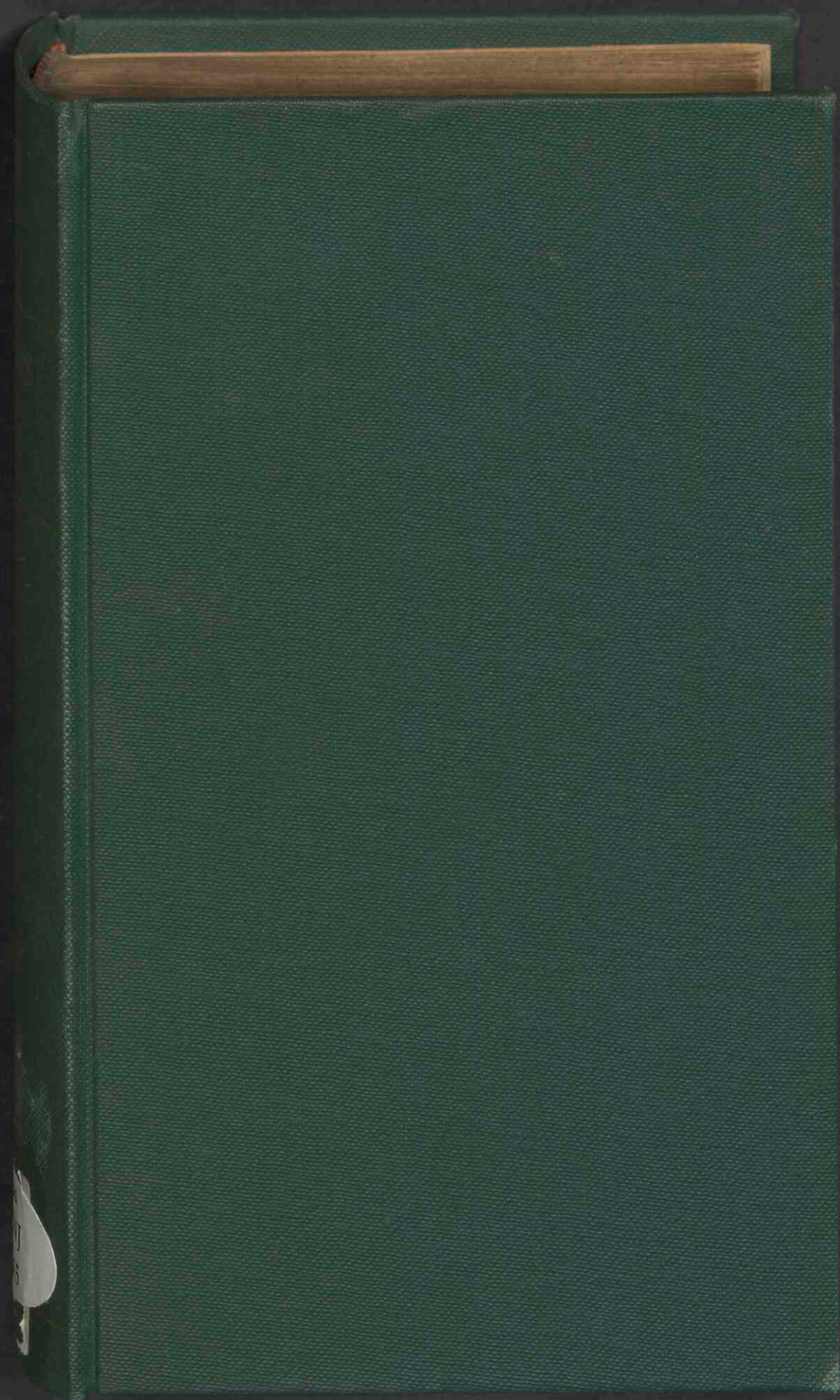
