbreekt hier geheel.

Fr. 4. de novat.:

“Si ususfructus debitorem meum delegavero tibi, non novetur obligatio mea, quamvis exceptione doli, vel in factum tutus debeat esse adversus me is, qui delegatus fuerat; et non solum donec manet ejus ususfructus, cui delegavi, sed etiam post interitum ejus videbimus, quia etiam hoc incommodum sentit, si post mortem meam maneat ei ususfructus; et haec eadem dicenda sunt in qualibet obligatione personae cohaerenti.”

Titius is Sejus het vruchtgebruik van den fundus Cornelianus verschuldigd; Sejus laat zijn debiteur het vruchtgebruik van denzelfden fundus aan Gajus promitteren.

Hier is geene novatie, want de stipulatie van Gajus houdt niet hetzelfde debitum in zich als die van Sejus. In de eerste is het onderwerp *het vruchtgebruik voor GAJUS*; in de tweede is het: *het vruchtgebruik voor SEJUS*; want het vruchtgebruik verschilt van inhoud, naarmate het den een' of den ander competeert, en in het algemeen kan men zeggen, dat regten, *quae personae cohaerent*, nooit identisch kunnen zijn.

Van deze uitlegging verschilt die door Donellus¹ gegeven wordt. Donellus verklaart het niet aanwezig zijn der novatie aldus:

“Quia id actum est, ut debitor meus promitteret ususfructum, quem mihi debuit, qui ut praestari alteri non possit, sic nec ejus obligatio nova cum alio constitui ad eum praestandum, est enim ejusmodi, ejus obligatio personae meae cohaeret.”

¹ Comment. iur. civ. p. 929.

M. a. w. de debitor, die het ususfructus, dat hij Sejus schuldig was, aan Gajus heeft gepromitteerd, is aan dezen in het geheel niet verbonden; want men kan geene obligatie aangaan over eene zaak, quae alius personae cohaeret." —

De stipulatie met Gajus zoude dus nietig wezen, en de novatie bij gebreke van novatoire obligatie zijn uitgesloten.

Dit beweren wordt door niets gestaafd. Fr. 59. § 1. de iure dot., op wier analogie hij zich beroept, leert, dat geene regten kunnen worden overgedragen op hem, die ze niet kan uitoefenen.

Het regt van vruchtgebruik echter kan door Gajus wel worden uitgeoefend. Het fr. 4. geeft zelfs te kennen, dat Gajus het vruchtgebruik erlangt "*et non solum donec manet ejus ususfructus, cui delegavi.*"

Uit het vereischte van identiteit van het debitum volgt, dat men, om te noveren, geene res pro re kon promitteren.

Anders was het bij de legati translatio ¹ en het constitutum ². Hier kon de wijzigende beschikking en de obligatio constituti een ander onderwerp bevatten dan de oude beschikking of de voorafgaande obligatie. Dit hangt zamen met het verschil tusschen deze instituten en de novatie.

De legati translatio, ook al was ze niet volkomen, kon als legati ademptio dienen; bleek dus maar uit het vestigen van het nieuwe legaat van den wil om het oude op te heffen, dan was deze vernietigd. Die wil kon ook dan genoegzaam blijken, wanneer het nieuwe legaat een ander onderwerp bevatte dan het oude.

¹ Fr. 6. de adim. vel transf. leg.

² Fr. 1. § 5. de pec. const.

Het *constitutum* oefende geen invloed uit op de bestaande obligatie; eerst de betaling ten gevolge van het *constitutum* delgde de obligatie. Daar nu door het *solvere rem pro re volente creditore*, de obligatie gedelgd werd, zoo kon het *constitutum*, dat eerst bij de *betaling* de oude obligatie zou vernietigen, een ander onderwerp dan deze bevatten.

Bij de novatie behoort de identiteit van *debitum* tusschen beide obligatiën tot haar wezen.

Geene schennis van dien regel der identiteit is het, als de nieuwe obligatie iets meer bevat dan het *debitum* der oude, ofschoon dit toch in haar aanwezig is.

Men kan zich namelijk het *debitum* der nieuwe obligatie voorstellen:

a. als zijnde het geheel, waarvan het oude een deel uitmaakt, b. v. de oude obligatie loopt over vijf, de nieuwe over tien.

Hier zal men waarschijnlijk naar den regel *pars in toto est*¹ de novatie hebben aangenomen;

b. als bestaande uit verschillende onderwerpen, waarvan één in de oude obligatie aanwezig is.

Hier zijn volgens fr. 29. de V. O.:

“Scire debemus, in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summae sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt,”

zoo vele stipulatiën in de obligatie aanwezig, als daarin onderwerpen zijn opgenomen.

De nieuwe stipulatie loopt dus mede over hetzelfde onderwerp als de oude, bij gevolg kan hier novatie plaats vinden; zoo zegt ook fr. 34. § 2. de novat.:

“In summa admonendi sumus, nihil vetare, una stipulatione plures obligationes novari, veluti si ita stipu-

¹ Fr. 7. de exc. rei jud.

lemur: quod Titium et Sejum mihi dare oportet, id dari spondes? licet enim ex diversis causis singuli fuerant obligati, utrique tamen novationis iure liberantur, quum utrisque obligatio in unius personam, a quo nunc stipulemur, confluat." —

Evenmin wordt aan de vereischte identiteit te kort gedaan, wanneer men het debitum der oude obligatie omzet in het *quanti ea res est*. Dit blijkt uit het *quanti quaeque earum rerum res est erit* der stipulatio Aquiliana.

En terecht, want de aestimatie is regtens de zaak zelve, slechts op eene andere wijze uitgedrukt ¹.

Omgekeerd mag niet de novatoire obligatie de zaak zelve bevatten, wanneer in de oude de aestimatie is opgenomen.

Fr. 42. de fidejuss.:

" non ut aestimatio rerum in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce aestimanda est."

Het *quanti res est* der novatoire stipulatie geeft het objectieve, niet het subjectieve interesse te kennen. Anders toch zou er aan geene identiteit tusschen de zaak en de aestimatie te denken zijn ². —

Het debitum der novatoire stipulatie kan niet een deel uitmaken van dat der oude; zoodanige obligatie op een deel heeft ook niet ten gevolge, dat de obligatie gedeeltelijk wordt genoveerd, want zij is geheel nietig. Vgl. fr. 58. de V. O. cit. Hier komt nog bij, dat, terwijl van solutie en acceptilatie gezegd wordt, dat zij ten

¹ Gans, Oblig. Recht, p. 56.

² Hierdoor wordt het beweren van von Savigny, System, V. p. 454 weêrlegd, dat het *quanti ea res* in vrijwillige stipulatiën altijd het subjectieve interesse, ook wel alleen het *interesse* genoemd, zoude uitdrukken. Vgl. Mommsen, zur Lehre von dem Interesse, p. 52.

deele kunnen geschieden, nergens zoo iets van novatie wordt vermeld.

Unterholzner ¹ beweert het tegendeel: “Es lässt sich denken, das ein Schuldeinspruch theilweise durch Schuldneuerung aufgehoben wird;” — doch hij vergeet de *leges probantes* te citeren.

Anders is het bij de obligatie, die uit een b. f. contractus voortspuit. Deze is de vereeniging van verschillende en veelsoortige praestatiën; het ligchaam, waarvan deze de leden uitmaken, zoo als Liebe ² het uitdrukt: “die Wurzel einer Mehrheit einzelner Ansprüche.” Uit deze kan men enkele deelen verwijderen en vervormen, enkele praestatiën noveren.

Fr. 3. § 1. de act. emt. et vend.:

“Si emtor vacuum possessionem tradi stipulatus sit, et ex stipulatu agat, fructus non venient in eam actionem, quia et qui fundum dari stipularetur, vacuum quoque possessionem tradi oportere, stipulari intelligitur; nec tamen fructuum praestatio ea stipulatione continetur, neque rursus plus debet esse in stipulatione, sed ex emto superesse ad fructuum praestationem.”

De kooper zondert hier van zijne incerta obligatio eene praestatie af, namelijk *vacuum possessionem tradi*. Deze is genoveerd, de andere kan hij *judicio emti* erlangen.

D. Modaliteiten.

Daarover valt op deze plaats niets anders op te merken, dan dat bij het *adjicere conditionem* de novatie behalve van het existen der conditie nog afhankelijk is van deze twee omstandigheden: dat de verschuldigde zaak nog bestaat en de debiteur geene *capitis deminutio* heeft ondergaan op den tijd dat de conditie vervuld wordt.

¹ Schuldverhältnisse, I. p. 623.

² p. 233.

Fr. 14. pr. de novat.:

“Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione, et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo conditio impletur.”

Arg. fr. 14. § 1:

“Et ideo si forte persona promissoris pendente conditione fuerit deportata, Marcellus scribit, ne quidem existente conditione ullam contingere novationem, quoniam nunc, quum extitit conditio, non est persona, quae obligetur.”

3. *Animus novandi* ¹.

Boven hebben wij gezien, dat deze in het alleroudste regt niet vereischt werd.

Later, toen de onbestaanbaarheid van meerdere obligatiën over hetzelfde onderwerp had opgehouden, zien wij den wil om te noveren gevorderd, niet als een vereischte, dat eene afzonderlijke bevestiging behoeft, maar dat gepraesumeerd wordt uit het aangaan eener obligatie, die de qualiteiten eener novatoire heeft (z. b.).

Of die praesumptiën *juris et de jure* of *juris tantum* zijn geweest, valt niet met zekerheid op te geven; misschien moet men ook wel onderscheiden tusschen de gevallen, dat novatie plaats heeft *met* of *zonder* verandering der personen ².

Wanneer men eene obligatie vestigt, die met eene reeds bestaande het onderwerp gemeen heeft, in een der personen van deze verschilt, dan moet deze dienen om de bestaande op te heffen of om die te versterken.

Die welke dienen om eene obligatie te bevestigen, moeten luiden: *IDEM, quod Gajus debet, tu (Sei) dare spondes?*

¹ Vgl. Liebe, p. 204 en vg.

² Deze onderscheiding schijnt ook Liebe te maken. Zie p. 232 en 244.

in tegenstelling van de novatoire, die luidt: *Id, quod Gajus debet, tu dare spondes?*¹. Het onderscheid tusschen de begrippen is in de woorden uitgedrukt: eene stipulatie op *idem* drukt uit, dat men een nieuw exemplaar eener bestaande schuld wil vestigen; eene op *id* dat men door het vestigen van een nieuw, het bestaande exemplaar wil delgen.

De stipulatie *id, quod Gajus debet, dare spondes?* kan dus nimmer tot bevestiging van de obligatie van Gajus dienen.

Daar een ieder praesuntione juris et de jure geacht wordt kennis te dragen van het regt, kan ook Sejus, die *id, quod Gajus debet* van Titius stipuleert, nimmer de bedoeling hebben gehad om die stipulatie tot bevestiging van de obligatie van Gajus te laten dienen; blijft dus over, dat hij door haar de bestaande heeft willen delgen; — eene nietige obligatie zal hij toch gewis niet hebben willen vestigen.

Daarom zal hier Sejus wel niet tot het bewijs van het ontbreken van den animus novandi zijn toegelaten.

Anders bij de obligatiën tusschen dezelfde personen. Hier kon zeer goed eene obligatie dienen tot versterking eener andere van hetzelfde onderwerp, in een der bestanddeelen van haar verschillend².

Daar hier de stipulatie voor twee bedoelingen vatbaar was, moest men tegelijk met het praesumeren van den animus novandi, het bewijs van den contrarius animus toelaten.

¹ De vorm der novatoire stipulatie *id quod* fr. 75. § 6. de V. O.; fr. 32. et 34. de novat. et passim. — Die der correal-obligatie (z. b.); die der soorten van correal-obligatie: v. d. sponsor, *idem dare spondes?* v. d. fidepromissor, *idem fidepromittis?* fidejussor, *idem fide tua esse jubes?* Zie Gaj. 3. § 116.

² fr. 7. § 12 de pact.; fr. 71. pro socio; fr. 28. § 4. de jurejur.

Fr. 8 § 3. de novat.:

“Idem Celsus ait, judicatum solvi stipulatione actionem judicati non novari; merito, quia hoc solum agitur ea stipulatione, ut fidejussoribus cautum sit, non ut ab obligatione judicati discedatur.”

Het spreekt van zelf, dat op den animus non novandi niet alleen wordt acht geslagen, wanneer die, zoo als hier, uit den aard der handeling van zelf blijkt, maar ook waar die moet bewezen worden.

§ 5.

Gevolgen der novatie.

Het gevolg der novatie is, dat de schuld in haar voormaligen vorm heeft opgehouden te bestaan, maar in den nieuwen voortleeft.

Al wat daarom met den ouden vorm verbonden was, al de eigenaardigen der oude obligatie gaan met deze te niet, en worden niet op de oude overgebracht.

Zoo gaan:

a. de accessiones der oude niet op de nieuwe obligatie over; onder accessiones zijn volgens fr. 43. de sol.:

“In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora,” borgen en pand te verstaan:

Fr. 60. de fidejuss.:

“quum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut ipso iure aut exceptione liberandum.”

Het exceptione liberare doelt op het geval, dat een judicium wordt gevoerd, quod imperio praetoris continetur (z. b.).

Fr. 18. de novat.:

“Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus.”