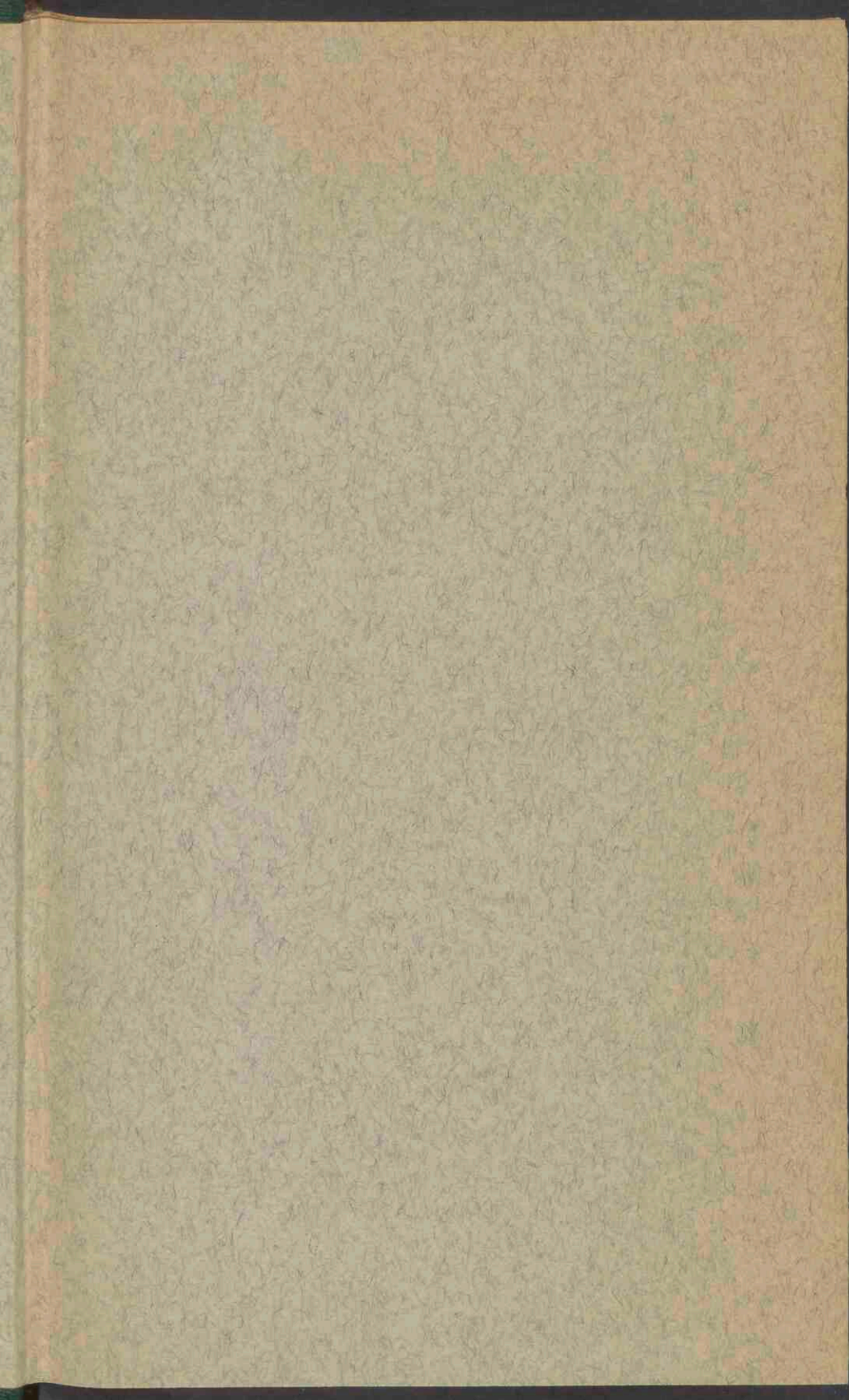


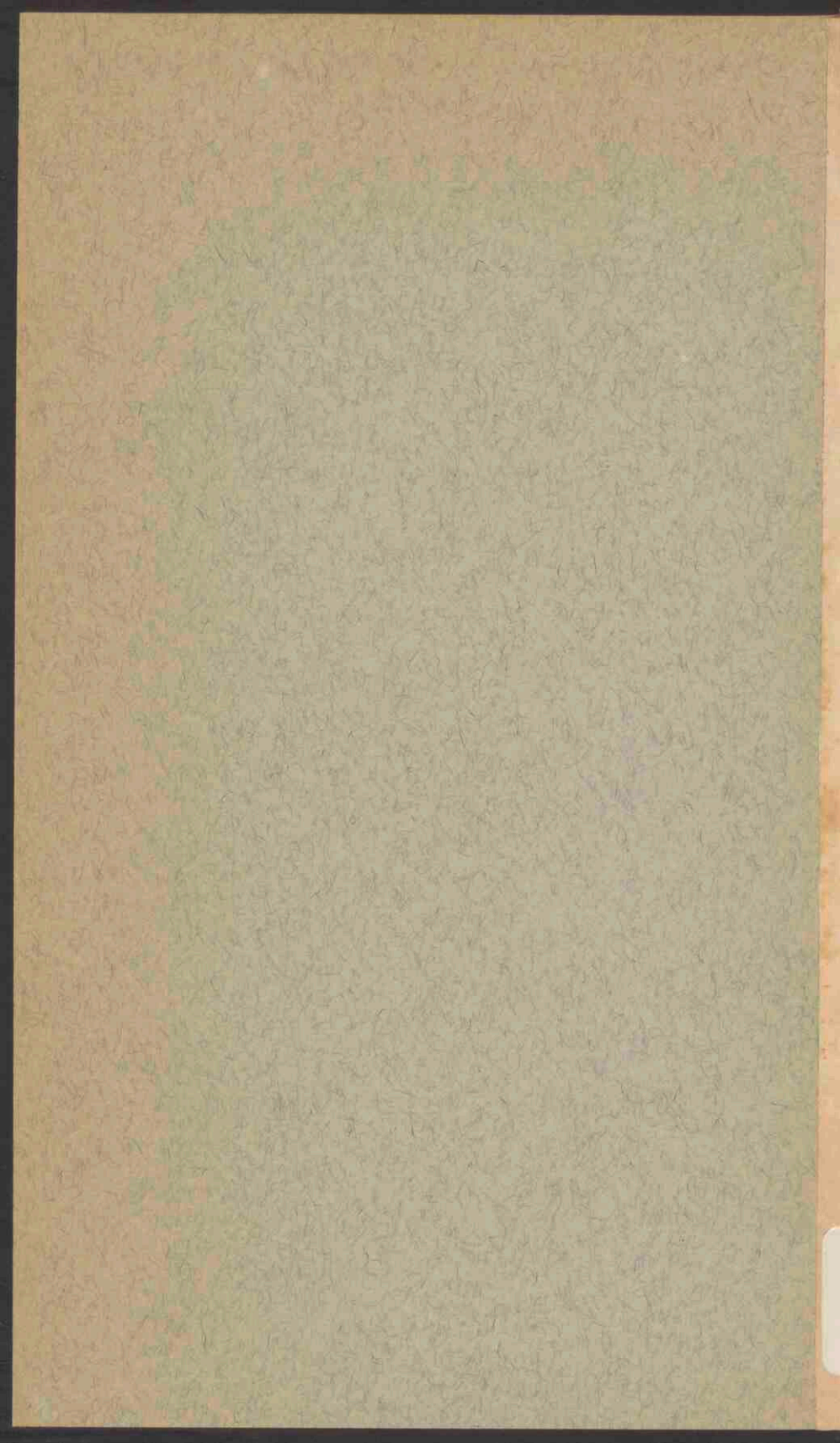


Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.

<https://hdl.handle.net/1874/433943>







T. 27

THEMIS,
REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT,

DOOR

Mr. DAVID H. LEVYSSOHN NORMAN, Mr. A. DE PINTO, Mr. GIJSE.
M. VAN DER LINDEN, Jhr. Mr. J. DE WITTE VAN CITTERS
EN Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO.

—
TWEEDE VERZAMELING, DERDE DEEL.
1856.
—



's Gravenhage,
GEBROEDERS BELINFANTE.
—
1856.

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT



0986 3915

en
der
recht

Boekdrukkerij GEBROEDERS BELINFANTE,
's Gravenhage.

ALPHABETHISCHE LIJST

V A N

MEDE - ARBEIDERS.