Dit te niet gaan der accessiones zal meestal tegen den zin van partijen zijn, die met de novatie alleen eene loutere *schuldwijziging* beoogen. Het nadeel dier gevolgen kan men natuurlijk verwijderen, door dezelfde voordeelen, aan de oude obligatie verbonden, voor de nieuwe te bedingen.

Alleen bij de hypotheek baart dit moeilijkheid; al behoudt men zich hypotheek voor ten behoeve der nieuwe obligatie, dan toch is die hypotheek van lateren datum en kan derhalve van minderen rang zijn dan die, welke aan de oude obligatie verbonden was.

Voor een gedeelte heeft men die moeilijkheid uit den weg geruimd door aan den eersten hypothecairen crediteur, die zich hypotheek voorbehoudt, zijn voormaligen rang tegenover de andere hypothecaire crediteuren te laten behouden ¹.

b. het privilegie aan de oude obligatie verbonden gaat niet over op de nieuwe.

Fr. 29. de novat.:

“*Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur* ².”

c. de rentenloop wordt gestuit.

Fr. 18. de novat.:

“*Novatione legitime facta usurae non currunt*”

d. de mora wordt gepurgeerd fr. 8. pr. de novat.: “*Si Stichum dari stipulatus fuerim, et quum in mora pro-*

¹ fr. 3. pr.; fr. 21. pr. qui potiores etc.

² Vgl. over het privilegium dotis fr. 17. de rebus auct. jud. etc.; c. un. C. de rei uxor. act. in ex stip. etc.; over het privilegium tutelae c. 20. C. de admin. tutor.

missor esset, quominus daret, rursus eundem stipulatus fuero, desinit periculum ad promissorem pertinere, quasi mora purgata ¹.”

Dit is niet zoo zeer een gevolg van de novatie als wel daarvan, dat de debiteur, die met zijn crediteur schikkingen treft, niet meer kan geacht worden in de betaling nalatig te zijn. Zoo wordt ook de mora gepurgeerd, al komt de novatie wegens uitwendige beletselen niet tot stand.

Fr. 72. § 1. de solut. :

“Quum Stichum mihi deberes, et in solvendo moram fecisses, sub conditione eum promisisti; pendente ea Stichus decessit; videamus, an, quia novari prior obligatio non potest, petitio servi competat ea, quae competet, si non intercessisset stipulatio. Sed in promptu contradictio est, debitorem, quum stipulanti creditori sub conditione promisit, non videri in solutione hominis cessasse; nam verum est, eum, qui interpellatus dare nolit, offerentem postea periculo liberari ².”

De novatie komt hier niet tot stand, door dat de zaak pendente conditione te niet gaat; evenwel is de mora gepurgeerd.

e. eigenaardigheden andere dan de bovengenoemde gaan niet over op de nieuwe obligatie.

Een voorbeeld daarvan vinden wij in de rei uxoriae actio, wanneer zij wordt genoveerd.

Bij deze actie kan de vrouw slechts aanspraak maken op de dos, na aftrek van al wat in billijkheid in mindering moet strekken; daarenboven had de vrouw de keus door het edictum de alterutro óf de dos óf hetgeen haar door haren man bij doode vermaakt is, te vorderen.

¹ Vgl. Mommsen, Beiträge III. Die Lehre v. d. Mora. p. 331. Windscheid, Krit. Zeitschr. III. p. 277.

² Vgl. fr. 14. de novat.

Al deze eigenaardigheden vielen weg, wanneer de dos in stipulationem werd gededuceerd.

Justinianus heeft later bij c. un. de rei uxor. act. de eigenaardigheden dezer actie op de actio ex stipulatio overgedragen.

Op grond van al de hier waargenomen verschijnselen mogen wij gerust aannemen, dat de novatoire obligatie een bestaan heeft geheel onafhankelijk van de genoveerde.

Deze waarheid wordt voor zooveel de *stipulatio specialis* betreft, ontkend door Liebe ¹.

Stipulatio specialis is de stipulatie, die als onderwerp bevat: *al wat uit eene obligatie kan gevorderd worden*, in tegenoverstelling van de *vulgaris*, die eene *bepaalde zaak* bevat.

Quidquid ex vendito te mihi dare facere oportet, id dari spondes? is eene *stipulatio specialis*; *Stichum dare spondes?* eene *vulgaris* ².

¹ P. 280 en v.

² De onderscheiding tusschen stip. vulgaris en specialis is gemaakt door Thalelaeus in zijne Scholiën op c. un. de rei uxor. act.

De opvatting van die onderscheiding is geheel anders bij Cujacius dan bij Liebe; bij Cuj. ad leg. 29. de V. O. in *stip. vulgaris*; quae fit simpliciter; *specialis*; quae fit adjecta causa.

Wij hechten niet het minste gewigt aan deze onderscheiding, en zullen ons derhalve geen moeite geven den waren zin dier onderscheiding op te sporen. Buitendien Liebe wederleggende, is het toch beter diens terminologie te volgen.

Ten aanzien dezer stip. spec. heeft Liebe, p. 272 en v., zonderlinge beschouwingen. Hij houdt het namelijk voor eene controverse tussehen de Rom. Juristen, of in de stipulatio spec. de regten des promittents verrat zouden zijn. B. v., of in de stip. *quidquid ex vendito te mihi dare facere oportet, id dari spondes?* de verplichtingen des emtors begrepen zijn.

Die meening steunt op fr. ult. de acceptil. (Labeo): "Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis a te liberatus sum. Paulus: imo eum locatio conductio, emtio venditio conventionione facta est, et nondum res

Dat er verschil van behandeling tusschen de stip. specialis en vulgaris zou bestaan hebben, is à priori onwaarschijnlijk, omdat er geen wezenlijk onderscheid tusschen beiden bestaat.

intercessit, utrinque per acceptilationem, tametsi ab alterutra parte dumtaxat intercessit, liberantur obligatione."

Wanneer een synallagmatisch contract b. v. een koop is afgesloten en de obligatiën, die daaruit voor den verkooper voortvloeijen, zijn geacceptileerd, dan is daardoor de kooper nog niet bevrijd.

De acceptilatie nu kan niet plaats hebben dan door overbrenging van deze obligatiën in eene stipulatie en door delging van deze.

De stipulatie, die loopt over de obligatiën des verkoopers, moet dus geluid hebben:

"Quidquid ex vendito te mihi dare facere oportet, id dari spondes?"

Waren in deze woorden de obligationes ex emto vervat, dan waren die mede geacceptileerd. Nu zegt Labeo, dat de kooper niet gelibereerd is, en daaruit volgt, dat zijne verplichtingen in de stipulatie niet zijn opgenomen.

Nu beweert Labeo, dat Paulus van Labeo in gevoelen verschilt; dat hij den kooper voor gelibereerd hield, omdat ook zijne verplichtingen in de stipulatie waren opgenomen.

Ten onregte: Paulus bestrijdt niet het gevoelen van Labeo; hij maakt er alleen eene nota op, zegt, dat het te algemeen gesteld is.

In een geval, zegt hij, moet op den regel, dien gij Labeo stelt, eene uitzondering gemaakt worden, namelijk als de acceptilatie plaats heeft van eene obligatie, die uit een consensueel contract voortspuit, *quando nondum res intercessit*; de liberatie des koopers is dan niet gelegen in de *acceptilatie*, maar in den *mutuus dissensus*, die uit de acceptilatie blijkt, welke m. d. voldoende is om de obligatiën uit consensuele contracten voortspuitende, *quando nondum res intercessit*, te delgen.

Deze dwaling van Labeo heeft zijn oorsprong te danken aan zijne meening, dat in het: *quidquid ex vendito N. N. A. A. d. f. oportet* der formula ook de verplichtingen des emtors begrepen zouden zijn.

Labeo loochent daarmede de onafhankelijkheid der correlatieve obligatiën van elkander, welke door de leer van het periculum, ja door het geheele karakter van het R. R. wordt bevestigd.

Zijne bewijsplaatsen cap. 5. de benef. van Seneca, c. 14. C. de sentent. zijn dan ook zeer zwak. — Ten opzichte der nitlegging van de stip.

Evenwel betoogt Liebe de afhankelijkheid der stipulatio specialis van de oude obligatie op de volgende drie gronden:

1) de aantekening van Thalelaeus op c. un. de rei uxor. act.:

“Erant ergo multae differentiae inter actionem rei uxoriae et actionem ex stipulatu *vulgarem*.”

Naar Liebe volgt daaruit argumento à contrario, dat er geen verschil bestaat tusschen de rei uxor. actio en de stipulatio *specialis*, die haar noveerde.

Met argumenta a contrario dient men voorzigtig om te gaan en het is best mogelijk, dat Th. zich van de meest voorkomende species der stipulatiën over eene dos heeft bediend om het genus te kennen te geven; maar ook al ligt in de affirmatie eene negatie opgesloten, dan heeft nog Th. zooveel gezag niet om op zijn woord een door niets bewezen stelsel aan te nemen.”

2) Fr. 32. solut. matrim.:

“Si prior maritus posteriori dotis nomine, tamquam debitor mulieris dotem promiserit, non plus, quam id, quod facere possit, dotis futurum esse.”

De eerste man, die aan den tweeden echtgenoot der vrouw de haar verschuldigde dos beloofd heeft, kan ook tegen dezen het beneficium competentiae doen gelden, waarop hij zich tegen de vrouw had kunnen beroepen.

Liebe houdt nu de stipulatie, waarbij de dos wordt be-

spec. willen wij hier nog bijvoegen, dat zij alleen die verplichtingen des promittents bevat, die op den tijd, dat de stipulatie wordt afgesloten, opeischbaar zijn. Vgl. fr. 76. § 1. de V. O. (z. b.). Zie ook fr. 89. en fr. 125. cod.

De praestatiën, die niet in stipulationem zijn gededuceerd, kunnen met de actie uit de oude obligatie opgevorderd worden. “Id quod non transfertur in causam novationis jure pristino peti potest” (fr. 4. de usur.)

loofd, voor eene *specialis*, en beschouwt den overgang van het *beneficium competentiae* als een verschijnsel, te verklaren uit de verwantschap van de genoveerde met de novatoire stipulatie.

Twee dwalingen; want vooreerst wordt nergens gezegd, dat de novatoire stipulatie eene *specialis* is, men spreekt algemeen van stipulatie zonder eene bepaalde soort voor oogen te hebben; vervolgens — wordt het benef. comp. in den vorm van exceptie geldend gemaakt, en daar nu exceptiën niet tot de obligatie behooren (z. o.), beslist dus haar overgang in geen en deele de vraag, of de oude obligatie in de nieuwe voortleeft.

3) Fr. 29. § 1. de V. O.:

“Si a fure hominem sim stipulatus, quaesitum est, an stipulatio valeat? Movet quaestionem, quod stipulatus hominem meum videor; non valet autem hujusmodi stipulatio, ubi quis rem suam stipulatus est; et constat, si quidem ita stipulatus sim: *quod ex causa condictionis dare facere oportet?* stipulationem valere; si vero hominem dari stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem; quodsi postea sine mora decessisse proponatur servus, non teneri furem condicione, Marcellus ait; quamdiu enim vivit condici poterit; at si decessisse proponatur in ea condicione est, ut evanescat condicio propter stipulationem.”

Van een dief kan men wel zijn eigen zaak condiceren, maar niet stipuleren; wil men dus met hem eene novatie aangaan, dan moet men in onbepaalde termen, dus door eene *stipulatio specialis* van hem stipuleren, wat hij ons schuldig is. Stipuleert men met de *vulgaris*, dan is zij nietig. Zooverre tot *quodsi*.

Bij *quodsi* begint de Jurist een voorbeeld op te geven: Ik heb gestipuleerd van den dief; die stipulatio ziet Liebe voor eene *specialis* aan, en redeneert verder daaruit om zijne stelling te bewijzen.

Zoo als echter uit den samenhang blijkt, is die stipulatis geene *specialis*, maar eene *vulgaris*.

Die *vulgaris* is nietig; alleen heeft zij ten gevolge, dat de mora, die altijd de *condictio furtiva* aankleeft, wordt gezuiverd. Daarom kan de slaaf, zoolang hij leeft, worden gecondiceerd, niet meer als hij dood is, ofschoon dit vóór de zuivering der mora door de stipulatie had kunnen geschieden.

Tot de obligatie behooren niet de exceptiën, die tegen haar ingebracht kunnen worden; deze zijn een' op zich zelf staand regt des debiteurs om het regt des schuldeischers van zijne kracht te berooven ¹.

Zij gaan dus niet door de novatie te niet.

Haar blijven bestaan of te niet gaan is van andere regels afhankelijk, die het niet in ons bestek ligt ex professo te behandelen ².

Als hoofdregel kan dienen deze, dat zij blijven bestaan, behalve wanneer daaruit eene onbillijkheid zou voortvloeijen.

Zoo kan de debiteur zich niet tegen den nieuwen crediteur bedienen van de exceptiën, die hem tegen den ouden competeerden, wanneer de delegatie *solvendi causa* is geschied; de delegataris krijgt hier alleen wat hem toekomt; ook kan men niet van hem vorderen, dat hij onderzoek of de delegatus exceptiën tegen den delegans kan opponeren ³.

Anders is het, waar *donandi animo* wordt gedelegeerd ⁴; hier blijven de exceptiën van den delegatus in wezen;

¹ Savigny, System V. p. 225.

² Vgl. over dit onderwerp: Fein, Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation p. 36 en v.

³ Fr. 19. de novat.