-
- Mr. M. M. VON BAUMHAUER, hoofd-commissies bij het departement van binnenlandsche zaken, te 's Gravenhage.
- Mr. C. VAN BELI, advoc., te 's Gravenhage.
- Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING, advocaat, te Rotterdam.
- Mr. G. B. EMANTS, hoogheemraad van Delfland, en regter plaatsvervanger te 's Gravenhage.
- Mr. G. J. A. FABER, advoc., te Amsterdam.
- Mr. J. G. A. FABER, advocaat, te Hoorn.
- Mr. G. A. FORCKER, lid van gedeputeerde staten van Zeeland, te Middelburg.
- Mr. J. A. FRUIN, advocaat, te Rotterdam.
- Mr. J. E. GOUDSMIT, advocaat, te Leiden.
- Mr. B. J. GRATAMA, substituut-officier van justitie bij de arrondissements-regtbank te Leiden.
- Mr. L. OLDENHUIS GRATAMA, lid van de arrondissements-regtbank, te Assen.
- Jhr. Mr. W. B. C. DE JONGE, referendaris bij het departement van justitie, te 's Gravenhage.
- Mr. J. G. KIST, kantonregter, te Gouda.
- Mr. P. A. DE LANGE, advocaat en burgemeester van Alkmaar.
- Mr. A. S. VAN NIEROP, advocaat, te Amsterdam.
- Jhr. Mr. J. C. VAN NISPEN TOT PANNERDEN, substituut-officier van justitie bij de arrondissements-regtbank, te 's Hertogenbosch.
- Mr. C. W. OPZOOMER, hoogleer, te Utrecht.
- Mr. A. PHILIPS, advocaat, te Amsterdam.
- Mr. A. A. DE PINTO, advoc., te 's Gravenhage.
- Mr. W. SIEWERTZ VAN REESEMA, advocaat, te Rotterdam.
- Mr. J. G. ROCHUSSEN, advocaat, te 's Gravenhage.
- Mr. A. M. DE ROUVILLE, procureur des Konings en lid van den kolonialen raad van Curaçao.
- Mr. W. SASSEN, advocaat, te Maastricht.
- Mr. J. DE VRIES Jzn., kantonregter, te Amsterdam.
- Mr. F. A. T. WEVE, advocaat, te 's Gravenhage.
- Mr. E. ZILCKEN, commissies bij het departement van buitenlandsche zaken, te 's Gravenhage.
-

I N H O U D.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

	Bladz.
STAATSREGT. — <i>Iets over de octrooijen van uitvinding, van verbetering en van invoer, en de deswege bestaande wetgeving in België</i> , door Mr. W. SASSEN JZN., Advocaat te Maastricht	140
BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. <i>Over aard en wezen van gemeenschap</i> , door Mr. B. J. GRATAMA, Substituut-Officier bij de Arrondissements Regthank te Leiden	1, 177, 589
<i>Over den aard en de werking van het bezit van roerende goederen, naar aanleiding van art. 2014 B. W.</i> , door Mr. C. W. OPZOOMER, Hoogleeraar te Utrecht	92
<i>Denkbeelden over regterlijke organisatie</i>	117
<i>Eene korte beschouwing van de echtscheiding wegens kwaadwillige verlating</i> , door Mr. J. LUZAC, Advocaat te Leiden	266
<i>Bijdrage tot verklaring der artt. 1401 en 1402 B. W.</i> , door Mr. C. J. VAN BELL, advocaat te 's Gravenhage	273
<i>Mag er lijfswang worden uitgesproken ter zake van handelsschulden tegen personen, die opgehouden hebben kooplieden te zijn?</i> — Ontkennend beantwoord door Mr. F. A. T. WEVE, Advocaat te 's Gravenhage	283
<i>Cassatie in burgerlijke zaken</i> , door Mr. J. G. A. FABER, Advocaat te Hoorn	389
KOOPHANDELS-REGT. — <i>Iets over compensatie van schulden bij faillissement</i> , door Mr. H. G. LAGEMANS, Advocaat te 's Gravenhage	690

STRAFREGT EN STRAFVORDERING. — <i>Een paar aantekeningen, naar aanleiding van art. 379 Code Pénal</i> , door Mr. J. LUZAC, Advocaat te Leiden	403
<i>Aantekeningen op artikel 21 der wet van 29 Junij 1854 (Staatsbl. n^o. 102), houdende eenige veranderingen in de straffen op misdrijven gesteld</i> , door Jhr. Mr. W. A. C. DE JONGE, Referendaris bij het Departement van Justitie	413
<i>Het leerstuk der samenhangende misdrijven in het Nederlandsch regt</i> , door Jhr. Mr. C. J. VAN NISPEN TOT PANNERDEN, Substituut-Officier van Justitie bij de Arrondissements-Regtbank te 's Hertogenbosch	452
<i>Over de vraag of een beklagde in correctionele zaken, waarin gevangenisstraf bedreigd is, bij verstek kan veroordeeld worden, indien hij zelf niet konnende verschijnen, door zijnen verdediger billijke redenen van versoening doet aanvoeren</i> , door Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING, Advocaat te Rotterdam	702
ROMEINSCH REGT. — <i>Was de editio actionis in het Romeinsch procesregt eene geregtelijke of eene buiten-geregtelijke handeling?</i> door Mr. J. TELTING, Advocaat te Leeuwarden.	303
<i>Bijdragen tot de leer van het vadimonium</i> , door Mr. I. TELTING, Advocaat te Leeuwarden	481
<i>Schets der possessoire regtsvorderingen van het Romeinsche regt, in eene reeks van opstellen</i> ; door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, Advocaat te 's Gravenhage (slot)	506

REGTSGESCHIEDENIS.

<i>Nota betrekkelijk de Ambachtsbesturen in Zuid- en Noord-Holland</i> , opgemaakt door wijlen Jhr. Mr. J. QUARLES VAN URFORD, medegedeeld door Jhr. Mr. J. K. W. QUARLES VAN URFORD	718
--	-----

BOEKBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

<i>Nederlandsche literatuur. — Table générale chronologique et alphabétique du répertoire historique et chronologique des traités conclus par la Hollande (1789—1845)</i> , par Mr. H. A. VAN DIJK, docteur en lettres et en droit. — Utrecht, KEMINK ET FILS. 1855. 44 bl. in 8 ^o .; — door Jhr. Mr. J. DE WITTE VAN CITTERS, Advocaat te 's Gravenhage	161
---	-----

Bladz.

- Register op het Archief afkomstig van het voormalig Hof des Vorstendoms Gelre en het Graafschap Zutphen, opgemaakt volgens besluit van HH. Ged. Staten der prov. Gelderland van 4 Dec. 1851, no. 3, door P. NIJHOFF, Adjunct-Archivarius van Gelderland; Arnhem, Is. AN. NIJHOFF EN ZOON, 1856, 461 bl. in 8o.; — door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, Advocaat te 's Gravenhage. . . 525*
- Buitenlandsche literatuur.** — *De la réconvention*, par P. J. TEMPIER, avoué près le tribunal de première instance de Marseille etc. — Marseille, BARLATIER-FEISSAT et DEMONCHY, 1853. 78 pag. in 8o.; — door Mr. A. DE PINTO, Advocaat te 's Gravenhage. 163
- Disquisitionum de fontibus iuris Romani historicarum fasciculus I.* Scripsit Dr. G. M. ASHER, Petropolitanus. — Heidelbergae. Sumptibus J. C. B. MOHR, 1855. 30 pag. in 8o.; — door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, Advocaat te 's Gravenhage. 166
- Étude historique sur le pacte commissoire et la résolution de la vente pour défaut de paiement.* Thèse pour le doctorat par J. A. ACCARIAS, Grenoble 1855, 138 pag. in 8o.; — door denzelfden 167
- De Pamélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, par A. BONNEVILLE, conseiller à la cour impériale de Paris, officier de la légion d'honneur. Paris, COTILLON, 1853. XXXIV. 732 bl. in 8o.; — door Mr. W. SASSEN Jz., Advocaat te Maastricht 328
- De l'organisation judiciaire et de la procédure civile en France*, par EDOUARD REGNARD, docteur en droit. Paris, A. DURAND, 1855. — 591 pag. in 8o.; — door Mr. A. DE PINTO, Advocaat te 's Gravenhage 556
- Das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren Strafgesetzgebungen*, von Dr. THEODOR MAREZOLL, dritte vielfach umgearbeitete Ausgabe. Leipzig, 1856, XVI en 640 pag. in 8o.; — door Mr. A. A. DE PINTO, Advocaat te 's Gravenhage 749
- Academische literatuur.** — *De Algemeene Rekenkamer en de rekenpligtigheid in Nederland*, door Mr. Is. CAPADOSE, 's Gravenhage bij H. J. GERRETSSEN, 1856. — VIII en 220 bladz.; — door Mr. C. J. VAN BELL, te 's Gravenhage. 567