⁴ Fr. 7 pr. de doli mali exc.; fr. 2. § 3. de donat.

want het is beter dat de schenking niet tot stand komt, dan dat de debiteur zijne regten niet kan doen gelden, die hij anders er óf bij zal inschieten, óf waarvoor hij zich op den delegans zal moeten verhalen, die wederom verhaal zal uitoefenen tegen den delegataris.

Natuurlijk zal ook daar de exceptie te niet gaan, wanneer in het aangaan der novatie een afstand der exceptie door den regthebbende gelegen is ¹.

¹ Fr. 12. de novat.

HOOFDSTUK II.

HET JUSTINIANEÏSCHE REGT.

§ 6.

Het begrip der novatie.

In den tijd, die het klassieke regt van het Justinianeïsche afscheidt, is men van het ware begrip der novatie afgeweken.

Dat de nieuwe obligatie over hetzelfde onderwerp moest loopen als de oude, en dat zij in eenig opzigt van deze moest verschillen, heeft men uit het oog verloren; de novatie heeft men alleen laten afhangen van het aanwezig zijn van den animus novandi.

C. 8. de novat.:

“s. si quis vel aliam personam adhibuerit.
vel pignus acceperit, vel quantitatem. minuendam
esse crediderit. vel cautionem juniorem¹ acceperit,
vel aliquid fecerit, ex quo veteris juris conditores
introducebant novationes.”

Justinianus schetst hier den toestand der novatie zoo

¹ Vele handschriften lezen: *cautionem minorem*; wij volgen Cujacius, *Observ.* 19. 36., die op autoriteit van andere handschriften *juniorem* leest. De lezing van Cujacius is ook gevolgd in de editie van het *Corpus Juris* van Kriegel.

als die was voor de uitvaardiging zijner constitutie, een toestand, die hij echter ten onregte meent, dat reeds ten tijde der klassieke Juristen voorhanden was.

Men ziet uit die schets, dat op de identiteit der onderwerpen, in de beide obligatiën aanwezig, niet meer gelet werd: *quantitas minuenda* —; evenmin op het *quid novi* in posteriore obligatione: door het toevoegen van den borg (niet den sponsor), van een pand, door het aangaan eener nieuwe schuldbekentenis wordt niets nieuws in de obligatie gebragt —, en toch nam men in al die gevallen novatie aan.

Na de uitvaardiging van deze was er in de novatie, sedert het klassieke regt, in de drie volgende hoofdpunten verandering gekomen:

I. Behoeft de nieuwe obligatie niet meer in iets van de oude te verschillen; dit blijkt uit l. 8. cit., waarin Justinianus den zoo even geschetsten toestand, behoudens eenige wijzigingen betreffende den animus novandi, tot wet verheft.

Dat er niet iets nieuws in de novatoire obligatie behoeft te wezen, neemt niet weg, dat de nieuwe relatie tusschen partijen in zeker opzigt van de oude moet verschillen; maar dit kan als geen bijzonder vereischte der novatie worden aangemerkt; het is niets dan een' noodwendige bepaling van den animus novandi, van den wil, die met de novatie, de daad, in tegenspraak zou komen, wanneer deze niets zou uitwerken.

II. Behoeft het debitum der novatoire obligatie niet meer identisch te zijn met dat der oude.

L. 58. de V. O.:

“sed qui actum stipulatur deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit, sicuti, qui decem, deinde quinque stipulatur nihil agit, nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit; tunc enim priore obli-

gatione expirante ex secunda introducitur petitio, et tam iter, quam usus, nec non quinque exigi possunt.”

Van *nisi* af tot aan het einde is geïnterpoleerd; dit gedeelte drukt dus den geest der Justinianeïsche Wetgeving uit.

Men ziet daaruit, dat het debitum der novatoire obligatie een deel kan wezen van dat der oude; of het ook eene andere zaak kan zijn dan die, welke ex *priore* obligatione verschuldigd is, dit valt niet met zekerheid op te geven.

Van den eenen kant zou men kunnen zeggen, dat de identiteitsregels door Justinianus alleen zijn afgeschafft, voor zooveel het stipuleren van eene minor quantitas betreft, dat zij derhalve overigens ongeschonden zijn gebleven.

Van den anderen kant mogt men beweren, dat de bepaling van Justinianus omtrent de minor quantitas de grootste schennis ware, die aan de identiteitsregels kan worden aangedaan, eene schennis zoo groot, dat zij alle andere afwijkingen, dus ook het stipuleren van *alia res*, wettige kracht had geschonken.

Tot de laatste meening zou ik eer overhellen.

III. Wordt de *animus novandi* niet meer uit het aangaan der novatoire obligatie afgeleid, maar daarvan moet door eene uitdrukkelijke verklaring blijken (z. o.).

Vatten wij deze drie verschilpunten te zamen, dan is de novatie, die van te voren was: het *vernietigen eener obligatie door het aangaan eener nieuwe, in onderwerp aan de vorige gelijk, in een van de overige bestanddeelen van haar verschillend*;

geworden: *het vernietigen eener obligatie door eene (expresse) verklaring des crediteurs van die te willen delgen, afgelegd ter gelegenheid van het vestigen eener nieuwe, die men in de plaats der gedelgde verlangt te stellen.*

In het klassieke regt is het de obligatie, in het Justi-

niancische de wil, uitgesproken bij zekere gelegenheid, die de obligatie opheft.

Vergelijken wij de novatie met de andere modi tollendi, dan zien wij bij haar alleen den wil als het eigenlijk vernietigende element verschijnen, de handeling op den achtergrond treden.

In het Justiniancische recht is zij de hoogste uiting van den wil op het gebied der modi tollendi, want de wil, die anders nooit obligatiën mag delgen ¹, vermag het wel, als tegelijk eene nieuwe in de plaats der vernietigde wordt gesteld. —

Letten wij op de bestemming, die de novatie, zoo als zij thans is gevormd, in het verkeer heeft te vervullen, dan heeft zij vierderlei karakter:

1. dat van *schuldwijziging*, wanneer namelijk de nieuwe obligatie de qualiteiten heeft, die in het klassieke recht tot het wezen eener novatoire gevorderd werden;

2. dat van *betaling*, als de nieuwe obligatie over eene andere zaak loopt dan de oude.

De schuld toch wordt bepaald door het verschuldigde voorwerp en de materiële causa, waaruit het verschuldigd is; bij verandering van het voorwerp blijft de schuld niet meer dezelfde, verliest de novatie haar karakter van schuldwijziging, erlangt daarvoor dat van betaling, dat opkomt, zoodra eene schuld in de plaats eener andere wordt gesteld (z. b.).

3. dat van *gedeeltelijke kwijtschelding zonder aequivalent*, wanneer de nieuwe obligatie eene minor quantitas dan de oude bevat. Het verschil tusschen de quantiteiten in beide obligatiën vervat, gaat voor den crediteur verloren, zonder dat hij er iets voor in de plaats bekomt;

4. dat van *middel om pand en borgen te ontslaan*, wan-

¹ Von Scheurl, Erlassvertrag in Beiträge, Bd. 2. Hft. 1. p. 16.

neer de oude en nieuwe obligatie gelijklopend zijn, en aan de oude pand of borgen waren verbonden.

Op de twee eerst vermelde karakters van novatie, dat van *schuldwijziging* en *betaling*, maakt Savigny opmerkelijk, zonder dat hij echter aanwijst, wanneer haar het eene, wanneer haar het andere eigen is.

Nadat hij eerst heeft betoogd, dat novatie betaling is, zegt hij ¹:

“Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass die Novation eine etwas zweideutige Natur hat. Sie ist hier aufgefasst worden als Surrogat der Erfüllung (durch Austausch der ursprünglichen Obligation), und dieses wird meistens ihre wahre Natur sein.

Sie kan aber auch auf bloss formelle Weise gebraucht werden, etwa um die Obligation zuerst in eine Stipulation umzuwandeln und dann durch Acceptilation aufzuheben, vielleicht in der Absicht einer Schenkung.”

Wanneer Savigny de novatie als solutie beschouwt, staat hem het geval voor oogen, waarin het debitum der nieuwe obligatie een ander is dan dat der oude; waar hij haar als middel aanziet, om “eine Obligation in eine Stipulation umzuwandeln” — welke voorstelling zich onder de meer algemeene van schuldwijziging laat rangschikken — een geval, waar de debita identisch zijn.

De verandering, die onder Justinianus in de natuur der novatie gekomen was, wijst van zelve aan, of zij als ontwikkeling of als uitbreiding buiten hare natuurlijke grenzen te beschouwen is.

Novatie als betaling is overbodig: door de regels betreffende solutio en in solutum datio konden alle gevallen, waarin eene schuldvordering in betaling eener andere gegeven wordt, beheerscht worden.

¹ Obligationenrecht, 1. p. 165 en 166.

Novatie als kwijting zonder *aequivalent* is overbodig. In de behoefte van kwijting zonder *aequivalent* wordt door de *acceptilatie* voorzien.

Novatie als middel om pand en borgen te ontslaan is overbodig. Voor het ontslag van pand dient de *remissio pignoris*; voor dat der borgen de *acceptilatie* hunner verpligting.

Alleen als schuldwijziging is de novatie van gewigt, want ook thans kan deze nog niet door *pactum adjectum* geschieden.

Nu moet in een goed regtssysteem elk instituut een bepaald doel hebben te vervullen, dat door geen ander kan vervuld worden; geen mag op het gebied van een ander inbreuk maken.

De natuurlijke grenzen van elk instituut zijn dus daar, waar zijn doel ophoudt.

Zoo is de uitbreiding der novatie, wier doel als het eenige, dat door geen andere instituten kan bereikt worden, in schuldwijziging bestaat, tot andere doeleinden, als eene uitbreiding buiten hare natuurlijke grenzen te beschouwen.

De ontwikkeling der novatie had alleen moeten bestaan in het verminderen van de kracht der *praesumptiones*, waaruit de *animus novandi* werd afgeleid; — doordien de *animus novandi* al de andere vereischten der novatie heeft geabsorbeerd, zijn hare natuurlijke grenzen weggevallen. Zal zij nog van eenig nut zijn, dan moet men aan haar toevoegen, wat van te voren van zelf haar eigen was: *identiteit* en *quid novi*.

De novatie, zoo als zij thans is, kan vergeleken worden met een huis, waarvan men de muren heeft omvergehaald: de open plaats, die is overgebleven, levert geen bijzonder nut op; wil men haar ergens voor laten dienen, dan moet men de muren weêr optrekken

en er een huis van maken, zoo als het van te voren geweest is.

§ 7.

Vormen, vereischten, gevolgen der novatie.

Om niet in herhalingen te vervallen, zullen wij alleen die punten aanstippen, waarin in de novatie sedert het klassieke regt verandering is gekomen.

Vormen der novatie.

Thans zijn er zoo vele vormen van novatie, als er zich veranderingen in de relatie tusschen crediteur en debiteur laten denken.

Dit volgt daaruit, dat de animus novandi het eenige vereischte der novatie is; zoo lang die animus redelijk blijft, kan er derhalve novatie plaats hebben; redelijk blijft hij, zoolang de novatie eene verandering in de relatie van partijen, welke het dan ook zij, ten gevolge heeft.

In de aanwending der vormen, die reeds in het klassieke regt bestonden, zijn eenige veranderingen gekomen:

1. is de novatie door verandering van crediteur niet meer het eenige middel om schuldvorderingen over te dragen; die overdragt geschiedt thans ook door overeenkomst tusschen cedens en cessionaris ¹;

2. is de novatie door het adjicere of detrahere van den sponsor weggevallen, doordien er geen sponsores meer zijn ².

Vereischten.

A. *Nieuwe obligatie.*

¹ Mühlenbruch, Cession (ed. 2), p. 440.

² § 3. I. q. m. o. t., waarin de plaats van Gajus nageschreven is, sponsor in fidejussor is veranderd.

1. *Formele causa.*

Wanneer de novatie tot schuldwijziging dient, weten wij, dat de novatoire obligatie eene formele moet zijn.

Evenzoo is het, wanneer zij tot betaling dient; want met de novatoire obligatie, die het equivalent der genoveerde moet zijn, mag geene noodwendige vermindering van het vermogen des crediteurs gepaard gaan; de formele obligatiën nu zijn de eenige, waarmede niet noodwendig eene vermindering van het vermogen des crediteurs is verbonden.

Bij de novatie als middel om pand en borgen te delgen en bij haar als gedeeltelijke kwijting zonder equivalent, moet de novatoire obligatie eene formele zijn om dezelfde reden, waarom zij het bij schuldwijziging is.

Bij de eerste wil men de schuld dezelfde laten, die zij geweest is; bij de tweede wil men voor een gedeelte evenzeer de schuld in wezen laten; voor het overblijvend gedeelte is er geen equivalent.

De formele obligatiën van het oude regt waren: de stipulatie en de litterarum obligatio.

De stipulatie is blijven bestaan; de litterarum obligatio is weggevallen ¹.

In het Justinianëische regt komt eene nieuwe litt. obligatio voor, van geheel anderen aard dan de oude.

Zij bestaat in eene verklaring bij geschriften, dat wij zekere som of zekere zaak schuldig zijn.

Gedurende twee jaren na de dagteekening kunnen wij den schuldeischer tot staving der materiële causa noodzaken; na dien tijd staat ons zelfs het bewijs van het niet aanwezig zijn eener causa niet meer vrij ².

Van deze litt. oblig. bediende men zich om schulden te noveren, zoo als blijkt uit de volgende plaatsen:

¹ Titul. Instit. de litt. oblig. en Theophilus ad h. t.

² Titul. Instit. de litt. oblig.; l. 14. C. de non numer. pec.

L. 6. Cod. Theod. de denunt. vel edit. rescript.:

“Si quis debiti, quod vel ex foenore, vel ex pecunia mutuo data sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo facta cautione translatum est.”

Men heeft hier wel eens gedacht aan de oude litt. oblig., doch die gedachte is reeds weêrlegd door Jac. Gothofredus ¹.

L. 5. C. de non num. pec.:

“..... quum autem ex praecedenti causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, quum cavebatur, numerata sit, sed an justa causa debiti praecesserit.”

L. 6. eod.:

“Frustra opinaris, exceptione non numeratae pecuniae te esse munitum, quando, ut fateris, in ejus vicem, qui erat obligatus, substitueris te debitorem.”

2. *Debitum.*

Dit behoeft niet meer identisch te zijn met dat der oude oude obligatie; men kan minor quantitas, en, zoo als wij gelooven, ook alia res stipuleren.

Wij moeten daarom in al de Pandekten-plaatsen, waarin de identiteit van het debitum wordt geleerd, met het oog op de Justinianeïsche Wetgeving, die identiteit als iets overtolligs beschouwen, den grond der novatie in den animus novandi zoeken, die bijna overal tegelijk met de identiteit der debita gezegd wordt aanwezig te zijn.

De weinige wetten, waarin tegelijk met de identiteit de animus novandi niet wordt vermeld, zijn aan het oog der compilatoren ontsnapt.

B. *Animus novandi.*

In het klassieke regt werd de animus novandi uit het

¹ Zie Theophilus, ed. Reitz. p. 668. not. a.

aangaan eener obligatie, die de qualiteiten eener novatoire had, afgeleid.

De qualiteiten der novatoire obligatie vielen weg, en ten laatste kon elke formele obligatie als novatoire dienen.

Voeg hierbij nog, dat de regtsinstituten, die men met de novatie kon verwarren, ook waar deze in hare oude gedaante voorkwam, hunnen vasten vorm hadden verloren,

dan kan het wel geen verwondering baren, dat uit het aangaan der novatoire obligatie niet meer met zekerheid de animus novandi kan worden opgemaakt, dat de een dien daar zag, waar de andere hem ontkende

“et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant ¹.”

Zoo verre was het gekomen, dat men zich tegen het waarnemen eener novatie, waar die niet bedoeld was, alleen door eene expresse verklaring van *niet* te willen noveren, beveiligd achtte.

“etsi non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod soluto vocabulo ἀνοβαρευτως dicunt, causa procedat ².”

Aan dezen regtstoestand wilde Justinianus een einde maken, en hij kon zijn doel alleen bereiken door tot elke novatie eene expresse verklaring van het aanwezig zijn van den animus novandi te vorderen.

Door alleen de praesumptiones af te snijden, had hij zijn doel gemist; de kracht der gewoonte had van zelve de weggevallene praesumptiones juris in praesumptiones facti herschapen.

Zoo koos dan Justinianus het goede middel:

“Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates resecantes, sancimus, si quis..... nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora

¹ § 3. I. cit.

² L. 8. C. cit.

stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint.”

Men moet deze uitdrukking “nisi specialiter remiserint” in verband beschouwen met de uitdrukking “si specialiter hoc actum est (ut novetur),” die in eenige Pandekten-plaatsen is geïnterpoleerd ¹.

Justinianus vordert wel geen formele woorden, maar ook stelt hij zich niet te vreden met een animus novandi, die ex rebus ipsis et factis blijkt.

Hij verlangt eene verklaring in woorden, welke het ook zijn; eene uitdrukkelijke verklaring van den animus novandi.

Dit wordt echter door vele Juristen ontkend, die beweren, dat van den animus novandi, op welke wijze dan ook, heeft kunnen blijken.

Tot deze behoort Fein ², die de vraag uitvoerig behandelt, en bij wien de voorstanders van beide meeningen worden opgegeven.

Tegen het aangehaalde argument, geput uit de uitdrukkingen “specialiter remiserint;” “specialiter hoc actum est” voert Fein aan:

1) dat in de constitutie ook voorkomt “si hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint; dat *exprimere* zoowel beteekent *uitdrukken* door woorden als door handelingen; dat dus eene tacita expressio van het verlangen, om eene obligatie in de plaats van de andere stellen, voor de novatie voldoende is.”

Op zich zelve beschouwd heeft die uitdrukking ook deze beteekenis, maar in de Wet wordt van een *specia-*

¹ L. 29; 31. § 1. de novat.; l. 53. de V. O.

² Beiträge u. s. w., p. 28 en v.

liter remiserint gesproken, en daaraan wordt door de andere uitdrukking haar kracht niet ontnomen.

Partijen moeten *uitdrukkelijk* verklaren, dat zij de oude obligatie willen delgen; niet hebben zij noodig uitdrukkelijk te verklaren, dat zij de nieuwe obligatie in de plaats der oude willen gesteld zien.

De reden hiervan is duidelijk: wanneer eene obligatie gevestigd wordt, dan spreekt het wel van zelf, dat zij zal blijven bestaan; hiertoe is geen bijzondere verklaring noodig.

Maar of die obligatie de kracht zal hebben eene bestaande obligatie te delgen, dat kan questieus zijn: hiervan wordt eene uitdrukkelijke verklaring vereischt.

Die verklaring eens afgelegd zijnde, blijkt het van zelf, tacite, dat partijen de nieuw gevestigde obligatie in de plaats der gedelgde hebben willen stellen.

Of er animus novandi aanwezig is, komt dus daarop neder, of partijen den animus remittendi priorem obligationem hebben.

De expresse verklaring van den animus novandi bestaat dus in eene expresse verklaring van den animus remittendi: in het *specialiter remiserint* ligt dus eene expresse verklaring van den animus novandi opgesloten;

2) dat de woorden "*specialiter actum*" in de aangehaalde plaatsen niet zijn geïnterpoleerd, waaruit dus zoude volgen, dat de uitdrukking: "si hoc actum est, ut novetur," die in de meeste plaatsen voorkomt en waarin geen uitdrukkelijke verklaring van den animus novandi ligt opgesloten, de bedoeling der Justinianeïsche Wetgeving wedergeeft.

Dat de uitdrukking *specialiter* niet zou zijn geïnterpoleerd, is onwaar. *Specialiter* is geene uitdrukking, waarvan zich de klassieke Juristen zouden hebben bediend;

daarenboven is een *specialiter actum, ut noveretur* in het klassieke regt eene zinledige uitdrukking ¹.

Verder moeten wij nog opmerken, dat de wetten, waarin van een *specialiter actum* gesproken wordt, geenszins strijden met die, waarin slechts een eenvoudig "*actum*" wordt vermeld.

In de eerste wordt het bewijs van het regt met het regt vermengd, in de laatste is het daarvan afgescheiden; in de eerste wordt voorondersteld, dat de animus novandi nog bewezen moet worden, in de laatste, dat die reeds bewezen is.

Wij zullen ons onthouden in eene wederlegging te treden van de overige, soms wat subtiële redeneringen van Fein, daar wij onze meening genoegzaam bewezen achten.

¹ Vgl. von Savigny, Oblig. recht, S. 166.

HOOFDSTUK III.

HET NIEUWE REGT.

§ 8.

Begrip der novatie.

Het voorbeeld van Cujacius, die daar novatie zag, waar men fingeerde eene schuld betaald en met het betaalde eene nieuwe gevestigd te hebben, is door de Fransche auteurs nagevolgd ¹.

Zoo houden zij eene conversie van bruikleening in verbruikleening en soortgelijke omzettingen voor novatie.

Wat er het nut van zij om twee handelingen, zoo als het betalen van de bruikleening en het vestigen eener verbruikleening door overgave van het betaalde, onder één naam te brengen, zie ik niet in.

Zij vormen niet één begrip; de eenige betrekking, die tusschen haar bestaat is deze, dat wegens eene natuurlijke noodwendigheid de tweede niet kan ontstaan, voor dat de eerste is afgelopen.

Dat die handelingen niet *werkelijk* plaats vinden, maar slechts *gefingeerd* worden te geschieden, kan de vereeniging onder één naam niet verontschuldigen: gefingeerde

¹ Garran de Coulon (in het Répert. van Merlin) voce *novation* § 2.

handelingen zijn in wezen niet van de werkelijke onderscheiden; de fictie heeft in tegendeel juist de kracht om aan handelingen, die niet tot werkelijkheid zijn gekomen, werkelijkheid toe te kennen; de fictie verminkt de handelingen niet, zij treedt in de plaats der feiten, die eene handeling ten gevolge hebben; eens in het regt aangenomen zijnde, staan de handelingen, die uit haar voortspruiten, op gelijken voet met die, welke de werkelijkheid voortbrengt.

Geene vereeniging van gefingeerde handelingen onder één naam is dus wenschelijk, waar die, zoo zij werkelijk hadden plaats gevonden, onraadzaam zoude zijn.

Wanneer men nu handelingen, die zich niet onder één begrip laten vereenigen, toevoegt aan een bepaald, afgebakend en afgerond begrip, dan spreekt het van zelf, dat dit begrip door den aanwas niet wordt verruimd, maar dat het daarmee als met een onecht bestanddeel wordt verzaard, dat men moet afzonderen, zoodra men het ware gehalte des begrips wil leeren kennen.

Zoo heeft de vereeniging hier zoo even vermelde conversiën met de novatie geene innerlijke kunnen zijn; zoo zal men steeds de conversiën moeten afscheiden om tot het ware novatiebegrip te geraken.

Behalve deze onechte toevoeging heeft het novatiebegrip in den nieuweren tijd geen duurzame verandering ondergaan.

d'Argentré¹ spreekt wel van novatie van zakelijke regten, maar dit is meer eene oneigenlijke uitdrukking voor novatie van de verpligting des bezitters jegens den eigenaar ad restituendum, die toch eene obligatoire is, dan wel eene verbastering van begrippen.

¹ Ad. art. 273. Coutum. van Bretagne.

Bovendien komt de uitdrukking bij latere schrijvers niet meer voor.

Ook transactie wordt onder het novatiebegrip gebragt ¹, maar deze beschouwing is een gevolg van eene verkeerde opvatting van transactie, niet van eene te groote uitbreiding der novatie.

Men ziet het regt, waarover eene dading wordt gesloten, als bestaande aan, terwijl het juist het eigenaardige der transactie is, dat daarbij het bestaan van het regt in het onzekere worde gelaten. —

Zoo is dan het Justinianeïsche novatiebegrip vermengd met de onechte toevoeging der zoo even vermelde conversiën in den C. C. en in ons B. W. overgenomen.

Art. 1271. C. C.:

“La novation s’opère de trois manières:

1°. Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette, qui est substituée à l’ancienne, laquelle est éteinte;

2°. Lorsqu’un nouveau débiteur est substitué à l’ancien etc.;

3°. Lorsque par l’effet d’un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l’ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.”

Art. 1449. B. W.:

“Schuldvernieuwing wordt op drierlei wijze te weeg gebragt:

1°. Wanneer een schuldenaar ten behoeve van zijnen schuldeischer eene nieuwe schuldverbindtenis aangaat, welke in de plaats gesteld wordt van de oude, die daardoor vernietigd wordt.

2°. Wanneer een nieuwe schuldenaar wordt gesteld in de plaats van den vorigen. enz.

¹ d’Argentré l. c.; ook Toullier VI. n°. 82. assimileert transactie aan novatie. Hetzelfde doet ook Mühlenbruch.

3°. Wanneer, ten gevolge eener nieuwe overeenkomst, een nieuwe schuldeischer gesteld wordt in de plaats van den vorigen, te wiens opzigte de schuldenaar van zijne verbindtenis ontslagen wordt.”

In n°. 2 en n°. 3 van de gelijkkluidende artikelen worden de gevallen behandeld, waarin het novum in de personen gelegen is.

Ten onregte beweert Toullier ¹, dat de verandering van crediteur geen novum is voor de novatie voldoende. Dit strijdt blijkbaar met n°. 3. art. cit., dat het veranderen van crediteur als een vorm van novatie beschouwt.

Het ongegronde van Toullier's beweren blijkt ook nog daaruit, dat de woorden: *par l'effet d'un nouvel engagement*, overgezet door: *ten gevolge eener nieuwe overeenkomst*, die in de Conceptwet niet waren opgenomen, in art. 1271. n°. 3 zijn ingelascht, om de *novatie door verandering van crediteur* niet met de cessie te verwarren ².

In n°. 1. art. cit. zijn begrepen:

1. de gevallen, waarin het novum in iets anders bestaat dan in de personen;

2. de gevallen, waarin geen novum in de nieuwe obligatie aanwezig is, alleen verschil bestaat in de juridieke relatie van partijen ³;

3. de onechte novatiegevallen: conversie van bruik-leening in verbruikleening en soortgelijke ⁴.

¹ N°. 274.

² Zie Pothier, *Traité des obligations*, n°. 584; Marcadé IV. n°. 770; Diephuis VI. n°. 938.

³ Zie Toullier n°. 271; Duranton (Brussel 1841), VII. n°. 285.