W. VAN DER JAGT. — <i>Kan tiendregt naar het Nederlandsch burgerlijk regt door verjaring worden verkregen?</i> — Leiden, 1856. — 93 bl. in 8 ^o .; — door Mr. A. DE PINTO, Advocaat te 's Gravenhage	578
P. DEKETH. — <i>Over de misdaad van vergiftiging.</i> — Utrecht, 1856. — 84 blz. in 8 ^o .; — door denzelfden	586
G. J. STORM BUIJSING. — <i>De interventione cambiali sive de acceptatione et solutione litterarum cambialium sopra protesto.</i> — L. B. 1856. — 5 pag. in 8 ^o .; — door denzelfden.	777
P. H. VAASEN. — <i>De mercatoribus et de negotiis mercatoris.</i> — L. B. 1855. — 37 pag. in 8 ^o .; — door denzelfden.	778
BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.	169, 385, 581, 779
<i>Zamenstelling der regterlijke magt in Zweden</i>	169
<i>Jhr. Mr. JOAN QUARLES VAN UFFORD</i>	385
<i>Statistiek van het gevangeniswezen des Rijks over 1854</i>	387
<i>Geregtelijke statistiek van het Koninkrijk over 1855</i>	779
<i>Essai concernant les principes à poser pour le droit maritime international de l'avenir</i>	388
<i>Vredes-Congres te Parijs</i>	388
<i>Regterlijke magt in de Nederlandsche West-Indische volkplantingen in 1854</i>	585
<i>Statistiek der regtsbedeeling in Nederlandsch Indie, over 1854</i>	780
<i>Geregtelijke statistiek betreffende Sardinië</i>	581
<i>Geregtelijke statistiek betreffende Sardinië</i>	588

THEMIS, REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

TWEEDE VERZAMELING,

Derde Deel.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — *Over aard en wezen van gemeenschap*, door Mr. B. J. GRATAMA, Substituut-Officier van Justitie bij de Arrondissements-Regtbank te Leiden.

Met bezondere voorliefde wordt thans wederom in Duitschland de vraag behandeld, wat voor ons de beteekenis van het Romeinsche regt was, is, en behoort te zijn. En niemand die het gewigt dier vraag inzielt, en die eenigzins let op de teekenen der tijden, kan de belangstelling vreemd schijnen, die deze vraag juist in onze dagen ondervindt, of haar beantwoording in verschillenden zin verwondering baren.

Mij dunkt, men ziet te veel voorbij, dat het Romeinsche regt slechts een deel is van de beschaving der oudheid, en dat dus dat regt voor ons, althans ten deele, dezelfde beteekenis had, heeft, en moet hebben, als men aan die beschaving der oudheid in het algemeen toekent.

Toen de zin voor hoogere beschaving zich bij de Germaansche volksstammen openbaarde, waren Grieken en Romeinen lang van het tooneel der wereld afgetreden. Maar de heerlijkheid en glans hunner beschaving schitterden voor hen, die ze daarin zochten en verstonden op te

merken, in duizende overblijfselen, hoe ook soms tot puinhoopen geworden. En krachtig moest dat licht, bij de duisternis die hen omringde, allen treffen, die het eens hadden leeren zien.

Van daar bij de beoefening van het regt hetzelfde verschijnsel, als elders op het gebied van wetenschap en kunst.

Het schoone en edele, dat de oudheid had daargesteld, werd in eens als het ware, ter navolging en verdere ontwikkeling aan het nageslacht gegeven, en zoo de arbeid van eeuwen, dien de oudheid daaraan had besteed, aan de Germaansche volksstammen bespaard. Maar die besparing van eeuwen arbeids, die snelle vooruitgang, had zijne schaduwzijde. Niets scheen goed en schoon, waar en regt, dan wat Griek en Romein zoo dacht. Blind werd men voor eigen toestanden, eigen behoeften, eigen aanleg en de edele daarin beslotene kiemen. In plaats van in de school der oudheid eigen gevoel en inzicht te louteren en te zuiveren, en zoo gevormd aan de eischen van eigen volk en tijd te voldoen, maakte men zich Griek of Romein, volgde slaafsch en onbepaald hun lessen en voorbeeld, en bragt hun begrippen en voorstellingen over op volkeren en tijden, door zoo breed een kloof van hen gescheiden. In een woord, men bootste na, watslechts ter vorming en ontwikkeling had moeten dienen.

Luidt zoo het oordeel over den stijl der renaissance en over het classicismus, hetzelfde vonnis moct geweest worden over den invloed van 't Romeinsche regt.

Maar gelijk alles wat in het algemeen geldt, zich in de bijzonderheden niet openbaart dan onder in- en medewerking van de hieraan eigen aard, wezen en omstandigheden, zoo ook hier.

Door een toevallige omstandigheid was in het regt de invloed sterker der oudheid. Het Duitsche rijk dacht men zich als de voortzetting van het Romeinsche Kei-

zerrijk, de Duitsche Keizers als de opvolgers der Romeinsche Imperatoren. Maar dan moest ook het Romeinsche regt, als het gebod van de voorgangers, zoover het door de opvolgers niet was veranderd, in het gebied van deze nog steeds gelden en werken. En zoo werd dan later het Romeinsche regt grondslag en kern van het zoogenaamde gemeene Duitsche regt. Regtstreeks mag dit alleen Deutschland betreffen, het werkte terug ook op andere landen, die staatsregtelijk of alleen in hun beschaving en ontwikkeling aan Deutschland cijnbaar waren.

Maar vooral is het de aard van het regt zelf, waardoor hier voor- en nadeelen beide van den invloed der oudheid, verhoogd werden.

Hoe men ook denke over oorsprong en wezen van het regt, wat men ook houde voor den waren en laatsten grond waarop zijn gezag steunt, waarop van den enkeling gehoorzaamheid aan zijn voorschriften en geboden gevorderd wordt, zeker is het, dat de inhoud dier geboden en voorschriften het werk is van menschen. Maar even zeker is die inhoud niet het werk van één mensch, zelfs niet van één geslacht, maar van alle menschen, van alle geslachten die zich in den loop der eeuwen bij een volk afwisselen en opvolgen. Het regt is dus niet het gewrocht van willekeur. Er moeten hoogere krachten zijn, die alle die menschen, alle die geslachten doen samenwerken. Het zijn hun beschouwingen en overtuigingen, hun toestanden en behoeften. En deze, al hebben zij steeds die grondtrekken gemeen, die uit aard en wezen van den mensch onmiddellijk voortvloeiën, zij verschillen bij ieder volk, bij ieder geslacht. Behoudt ieder volk door alle geslachten heen, zekere eigenaardigheden, evenzeer heeft ook ieder geslacht, dat is, iedere trap van ontwikkeling en beschaving, bij alle volkeren dezelfde eigenaardige toestanden en behoeften.

Maar eng wordt hierdoor bij de vorming van het

regt, de werkring van den enkelen mensch, hetzij hij van staatswege met openbaar gezag zij bekleed, hetzij zijn gezag geen ander is, dan hetwelk zijn kennis en ervaring hem verzekeren. Zeker dat verschillend gezag doet ook heider taak verschillen. Bepaalt zich die van den regtskundige tot het ontdekken en in juiste bewoordingen uitdrukken van den reeds gevormden, schoon steeds aan het volk en aan het geslacht, waarbij hij geldt, onbewusten regtsregel, ook zijn roeping is het door ontleding en zamenvoeging uit die regtsregelen, regtsbegrippen te vormen, de theorie en het systeem van het regt te scheppen. Mij de juistheid eener logische gevolgtrekking te doen aannemen, dit kan geen openbaar gezag. Het vaststellen van regtsregelen en regtsbegrippen, is dus even vreemd aan het staatsgezag, als het geven van bevelen en geboden tot zijn wezen behoort. Door het geven daarvan, kunnen de krachten, die het regt vormen, in haar werking worden te hulp gekomen, kan soms een regtsregel tot spoedige rijpheid gebragt worden, die anders tot zijn ontwikkeling jaren, misschien eeuwen, want het regt is een plant die uiterst langzaam groeit, noodig zou hebben gehad. De enkele mensch kan dus de regelen waarnemen, die het maatschappelijk leven volgt of eischt, en die in woorden uitdrukken, het regt vinden en uitspreken, maar nimmer scheppen.

Zoo wijzigt zich het regt naar tijd en plaats. De enkele mensch kan het slechts in zijn ontwikkeling te gemoet komen, in zijn inhoud leeren kennen en verstaan. En hierdoor wordt ook de invloed bepaald dien het Romeinsche regt uitoefende.