⁴ Toullier, n°. 279 en noot 2 aldaar. Vgl. de aldaar aangehaalde arresten van het Hof van Parijs van 16 Thermidor An XII, bevestigd door het arrest van het Hof van Cassatie van 1 Sept. 1806. (Sirey an 1807. 1^{re} Part. p. 46.) — Rigaud en Championnière, *Traité du Droit d'Enregistrement* 2. n°. 978. — Garran, voce § 2.

Voor al deze gevallen laten de woorden: “*une nouvelle dette, qui est substituée à l'ancienne*” overgezet door: “*eene nieuwe schuldverbindtenis, welke in de plaats gesteld wordt van de oude*” ruimte open.

De onechte novatiegevallen afzonderende, kunnen wij bijgevolg de novatie evenzoo definiëren als in het Justinianeïsche regt, als: *het vernietigen eener obligatie door eene wilsverklaring, afgelegd ter gelegenheid van het vestigen eener nieuwe, die men in de plaats der vernietigde wil gesteld zien.*

De definitiën, die gewoonlijk van de novatie gegeven worden: “substitution d’une nouvelle dette à une ancienne”¹; “changement d’une obligation en une autre”²; “changement d’obligation, transformation d’une obligation en une autre”³; “vernietiging eener obligatie door eene andere in hare plaats te stellen”⁴; hebben voorzeker het voordeel van kort te zijn: zij drukken ook uit, dat eene obligatie wordt opgeheven en eene andere in de plaats der vernietigde wordt gesteld: maar op welke wijze de obligatie te niet gedaan wordt, laat men in het midden; van daar dat de onechte novatiegevallen onder deze definitie kunnen worden gebragt, ofschoon zij zich met de novatie niet tot één begrip laten vereenigen.

Maar al is de definitie der novatie dezelfde gebleven, die zij was in het Justinianeïsche regt, — toch is in de novatie eene groote verandering gekomen door de veranderingen, die het regtssysteem en in het bijzonder de leer der modi tollendi obligationes heeft ondergaan.

In het Justinianeïsche regt vermogt niet de wil alleen

¹ Pothier n^o. 581; Toullier n^o. 270; Duranton n^o. 273; Championnière n^o. 957.

² Garran, voce.

³ Marcadé n^o. 747.

⁴ Dicphuis n^o. 904.

obligatiën te delgen; in de novatie werd bij uitzondering aan den wil die kracht toegekend; — hierin was hare eigenaardigheid gelegen.

In het nieuwe regt is de wil alleen gewoon verbindtenissen te delgen; de novatie heeft dus niets meer dat haar in wezen van het delgen door den enkelen wil, van de kwijtschelding, onderscheidt.

In het nieuwe regt is zij een vorm van kwijtschelding geworden, of liever de overeenkomst, waarbij de eene partij eene obligatie delgt, waarvoor zij van de andere eene obligatie in de plaats ontvangt.

Als zoodanig verdient zij geen bijzondere plaats, geen eigen naam meer onder de modi tollendi obligationes.

Geen vraag is er op het gebied, dat zij inneemt, die niet uit de leer der kwijtschelding en de algemeene leer der overeenkomsten kan beantwoord worden.

Versterkt worden wij in deze meening, wanneer wij nagaan op welke wijze de auteurs de novatie van de remise onderscheiden.

“Toullier ¹ ziet hierin het onderscheid tusschen novatie en remise gelegen, dat bij de eerste consent van partijen, bij de laatste alleen de wil des crediteurs gevorderd wordt.”

Dat bij de remise alleen de wil des crediteurs gevorderd wordt, is dan slechts waar, wanneer de remise *om niet* geschiedt, wordt over de remise een overeenkomst aangegaan, dan moeten beide partijen hun wil daarop gerigt hebben.

Om consequent te zijn, zou Toullier dan twee soorten van remise onder de modi tollendi moeten opnemen: onereuze en gratuite; want novatie en onereuze remise zijn in hetzelfde punt van de gratuite onderscheiden.

¹ N^o. 2.

Dat Toullier dan ook niet sterk van het onderscheid tusschen novatie en remise doordrongen is, blijkt daaruit, dat hij de vraag of de solidaire crediteur kan noveren, uit de leer der remise beantwoordt.

“Hij kan noveren, zoo als hij kan kwijtschelden ¹.” Deze uitspraak ligt de gedachte ten grondslag dat remise en novatie in wezen hetzelfde zijn.

Marcadé ² zegt het volgende:

“Sans doute il y a aussi dans un sens remise de la dette dans les cas de payement et de novation... Mais alors ce n'est pas dans un abandon fait de son droit par le créancier, ce n'est pas *immédiatement* dans la volonté de ce créancier, que la libération du débiteur trouve sa cause.”

Volgens Marcadé zegt de crediteur, die kwijtscheldt: *ik wil, dat de obligatie gedelgd zij*; hij, die noveert: *ik wil, dat de obligatie genoveerd worde, en dat door die novatie de obligatie gedelgd zij*.

Beschouwen wij de tweede uitdrukking, dan zien wij, dat zij een logische onmogelijkheid in zich bevat.

Immers het eerste lid: *ik wil dat de obligatie genoveerd worde*, bevat in zich de uitdrukking: *ik wil dat de obligatie gedelgd zij*, want noveren bestaat voor een gedeelte in het delgen eener obligatie door eene wilsverklaring; eens de obligatie gedelgd zijnde, is er geen ruimte meer open voor de uitdrukking: *ik wil dat door de novatie de obligatie gedelgd zij*, want eene obligatie, die niet meer bestaat, kan niet gedelgd — het niet niet vernietigd worden.

Het middelijk delgen door den wil, hetgeen volgens Marcadé bij de novatie plaats heeft, is dus onmogelijk,

¹ N^o. 296.

² N^o. 786.

daar zijn vorm, de uitdrukking, die wij ontleed hebben, eene logische onmogelijkheid in zich bevat.

Dus ook bij de novatie delgt de wil de obligatie *onmiddelijk*; het onmiddelijk delgen onderscheidt dus de remise niet van de novatie.

Wat hiervan de novatie gezegd is, dat zij geene bijzondere plaats in het regtssysteem verdient in te nemen, is misschien waar van de meeste modi tollendi, die in ons B. W. B. als zoodanig voorkomen.

In vroeger regtssystemen hebben vele van die onderscheidingen nut gedaan, — thans dienen zij alleen om den vrijen blik te belemmeren.

Wij willen dus hopen, dat de novatie en met haar de andere overtollige modi tollendi eens uit ons regtsysteem mogen verdwijnen.

Wij ten minste zullen ons getrouw blijven door den naam novatie weg te laten, waar het verwijzen naar de wet en de meeningen der auteurs, of de vrees voor eene lastige omschrijving, ons niet tot hare vermelding noodzaken.

§ 9.

Vervolg.

Het doel der novatie in het Justinianeïsche regt was: schuldwijziging, betaling, kwijting zonder *aequivalent*, middel om pand en borgen te ontslaan.

In het nieuwe regt is haar doel hetzelfde gebleven.

Men dient echter in het oog te houden, dat het woord *schuldwijziging* in ons regt eene ruimere beteekenis heeft, dan in het Romeinsche.

In het R. R. werd de schuld bepaald door de materiele *causa* en het object; bij verandering van object wordt de schuld eene andere.

In ons regt wordt de schuld alleen bepaald door de causa; bij verandering van object kan toch de schuld dezelfde blijven.

Deze opvatting der schuld stemt overeen met den geest van het nieuwere regt, dat den wil oppermagtig laat heerschen en alle belemmering van den wil door formele begrippen uit den weg ruimt.

Neemt men nu aan, dat de schuld door het object bepaald wordt, dan wordt de wil belemmerd; handelingen zullen gevolgen na zich slepen, die men niet gewild heeft en zoo al die gevolgen op zij kunnen gesteld worden, dan zijn toch hiertoe omslagtige handelingen noodig.

Bovendien kunnen wij ons nog beroepen op art. 1278 C. C. = 1457 B. W., waarbij bepaald is, dat men zich in het algemeen bij novatie en dus ook bij de novatie door verandering van object de hypotheken en voorregten aan de oude obligatie verbonden, voor de nieuwe kan voorbehouden.

Art. 1278, C. C.:

“Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.”

Art. 1457, B. W.:

“De voorregten en hypotheken, aan de oude schuldvordering verbonden, gaan niet over tot die welke in derzelver plaats is gesteld, ten ware de schuldeischer zich zulks uitdrukkelijk hebbe voorbehouden.”

De bepaling dezer gelijkkluidende artikelen nu strijdt, bij novatie door objectsverandering, met de ratio juris, wanneer daaraan de zoo even voorgedragen beschouwing niet ten grondslag ligt.

Immers hypotheek wordt voor eene bepaalde schuld gegeven en kan niet op eene andere worden overgedra-

gen, zonder krenking van de regten der andere hypothecaire crediteuren.

Nog sterker valt het in het oog bij voorbehoud van privilegiën. Hoe kan een regt, dat aan eene schuld wegens haren aard verbonden is, op eene andere worden overgedragen?

Alleen dan, wanneer de schuld dezelfde blijft, is het te verklaren, dat men de regten daaraan verbonden, kan behouden ¹.

Van eene andere meening zijn Toullier ² en Marcadé ³, die de schuld van het object afhankelijk gelooven.

Waarop hun gevoelen steunt, vind ik niet opgegeven. Alleen zie ik, dat Marcadé ⁴ zich tegenspreekt, wanneer hij het voorbehouden van hypotheek "continuation d'hypothèque" noemt en zich verzet tegen de uitdrukking "constitution d'hypothèque," die Demante daarvoor bezigt.

De gevallen waarin het object eener obligatie wordt veranderd, kunnen dan onder het begrip van schuldwijziging gebragt worden.

Een gevolg daarvan is, dat het criterium van schuldwijziging met dat van betaling kan ineenloopen. Wat beide partijen bedoeld hebben, zal meesttijds uit nevenomstandigheden kunnen worden opgemaakt; de

¹ Diephuis n°. 911 vindt het vreemd, dat men een privilegie kan voorbehouden, "omdat dit door de wet ontstaat." D. verwacht hier het vestigen van privilegie met het voorbehouden daarvan. Zeker kan niemand een privilegie aan een schuld verbinden, maar het behouden, als het eens daaraan verbonden is, protest aantekenen tegen het tenietgaan daarvan, waarom zou dat den crediteur niet vrijstaan? Of moet hij tegen zijn wil van zijne regten beroofd worden?

² n°. 282.

³ n°. 778.

⁴ n°. 781.

onderscheiding tusschen beide is echter van geen practisch belang.

De schuldwijziging, die in het R. R. eerst het eenige doel der novatie uitmaakte, later het eenige, dat door geen andere middelen kon worden bereikt, kan men zich in ons regt op veel eenvoudiger wijze, door eenvoudige verandering bij pactum adjectum verschaffen.

Dit volgt daaruit, dat alle overeenkomsten den contracterenden partijen tot wet verstrekken.

De oude obligatie blijft dan, met uitzondering van hetgeen daarin veranderd wordt, in denzelfden toestand voortleven, waarin zij zich te voren heeft bevonden.

De vrijheid om eene schuld bij pactum adjectum te wijzigen, wordt alleen daardoor beperkt, dat die wijziging derden geen nadeel mag toebrengen.

Uit deze beginselen kan het volgende worden afgeleid:

1. Bij verandering van crediteur, blijven de borgen verbonden, hypotheek en privilegie zoo als vroeger bestaan. Immers noch de borgen, noch des schuldenaars andere crediteuren, — hypothecaire, geprivilegieerde of chirograpaire, — lijden bij die schuldwijziging nadeel.

Bevestigd wordt deze gevolgtrekking door art. 1692, C. C. = 1569, B. W.

Art. 1692 C. C.:

“Le vente ou cession d’une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque.”

Art. 1569, B. W.:

“De verkoop van eene inschuld bevat al wat daartoe behoort, als borgtogten, voorregten en hypotheken.”

2. Bij verandering van debiteur, worden de borgen

bevrijd ¹, maar de hypotheek blijft voortduren. Aan een voortbestaan van het privilege valt niet te denken, omdat eene schuld onmogelijk geprivilegieerd kan zijn op het vermogen van iemand, die niet meer schuldenaar is.

Wat de borgen betreft, hunne verpligting is geheel van den persoon des debiteurs afhankelijk. De verandering van debiteur *kan* hun nadeel toebrengen; bevrijd derhalve moesten zij dan eerst zijn, wanneer die schuldwijziging door verandering van debiteur hun nadeel toebragt, m. a. w. wanneer de nieuwe debiteur minder soliditeit bezat dan de oude.

Daar echter de meerdere of mindere soliditeit voor geene juridieke erkenning vatbaar is, wordt men door de kracht der omstandigheden gedwongen hen altijd bij zoodanige schuldwijziging voor gelibereerd te houden.

Anders is het met de hypotheeken; het verband van het verhypothekeerde goed is geheel van den persoon des schuldenaars onafhankelijk; de schuldwijziging brengt dus aan de overige hypothekaire crediteuren geen nadeel toe, evenmin aan den ouden schuldenaar, daar het toch beter voor hem is, alleen zakelijk, dan zakelijk en persoonlijk verbonden te zijn; niets belet

¹ Toullier, N^o. 314.

Toullier zegt, dat bij *novatie* de borgen nimmer kunnen worden voorbehouden, evenzoo Diephuis n^o. 914.

Nu komt het mij voor, dat Toullier al wat geldt van *novatie* ook wil overbrengen *op de schuldwijziging zonder novatie* (zie n^o. 312 en n^o. 313)

Bij de *schuldwijziging zonder novatie* zoude de meening van Toullier dan luiden: "*altijd* zijn de borgen gelibereerd."

Dat dit niet zoo is wordt bewezen uit art. 1692 C. C. = 1569 B. W. cit. en art. 2039 C. C. = 1887 B. W., uit welke artⁿ. blijkt, dat bij verandering van crediteur en van termijn de borgen verbonden blijven.

Het in den tekst behandelde geval is een van de weinige, waarbij de schuldwijziging de liberatie van den borg ten gevolge heeft.

dus de hypotheek, zoo als vroeger, te laten voortduren.

Ten onregte is beweerd, dat bij zoodanige schuldwijziging, tot het voortduren der hypotheek, de toestemming des ontslagen debiteurs — de debiteur wordt hier tegelijk geacht eigenaar te zijn van het verhypotheerde goed — gevorderd wordt ¹.

Men beroept zich hierbij op Pothier ², als zoude hij deze meening hebben voorgestaan ³. Zoo iets komt mij zeer onwaarschijnlijk voor. Dat namelijk tot het voortduren der hypotheek de toestemming des ontslagen debiteurs vereischt wordt, dat de hypotheek niet ipso jure blijft voortleven, strijdt met de algemeene beginselen van schuldwijziging, waaruit wij hier de gevolgen afleiden. Deze beginselen nu is, zoo als wij later zien zullen, Pothier zelf toegedaan. Het is dus niet te vooronderstellen, dat hij, die den regel aanneemt, de gevolgen zal ontkennen.

Beter is het, wanneer wij de meening van Pothier aldus opvatten, dat bij *novatie*, wanneer de schuldenaar ontslagen is, tot het voortduren der hypotheek, zijne toestemming gevorderd wordt.

Daarmede wordt dan niet gezegd, dat bij *schuldwijziging zonder novatie* die toestemming van noode is; onnatuurlijk is het toch zeker niet, dat de voorwaarden, waaronder beide vormen van schuldwijziging tot stand komen, van elkander verschillen.

Of de meening van Pothier, aldus opgevat, de ware is, ⁴ willen wij in het midden laten, zoo als wij in

¹ Marcadé n°. 780.

² n°. 599.

³ Dit gelooft ook Toullier n°. 312 die Pothier hierin bestrijdt.

⁴ Ook aldus opgevat bestrijdt Toullier l. c. de meening van Pothier evenzoo Duranton n°. 311, Diephuis n°. 912.

het algemeen alle vragen, die daarop neder komen, of — en onder welke voorwaarden eene schuldwijziging door *novatie* kan tot stand komen, zullen voorbijgaan, wanneer wij weten, dat- en hoe hetzelfde doel *zonder novatie* is te bereiken.

Wanneer de debiteur, voor wien een ander in de plaats treedt, een is van meerdere solidaire debiteuren, dan blijft insgelijks de hypotheek, op de goederen van den ontslagen debiteur gevestigd, ipso jure voortbestaan.

Met dit gevoelen strijdt ook niet art. 1280, C. C. = 1459, B. W.:

Art. 1280, C. C.:

“Lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui, qui contracte la nouvelle dette.”

Art. 1459, B. W.:

“Wanneer de schuldvernieuwing plaats vindt tusschen den schuldeischer en een der hoofdelijke schuldenaren, kunnen de voorregten en hypotheeken niet voorbehouden worden, dan alleenlijk op de goederen van dengenen, die de nieuwe schuldverbindtenis aangaat.”

Onder de woorden “*ne peuvent être réservés*” — “*kunnen niet worden voorbehouden*:" moet men verstaan; *zonder toestemming des ontslagen schuldenaars* ¹.

Uit dit artikel mag men gerustelijk het woord *privilegie* schrappen; immers, het is onmogelijk, dat eene schuld bevoorregt zij op het vermogen van iemand, die geen schuldenaar is.

Dit artikel zegt nu niet, dat in het algemeen bij schuldwijziging door verandering van een der solidaire

¹ Vgl. Toullier n^o. 313; Marcadé n^o. 782.

debiteuren, tot het hypothekair verbonden blijven van de goederen des ontslagen debiteurs, de toestemming van dezen gevorderd wordt, alleen, dat bij zoodanige schuldwijziging in den vorm van *novatie*, die toestemming een vereischte is.

Daarvoor pleiten vooreerst de woorden der wet: van *novatie* wordt gesproken, wat dus van *novatie* gezegd wordt, mag niet worden uitgebreid op *schuldwijziging zonder novatie*; maar daarenboven is het overgenomen uit Pothier, n^o. 599, die, zoo als wij zoo even gezien hebben, in een analoog geval de toestemming des ontslagen debiteurs, alleen bij *novatie* vordert. Is derhalve Pothier goed door ons begrepen, dan kan er omtrent de uitlegging van dit artikel geen twijfel bestaan.

Dat het artikel in het algemeen op schuldwijziging, ook op *die zonder novatie*, zoude slaan, gelooft Toulhier ¹ —, consequent voorwaar, want ook de zoo even behandelde plaats van Pothier werd aldus door hem opgevat. Hij bestrijdt dan echter het artikel als niet overeenkomstig met de *ratio juris*.

Wat Diephuis ² wil, die in de vrees voor zamenspanning van den crediteur met een der solidaire debiteuren een rationelen grond vindt voor het artikel, zoo als het in den regel wordt opgevat, is mij tot nog toe duister gebleven.

Wanneer een van meerdere solidaire debiteuren wordt ontslagen en in zijne plaats wordt een ander gesteld, dan zijn daardoor de overige codebiteuren nog niet ontslagen ³. Immers zij ondervinden geen nadeel bij deze verandering.

De schuldwijziging heeft alleen ten gevolge, dat de

¹ n^o. 313; zoo ook Duranton n^o. 305.

² n^o. 922.

³ Zie de arresten bij Garran § 6.

solidariteit tusschen de gewijzigde en niet gewijzigde obligatiën verbroken wordt.

Immers tusschen de oude debiteuren en den nieuwen bestaat niet die band, die tot de solidariteit vereischt wordt, geene overeenstemming om zich solidair te verbinden ¹.

Daarentegen blijft de band, die de overige codebiteuren met den ontslagen debiteur verbond, nog altijd voortduren. De ontslagen codebiteur is te beschouwen als een, die gedéchargeerd is, tegen wien zijn voormalige codebiteuren nog altijd verhaal kunnen uitoefenen ².

3. Bij verandering van het voorwerp der schuld blijven de borgen verbonden tot het bedrag van het oorspronkelijk verschuldigde.

De schuldwijziging wordt op deze wijze tegenover hen onschadelijk gemaakt. Wordt echter hun toestand, ook al beperkt men hunne verplichting tot het bedrag van het oorspronkelijk verschuldigde, door de verandering van object verergerd, dan zijn zij geheel gelibereerd ³.

Even als de borgen blijven privilege en hypotheek ⁴ slechts tot het bedrag van het oorspronkelijk verschuldigde voortduren.

Bij verandering van het object van eene van meerdere solidaire obligatiën wordt de solidariteit tusschen de ge-

¹ Vgl. Marcadé n^o. 602.

² Arg. art. 1215 C. C. = 1330 B. W.

³ Zie Arresten van het Parlement van Normandië v. 29. Maart 1661 en 1 Julij 1677; van het Parlement van Bourgogne van 28 Nov. 1623 en 17 Mei 1624, aangehaald bij Garran § 6; waarbij de borgen bij conversie van eene meubelschuld in rente constituée — in welke verandering men geen novatie zag — bevrijd worden, omdat zij het beneficium excussionis niet meer kunnen doen gelden.

⁴ Toullier n^o. 310. Marcadé n^o. 778.

wijzigde en de overige obligatiën in naam verbroken, maar in wezen blijft zij bestaan.

In naam houdt zij op, omdat volgens art. 1200 C. C. = 1316 B. W. tot de solidaire verbindtenis verpligting van meerderen tot praestatie *derzelfde* zaak wordt gevorderd.

In wezen blijft zij bestaan, omdat partijen den toestand, die de solidaire verpligting met zich brengt noch hebben kunnen, noch hebben willen opheffen.

Niet hebben kunnen opheffen voor zoo veel de relatie betreft tusschen den debiteur, met wien de schuldwijziging is afgesloten en de overige codebiteuren; de band toch, die de solidaire debiteuren onderling verbindt, is onafhankelijk van den wil des crediteurs en een der solidaire debiteuren (z. b.)

Niet hebben willen opheffen voor zoo veel de betrekking aangaat tusschen den crediteur en de gezamenlijke debiteuren; of zoude de debiteur, met wien de schuldwijziging is afgesloten, zich van zijn regt hebben willen berooven, om door de betaling van den kant van een zijner codebiteuren te worden bevrijd?

Zeker niet. De contracterende partijen hebben alleen gewild, dat de toestand, die de solidariteit te weeg brengt, dezelfde blijvende, van den eenen debiteur eene andere zaak kon gevorderd worden, dan die, welke te voren verschuldigd was.

Bij verandering in de modaliteiten moet men onderscheiden tusschen

- a. het wegnemen en toevoegen van een termijn, — en
- b. het wegnemen en toevoegen eener conditie.

ad a. Het wegnemen en toevoegen van den termijn is voor de hypothecaire of andere crediteuren noch voor noch nadeelig; privilegie en hypotheek blijven dus voor de vernieuwde schuld voortleven.

Voor den borg kan het toevoegen van een termijn

nadeelig zijn; immers, hoe langer hij voor de gegoedheid des schuldenaars moet instaan, des te erger het voor hem is. Hij zou dus bevrijd moeten worden. Door de wet wordt hij echter op eene andere wijze tegen de nadeelige gevolgen der schuldwijziging beveiligd. Hij heeft namelijk het regt den schuldenaar tot betaling te noodzaken, of van dezen ontslag van borgtogt te vorderen.

Art. 2039 C. C. = 1887 B. W.:

Art. 2039, C. C.:

“La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, *ne décharge point la caution*, qui peut en ce cas poursuivre le débiteur, pour le forcer au paiement.”

Art. 1887 B. W.:

“Een eenvoudig uitstel van betaling door den schuldeischer aan den hoofdschuldenaar toegestaan, *ontslaat den borg niet*; doch deze kan, in dat geval, den schuldenaar vervolgen om hem tot betaling te noodzaken, of om hem het ontslag van zijne borgtogt te bezorgen.

Dit artikel heeft een einde gemaakt aan een strijd, gevoerd tusschen het Parlement van Bourgogne aan den eenen en Vinnius, Basnage en Pothier aan den anderen kant.

Het Parlement van Bourgogne wilde den borg gelibereerd zien; Vinnius, Basnage en Pothier stonden de meening voor, die door de wet is bekrachtigd ¹.

¹ Zie Garran § 6. Uit deze controverse blijkt het duidelijk, dat Pothier de beginselen van schuldwijziging is toegedaan, die wij in den tekst ontwikkelen. Hij neemt aan, 1^o dat schuldwijziging zonder novatie kan geschieden — immers geschiedde de verandering van termijn in den vorm van novatie, dan waren de borgen reeds terstond gelibereerd; 2^o. dat de schuldwijziging zonder novatie onschadelijk moet gemaakt worden tegenover derden; daarom geeft hij den borg het regt den schuldenaar tot betaling te noodzaken.

ad b. Het toevoegen eener conditie bevoordeelt de borgen, de hypothekaire en andere crediteuren. Borgen blijven dus voor de gewijzigde schuld verbonden, privilegie en hypotheek duren voort.

Het wegnemen eener conditie verzwaart de schuld aanmerkelijk. De nadeelige gevolgen daarvan moeten dus tegen de belanghebbenden worden krachteloos gemaakt. Dit kan het best geschieden doordien men de borgen verbonden laat, zoo als zij te voren verbonden waren, d. i. hen voor de vernieuwde schuld aansprakelijk stelt, wanneer de conditie, waaraan de schuld vroeger onderworpen was, existeert, hen voor bevrijdhoudt, wanneer zij deficieert. Hetzelfde is van het voortduren van het privilegie en hypotheek te zeggen.

De schuldwijziging door het toevoegen of wegnemen van een termijn of eene conditie met een der solidaire debiteuren aangegaan, doet de solidariteit, ook zelfs niet in naam, ophouden; volgens art. 1201 C. C. = 1317 B. W. kan men toch eene solidaire verbindtenis aldus aangaan, dat de een pure, de andere in diem of sub conditione geobligeerd zij.

§ 10.

Vereischten der overeenkomst (novatie).

Behalve het vestigen der nieuwe obligatie zijn de vereischten der overeenkomst, die het gebied der voormalige novatie inneemt,

- 1^e. de wil om de oude obligatie op te heffen,
- 2^e. verklaring van dien wil,
- 3^e. bekwaamheid van partijen de overeenkomst aan te gaan.

ad 1^{um}. Den wil om oude obligatiën te delgen zal men niet gemakkelijk moeten aannemen, omdat het veel waarschijnlijker is, dat partijen eene wijziging zonder —

dan eene met vernietiging der oude verbindtenis op het oog hebben.

De vraag of deze wil aanwezig is, is eene quaestio facti. Hiermede strijdt niet, dat een vonnis, waarbij de wil om te delgen als *animus novandi* gequalificeerd wordt, aan cassatie onderhevig is, wanneer de *animus novandi*, bijgevolg de novatie buiten den haar bij de wet voorgeschreven kring, is aangenomen ¹.

Aan den wil om de oude obligatie te delgen wordt door de auteurs geassimileerd de onbestaanbaarheid van deze met de nieuwe, die bestemd is haar te wijzigen ².

Men verstaat onder deze uitdrukking zoodanige verandering in de schuld gebragt, dat deze hare individualiteit verliest.

Zoo haalt men als voorbeeld dezer onbestaanbaarheid aan het veranderen van object eener schuld ³.

Onder het begrip van verandering van object kan men brengen de omzetting eener gewone schuld in lijfrente ⁴ en die eener meubelschuld in gevestigde rente ⁵, die te-

¹ Zie Marcadé n^o. 771 en de aldaar aangeh. arresten van het Hof van Cassatie v. 22 Junij 1844. Van de Chambre des Requêtes van 19 Junij 1832 en 19 Junij 1844. Tegen: Duranton n^o. 284.

² Zoo d'Argentré ad art. 273. Cout. v. Bret. Toullier n^o. 278 en v. Diephuis n^o. 917; zie noot 3. 4. 5.

³ Toullier n^o. 282; Marcadé n^o. 765; Diephuis n^o. 917.

⁴ Toullier n^o. 280 en in zijn *Systeem* consequent.

⁵ Pothier n^o. 594, 595; Toullier, eod. Marcadé n^o. 765; Duranton n^o. 288. Vroeger zag men in deze verandering geene novatie (z. b.)

Wij willen hier nog opmerkzaam maken op de zonderlinge redenering van Pothier, die door sommige auteurs is nageschreven, door anderen gevarieerd.

Hij zegt, dat de rente perpétuelle niet om niet kan ontstaan, dat de prijs er van met de oude schuld wordt gecompenseerd.

Dat de rente perpétuelle niet om niet kan ontstaan is onwaar, men kan ze donandi animo vestigen; maar al ware dit zoo, dan was nog de schuld door *compensatie* niet door *novatie* te niet gegaan.

gelijk als voorbeelden dier onbestaanbaarheid worden aangehaald.

Dat geene obligatie ooit onbestaanbaar is met eene, die haar moet wijzigen, m. a. w. dat geene verandering in de schuld haar hare individualiteit ontnemt, gelooven wij boven reeds genoegzaam te hebben aangetoond.

In het nieuwe regt wordt de schuld alleen door de materiële causa bepaald. Deze is als onafhankelijk van den wil, voor geene verandering vatbaar. Maar alle veranderingen in de schuld gebragt, welke het ook zijn mogen, beletten niet dat zij dezelfde kan blijven, die zij geweest is, hebben niet ten gevolge, dat zij van zelve eene andere wordt.

Het gelijkstellen van de onbestaanbaarheid van twee obligatiën met den wil om eene te delgen, is dus ongegrond.

ad 2^{um}. Wat de wilsverklaring betreft, de bepalingen van Justinianus omtrent de uitdrukkelijk verklaring van den animus novandi, zijn in Frankrijk nooit strikt opgevolgd.

d'Argentré ¹ zegt, dat de vraag, of al dan niet eene uitdrukkelijke verklaring van den a. n. gevorderd werd, eené controverse was; dat men zich echter in de praktijk behielp met de novatie ope exceptionis aan te nemen, wanneer van den a. n. alleen rebus ipsis et factis bleek ².

In ons regt is in den regel geene uitdrukkelijke wilsverklaring noodig.

Art. 1273 C. C.:

¹ ad. art. 273. Cout. v. Bret.

² Zie verder de geschiedenis bij Garran § 5.

“La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.”

Art. 1451 B. W.:

“Schuldvernieuwing wordt niet voorondersteld; de wil om dezelve daar te stellen moet duidelijk uit de akte blijken.”

Dat onder het woord akte in deze artikelen geen schriftelijke akte moet verstaan worden, wordt teregt algemeen aangenomen ¹.

De uitdrukkelijke wilsverklaring wordt echter dan gevorderd, wanneer een nieuwe debiteur in de plaats van den ouden treedt.

Art. 1275, C. C.:

“La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur, qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré, qu'il entendait décharger son débiteur, qui a fait la délégation.”

Art. 1453, B. W.:

“Delegatie of overzetting, waarbij een schuldenaar aan zijnen schuldeischer een anderen schuldenaar geeft, die zich ten behoeve van den schuldeischer verbindt, brengt geene schuldvernieuwing te weeg, indien de schuldeischer niet uitdrukkelijk verklaard heeft, dat hij van meening was om zijnen schuldenaar, die de overzetting gedaan heeft van deszelfs verbindtenis te ontslaan.”

Delegatie is de soort van novatie, die geschiedt, doordien de delegatus den delegataris belooft, wat de delegans dezen schuldig is.

Deze delegatie wordt ook wel *délégation parfaite* ge-

¹ Marcadé n^o. 764. Diephuis n^o. 918. V. Assen, Leiddraad bl. 479. Opmerk. en Mededeel. V, blz. 214—222.

noemd, in tegenstelling tot de imparfaite, waarbij de crediteur den ouden en den nieuwen debiteur beide verbonden houdt.

Men zou kunnen beweren, dat de novatie eene remise zijnde, waarbij geene uitdrukkelijke wilsverklaring wordt gevorderd, ook hier elke wilsverklaring voldoende was; maar dit beweren vervalt, daar door de bepalingen omtrent den vorm van remise, aan hare algemeene bepalingen is gederogeed.

De wil om de oude obligatie te delgen, ook in de gevallen, waar geene uitdrukkelijke wilsverklaring gevorderd wordt, blijkt niet noodzakelijk uit wissel-teekening.

Immers het is mogelijk, ja in den regel waarschijnlijk, dat de crediteur zich niet, voor een door zijn debiteur geëndosseerden of geaccepteerden wisselbrief, van zijne oorspronkelijke schuldvordering heeft willen ontdoen.

Zoodra die mogelijkheid bestaat, moet zij volgens art. 1273, C. C. = 1457, B. W. voorondersteld worden ¹.

Of echter niet in ons regt ten aanzien van *wissel-acceptatie* door art. 236, 1^{ste} lid W. v. K. aan de algemeene beginselen, die de wet bij de novatie aankeeft, is gederogeed, kan twijfelachtig schijnen.

Art. 236, dat de reclame uitsluit, wanneer de gefailleerde kooper voor het bedrag der gekochte goederen

¹ Pardessus, Cours de Droit Commercial. n^o. 220. Mareadé n^o. 768. Jurisprudentie aldaar geciteerd.

Troplong, Privil en Hypoth. n^o. 199. 2^o.

Regtsgel. Bijblad van 1850, blz. 116, 199 en noot der Redactie ald. Martini en Vernède op art. 1449 B. W.

Van een ander gevoelen is Duranton n^o. 287. Archiv. für praktische Rechtswissenschaft. bd. 1. hft. 1—3. p. 44.

wissels heeft geaccepteerd, gaat van de onderstelling uit, dat in de wisselacceptatie eene novatie der boekschuld gelegen is.

Dit blijkt duidelijk uit de beraadslagingen ¹.

Zoo heeft dan ook het Hoog Gerechtshof van Ned.-Indië, bij arrest van den 28^{sten} April 1849, bij wisselacceptatie een derogeren aan de algemeene beginselen aangenomen ².

Wij gelooven echter, dat deze beslissing onjuist is, vooreerst omdat de uitspraak, dat in wisselacceptatie novatie is gelegen, *niet* in art. 236 ligt opgesloten — immers die regel volgt niet *noodwendig* uit art. 236 en de wet verbindt ons, behalve tot hetgeen daarin vermeld staat, alleen tot dat, wat met haren inhoud noodwendig samenhangt, vervolgens, omdat, zoo het al uit de beraadslagingen blijkt, dat de wetgevende magt dien regel hebbe aangenomen, de beraadslagingen geene wetskracht hebben.

De wil der wetgevende magt is dan alleen verbindend, wanneer die op de bij de G. W. voorgeschreven wijze is uitgedrukt.

Ad 3^{um}. De regel door Pothier ³ voorgedragen, dat ieder kan noveren, dien men met gevolg kan betalen, heeft plaats gemaakt voor dien van Garran ⁴, dat tot de novatie vereischt wordt bekwaamheid des crediteurs de obligatie te delgen, bekwaamheid des debiteurs eene obligatie aan te gaan.

Daar nu de bekwaamheid om eene obligatie te delgen en die om eene aan te gaan steeds verbonden zijn,

¹ Voorduin, d. I. 9. p. 52—54.

² Zie het Regt in Ned. Indië, I. blz. 455—469.

³ n^o. 590.

⁴ § 4.

zoo kan men den regel van Garran ook aldus uitdrukken, dat beide partijen de bekwaamheid moeten hebben om verbindtenissen aan te gaan.

Zoo is het uitgedrukt in art. 1272, C. C. = 1450, B. W.
Art. 1272, C. C.:

“La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter.”

Art. 1450, B. W.:

“Schuldvernieuwing kan slechts plaats hebben tusschen personen, die bekwaam zijn om verbindtenissen aan te gaan.”

Over de vraag, of de solidaire crediteur deze overeenkomst kan aangaan, is lang gestreden op grond van de vermeende antinomie tusschen l. 25, pr. de pactis en l. 31 § 1 de novat. ¹ (z. b.).

Art. 1193, C. C. = 1315, B. W., waarin bepaald is, dat de kwijtschelding door een solidairen crediteur den debiteur alleen voor diens aandeel bevrijdt, heeft aan deze controverse een einde gemaakt ².

De overeenkomst met een solidairen debiteur aangaan, delgt de obligatie.

Art. 1281, C. C.:

“Par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires les codébiteurs sont libérés.”

Art. 1460, B. W.:

“Door de schuldvernieuwing, tusschen den schuld-eischer en een der hoofdelijke schuldenaren gemaakt, worden de overige medeschuldenaren van hunne verbindtenis ontslagen.”

¹ Garran § 4.

² Toullier n^o. 269. Marcadé n^o. 598 komt op een anderen grond tot hetzelfde resultaat.

§ 11.

Invloed van de conditie op de overeenkomst. Nietigheid, vernietigbaarheid der overeenkomst.

De overeenkomst, van eene conditie afhankelijk zijnde, wordt ontbonden, zoodra de conditie existeert.

De overeenkomst ontbonden zijnde, herleeft de oude obligatie met al hare accessoria ¹.

Anders Toullier ², die tusschen suspensieve en resolutoire conditie onderscheidende, bij het existen der suspensive conditie, de oude obligatie voor allen, bij het existen der resolutoire conditie, de oude obligatie alleen tusschen partijen laat herleven, codebiteuren, borgen en hypotheek voor gelibereerd houdt.

Deze onderscheiding tusschen suspensieve en resolutoire conditie is geheel ongegrond. Tusschen beide bestaat in wezen geen onderscheid; elke suspensieve conditie kan in den vorm eener resolutoire en elke resolutoire in den vorm eener suspensieve worden omgezet, of ik zeg: deze handeling zij gesloten onder voorwaarde, dat Sebastopol worde ingenomen: of ik zeg: deze handeling zij gesloten, maar zij zij als niet geschied te beschouwen, zoo Sebastopol niet worde ingenomen, komt op hetzelfde neder: in beide gevallen is de overeenkomst eerst dan *definitief* afgesloten, wanneer Sebastopol is ingenomen.

Het onderscheid tusschen beide vormen der conditie bestaat alleen daarin, dat bij den suspensieven vorm, *pendente conditione*, de handeling, die daarvan afhangt, als nog niet geschied; in den resolutoiren vorm

¹ Zie Marcadé, n°. 775.

² n°. 306, 315.

de handeling, gedurende dien tijd, als reeds geschied te beschouwen is.

Dit is geen verschil in wezen, maar alleen een verschil in de voorloopige regeling van feitelijke toestanden.

Blijkt die voorloopige regeling naderhand verkeerd te zijn geweest, dan worden de gevolgen daarvan hersteld; de kooper sub conditione resolutoria moet existente conditione den verkooper de vruchten teruggeven, die hij ten onregte genoten heeft.

De grond, waarop Toullier zijne meening verdedigt, is het belang van derden: de borgen en codebiteuren verkeeren in de meening, dat zij gelibereerd zijn; de hypothecaire crediteuren, dat de vroegere hypotheek is te niet gegaan; men mag hen later niet verontrusten, als de conditie existeert.

Hier tegen zou ik dit wenschen aan te voeren.

Wanneer zij in de meening verkeeren, dat de schuld gedelgd is, dan verkeeren zij ten onregte in die meening; daar de handeling sub conditione afgesloten is, weten zij, dat die conditie kan existen of deficieren. Vertrouwen zij op het deficieren der conditie, dan vertrouwen zij daarop suo periculo; het regt behoeft hen niet te hulp te komen.

Dat verder in het aangaan dezer overeenkomst onder resolutoire conditie geene schennis hunner regten is gelegen, is duidelijk; het is toch beter voor hen sub conditione dan pure verbonden te zijn, beter een hypothecair crediteur met kans op den voorrang, dan zeker een van lager rang te zijn ¹.

¹ Stel namelijk dat A. voor de schuld *y* op het verhypothekerde goed eerste hypotheek, B. voor de schuld *x* op hetzelfde goed een tweede hypotheek heeft.

De schuld *x* wordt nu sub conditione resolutoria genoveerd. Blijkbaar heeft B. bij deze novatie geen nadeel, maar voordeel. Immers

De dwaling van Toullier laat zich gemakkelijk verklaren; als type van de resolutoire conditie denkt hij zich die, welke stilzwijgend in alle synallagmatieke overeenkomsten ligt opgesloten, en deze is het juist, welke in deze overeenkomst, zonder uitdrukkelijk beding, niet tegen derden werkt.

Zoo kan bij verandering van debiteur, de verbindtenis van den ouden schuldenaar niet worden in het leven teruggeroepen, wanneer de nieuwe aan zijne verplichting niet voldoet.

Art. 1276, C. C.:

“Le créancier, qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte ou tombé en déconfiture au moment de la délégation.”

Art. 1454, B. W.:

“De schuldeischer zijnen schuldenaar, door wien de overzetting geschied is, van zijne verplichting ontslagen hebbende, heeft op denzelfven geen verhaal, indien de in de plaats gestelde in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen is geraakt, ten ware zulks bij de overeenkomst uitdrukkelijk mogt zijn voorbehouden, of de in de plaats gestelde schuldenaar reeds op het oogenblik der overzetting openlijk bankbreukig mogt wezen, of in verval van zaken mogt zijn geraakt ¹.

Her verhaal waarvan dit artikel spreekt, is geene actie ex priore obligatione, maar alleen eene personele actie

vóór de novatie was hij tweede hypotheccaire crediteur; na de novatie heeft hij de kans eerste hypotheccaire crediteur te worden.

¹ De woorden *openlijk bankbreukig of in verval van zaken*, zijn bij art. 16 der Wet van 15 Junij 1833 veranderd in: *in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen*. Vgl. Diephuis n^o. 932.

tot schadevergoeding ¹; maar niettemin zou het ontduiking van het beginsel der wet wezen, die de algeheele liberatie des debiteurs wil, wanneer men de overeenkomst ontbindende, de oude obligatie deed herleven en zóó den ouden debiteur voor het niet betalen van den nieuwen aansprakelijk stelde.

Tegenover den ouden debiteur kan men dus met zekerheid zeggen, dat de stilzwijgende resolutoire conditie geene kracht heeft.

Wat van den eenen debiteur gezegd is, geldt natuurlijk van meerdere codebiteuren.

Wat de borgen en hypotheken betreft, waren deze aansprakelijk voor het niet betalen des debiteurs, wat zou dan het voorbehoud van hen beteekenen?

Immers niet voorbehouden, zouden zij of voor hetzelfde montant of voor een nog hooger bedrag aansprakelijk zijn, dan wanneer zij waren voorbehouden.

Voor hetzelfde bedrag, als de nieuwe verbindtenis even zooveel of meer bedroeg dan de oude; voor een hooger bedrag, als zij minder beliep dan de oude ².

Het niet voorbehouden van borgen en hypotheken, zou dan voor den crediteur of even voordeelig of nog voordeeliger zijn dan het voorbehouden.

Dit nu strijdt blijkbaar met de bedoeling der wet, die het voorbehoud der borgen en hypotheken als een voordeel beschouwt, dat de crediteur uitdrukkelijk moet bedingen.

¹ Marcadé, n^o. 755; Durantou, n^o. 327; Diephuis, n^o. 930.

² Stel de oude schuld op 1000, voor wier geheel bedrag hypotheek is gegeven; de nieuwe op 800; wordt de hypotheek voor de nieuwe schuld voorbehouden, dan bedraagt de hypotheek nu nog maar 800.

Herleefde nu de oude schuld bij niet betaling der nieuwe, dan was de niet *voorbehouden* hypotheek nu voor 1000 aansprakelijk.

Wil men dus met de wet in overeenstemming zijn, dan moet men de borgen en hypotheken geheel ontslagen rekenen en de stilzwijgende resolutoire conditie niet tegen hen laten werken. De gewone en de stilzwijgende resolutoire conditie zijn dus van elkander te onderscheiden. Bij het bestaan der gewone r. c. herleeft de oude obligatie tegenover derden, niet zoo is het bij het bestaan der stilzwijgende.

De overeenkomst is daardoor niet reeds van eene conditie afhankelijk, dat eene der beide obligatiën, de te vernietigen en de daarvoor in de plaats te stellen, daaraan onderworpen is.

Waar partijen de conditionele obligatie uit het oogpunt der kansberekening beschouwen, gaat *definitief* de conditionele in een pura, de pura in eene conditionele verbindtenis over ¹.

Als de overeenkomst nietig is of vernietigd wordt, dan wordt alles in den vorigen toestand teruggebracht; bij gevolg herleeft de oude obligatie ².

Dit wordt, ingeval de nietigheid een gevolg is van de

¹ Marcadé, n^o. 755, 762; Diephuis, n^o. 907. Anders Zachariae, II. p. 390. Duranton, n^o. 300 en beweert, dat in den regel de conditiona-
liteit van eene der obligatiën die der overeenkomst ten gevolge heeft,
dat bij wege van uitzondering op den wil van partijen te letten is.

Eene vreemde transactie tusschen de zucht om het Rom. Regt blindelings op te volgen en de begeerte om aan gezonde beginselen gehoor te geven. Wanneer in ons regt het Rom. beginsel gold, dat de novatie was het delgen eener obligatie door eene obligatie, men zou dan de Rom. bepaling niet als regel, waarop uitzonderingen zijn, maar als een regel, die geene afwijkingen toelaat, moeten aannemen.

² Marcadé, n^o. 750—754. Hij noemt de actie door den incapax ingesteld, volgens het Fransche regt: action en rés-cission; wij zullen overeenkomstig art. 1842 B. W. zoodanige actie, actie tot nietigverklaring noemen.

onbekwaamheid van een' der partijen, door de meeste auteurs ontkend ¹.

Zij beroepen zich op het adagium: "obligatio semel extincta non reviviscit, nisi justa causa sit, ex qua aequitas subveniat."

Hiertegen valt aan te merken dat wij niet door adagia beheerscht worden; maar bovendien is hun gevoelen met de spreuk zelve in strijd.

Deze laat de obligatie herleven, als de billijkheid zulks medebrenge en is het niet billijk, dat hij, die zijne oorspronkelijke schuldvordering heeft gedelgd, en van de nieuwe, die in de plaats der gedelgde is getreden, wordt beroofd, is het niet billijk, dat men hem schadeloos stelle door de oude te laten herleven?

In geval van vernietiging wegens geweld, bedrog of dwaling wordt het herleven der oude obligatie ontkend door Zachariae ².

Hij beroept zich daarop, dat al is de overeenkomst door geweld, bedrog of dwaling afgesloten, de afstand van de obligatie toch vrijwillig is geweest.

Dit is blijkbaar valsch: de wil om de obligatie te delgen wordt evenzeer door het geweld, bedrog of de dwaling gevitieerd als de overeenkomst zelve.

De overeenkomst is een contractus: *facio ut des*: of: *facio ut facias*. Zij is eerst perfect, wanneer de obligatie is gedelgd, doordien de crediteur zijn wil om die te delgen heeft kenbaar gemaakt.

De afstand van de obligatie door den crediteur maakt dus een deel der overeenkomst uit.

Het vitium, dat het geheel, de overeenkomst, aankleeft,

¹ Toullier, n^o. 302; Duranton, n^o. 282; Zachariae, p. 395; Dalloz (oblig.) p. 606. n^o. 10.

² p. 398. In dit geval laat ook Toullier, n^o. 299, het herleven toe.

zal wel van zelf aan het deel, den afstand der obligatie, eigen zijn ¹.

Het herleven der oude obligatie bij nietigheid of vernietiging der overeenkomst gaat met groote bezwaren ten aanzien van derden gepaard.

De codebiteuren, borgen en hypothecaire crediteuren, die het er voor houden en te regt voor houden, dat de obligatie gedelgd is, zien zich na verloop van jaren in hunne verwachting teleurgesteld, verontrust, van hunne regten beroofd.

Moet men tegen hen die werking der nietigheid of vernietiging beperken?

Wenschelijk zou het zijn, zoo als in het algemeen, derden te vrijwaren tegen gevolgen van al wat verborgen is geweest; maar met het oog op de wet moet men de nietigheid ook tot hen uitstrekken.

Zoo lang door nietigheid, vernietiging of ontbinding van contracten derden van het goed, dat zij als hun wettig eigendom moesten beschouwen, ontzet, van hunne zakelijke regten beroofd worden ², mag men ze tegen gevolgen, die uit dezelfde oorzaak voortkomen, niet in bescherming nemen.

Beperkt men zich niet tot bepaalde categoriën van oorzaken, die voor derden nadeelige gevolgen te weeg brengen; wil men in het algemeen de vraag beantwoorden of in het nieuwe regt de regten van derden geëerbiedigd worden, dan komt men tot geen resultaat.

Want terwijl men ze van den eenen kant geëerbiedigd waant, bij de huwelijksche voorwaarden, hypo-

¹ Ten onregte schrijft Marcadé de dwaling van Zachariae aan eene verwarring van *novatie* met *remise* toe.

² Ten gevolge van herstelling in den vorigen toestand, art. 1183 C. C. = 1301 B. W.; 1304 C. C. = 1482 B. W.; 954 C. C. = 1726 B. W. 2125 C. C. = 1215 B. W.

theek, bezit van roerende goederen, in het regt, dat de wettige nakomelingen hebben op hetgeen van hunne ouders in den boedel der natuurlijke kinderen aanwezig is ¹, in ons regt, in afwijking van het Fransche, bij den inbreng ², zien wij ze geschonden bij het droit de retour ³, reductie van legaten ⁴, wederinkoop ⁵.

De ontwikkeling der leer van de regten van derden, behoort aan onzen tijd.

¹ art. 766 C. C. = 918 B. W.; daarmede in het Fransche regt analoog art. 351, 747 C. C.

² art. 1139 B. W. — 865 C. C.

³ art. 952 C. C. = 1710 B. W.

⁴ art. 929 C. C. = 975 B. W.

⁵ art. 1664 C. C. = 1559 B. W.

A A N H A N G S E L.

Nadat deze Dissertatie reeds was afgewerkt, kreeg ik het geschrift van Kuntze: "Die Obligation und die Singularsuccession des Römischen und heutigen Rechtes, eine civilistische Studie von Dr. Johannes Emil Kuntze, Leipzig 1856," in handen.

Tot mijn groot genoegen vond ik daarin het wezen der novatie van het R. R. evenzoo opgevat, als het door mij is geschied.

Ook volgens Kuntze blijft bij de novatie de *schuld* dezelfde, ofschoon de *obligatie* vernietigd wordt.

Dat dit des schrijvers meening zij, blijkt duidelijk uit de volgende, uit zijn werk overgenomen, zinsneden:

"Gehen wir von dem Satze aus, dass der *Inhalt* der obligatorischen *Leistung* in eine mannigfache Beziehung zu dem rechtlichen Bestande der Obligation gebracht, z. B., *derselbe* Inhalt für eine, sei es simultane (Korrealität), sei es successive Mehrheit (Novation) von Obligationen verwendet werden kann: so ergibt sich uns eine

einfache Novationstheorie, welche zugleich ein getreuer Abdruck des in den Quellen enthaltenen Grundgedankens ist." (S. 242.)

"Hiernach wird nicht die (alte) *obligatio* in die neue herübergenommen, vielmehr wird sie preisgegeben, vernichtet, und nur *ihr Vermögensstoff* gerettet, indem er zum Inhalte der zu substituierenden Obligation verwendet wird. Diese Identität des Vermögensstoffes zweier zeitlich sich ablösenden Obligationen ist es, welche in zahlreichen Stellen als das Wesen der *novatio* hervorgehoben wird." (S. 244.)

"Es geht also *der Vermögensstoff* der alten Obligation über in die neue." (S. 244.)

"Man kann hiernach die *novatio* definiren als Verwendung des für eine bestehende Obligation fixirten Vermögensstoffes zu einer neuen Obligation, welche jener substituirt wird." (S. 245.)

T H E S E S.

I.

In l. 3. § 2. commod., (collato Windscheid., die Actio des Röm. Civilr., Dusseld. 1856. p. 26. not.) legendum est: "In hac actione ut in ceteris bonae fidei iudicii — quamvis in stricti."

II.

Rejicienda est distinctio, quam proposuit Wirth: "Beiträge zur Systematik des Röm. Civilr.," Erlangen 1856. inter illa, quae vocat Pertinenzverhältnisse et Herrschaftsverhältnisse.

III.

In novatione, jure classico Romano, *debitum* idem manet, *obligatio* mutatur.

IV.

Approbanda est distinctio, quam facit Fitting: "Ueber den Begriff der Rückziehung," Erlangen 1856, p. 21. inter illa, quae vocat Rückziehung et Vorwirkung.

V.

Donatori sub modo rei mobilis, nostro jure, privilegium in rem donatam competit.

VI.

Qui ante diem solvit, quum non possit solutum repetere, habet tamen, nostro jure, actionem ad interusurium.

VII.

Novatio nostro jure est superflua.

VIII.

Domicilium electum transit ad heredes.

IX.

Qui ex aliqua causa pecuniam debet, literas cambiales accipiendo, debitum non novat.

X.

Ordinum Generalium concilium alterum (Tweede Kamer der Staten-Generaal) priusquam convenit, dissolvi a rege nequit.