De trap van beschaving en ontwikkeling, waarop het Romeinsche volk stond in den bloeitijd zijner regtsgeleerdheid, was hooger, dan die, waarop de Germaansche volksstammen zich bevonden, toen zij met het Romeinsche regt bekend werden. De regtsregelen, regtsbegrippen en regtsinstellingen, gelijk hooger trappen van beschaving

en ontwikkeling die eischen en medebrengen, konden uit het Romeinsche regt in het Germaansche regtsleven overgaan. De juristen, die ze uit het Romeinsche regt hadden leeren kennen, konden door die kennis het streven van hun tijd naar ontwikkeling en hooger beschaving te gemoet komen. De inspanning en arbeid vereischt om die regsregelen, regtsbegrippen en regtsinstellingen zelf te vinden, te vormen en tot rijpheid te brengen, werden bespaard. En die inspanning en arbeid, slechts oppervlakkigheid kan ze voorbij zien, het zware en moeitevolle daarvan loochenen. Hoe eenvoudig een regsregel ons thans ook schijne, navorsching zijner geschiedenis zal ons bijna steeds doen zien, hoe daaraan eeuw op eeuw arbeidde, hoe hij eerst onbepaald en onzeker, dan eens te eng dan eens te ruim, eerst na verloop van eeuwen, tot volle vastheid en bepaaldheid geraakte.

Op het vaste land had men dan ook reeds in de 15^e en 16^e eeuw, regsregelen en regtsinstellingen aan het Romeinsche regt ontleend, waarnaar het Engelsch regt sinds eeuwen streefde, waartoe het in onze dagen krachtig naderde, maar die het ook thans nog niet bereikte, hoe dringend ook de toestand van het Engelsche volk, de trap van ontwikkeling waarop het zich bevindt, ze eischt en vordert.

Maar wat in dit opzigt het Romeinsche regt voor onze voorouders was, kan het niet meer voor ons zijn. Wij staan op hooger trap van beschaving en ontwikkeling dan onze voorouders niet alleen, maar ook dan de oudheid. Christelijke begrippen en beginselen, eerst in de harten der enkelingen néergelegd, hebben de geheele maatschappij, het geheel maatschappelijk leven, en dus ook het regtswezen, als een zuurdeesem het deeg door-drongen. Onze nijverheid daarenboven, onze handel, ons onderling verkeer hebben een levendigheid, een gewigt, een omvang verkregen, vroeger zelfs niet te

vermoeden. Hieraan beantwoorden de regtsinstellingen niet meer, die Rome's wijzen kenden, hiervoor zijn de regtsregelen, die zij leerden niet meer voldoende. Die nog steeds en uitsluitend te willen handhaven, zou zijn den volwassen man gekneld te willen houden in het kleed, dat den jongeling paste. Werd dat kleed hem in der tijd geschonken, was het hem toen een groote weldaad, dankbaarheid daarvoor mag geen reden zijn om het niet af te leggen, nu het onbruikbaar wordt, nu het hem hindert en belemmert. Maar willen wij de regtsregelen niet meer volgen, die de Romeinsche regtsgeleerden stelden, de regtsbegrippen niet meer aannemen die zij leerden, wij willen hun voorbeeld volgen in de wijze, waarop zij tot die regtsregelen en regtsbegrippen kwamen. Wij willen het werkelijk leven beluisteren, de regelen, die in het onderling verkeer gevolgd worden, opsporen, ontwikkelen, tot begrippen vereenigen en daardoor en daarbij aan de eischen en behoeften van dat verkeer tegemoet komen.

Wat nu de nationale bestanddeelen van het regt, de eigenaardigheden betreft, die een volk alle geslachten en tijden door, in zijn regt behoudt, deze op te merken, juist op te vatten en uit te drukken, ze tot begrippen te vormen, tot de eigenaardige toestanden, behoeften en beschouwingen, die daaraan ten grondslag liggen door te dringen, in een woord hier de roeping der wetenschap te vervullen, dit konden de juristen niet, uitsluitend in de school van 't Rom. R. gevormd. Onregt en dwaas scheen en moest hun schijnen, wat zij niet in het corpus juris vonden. Steeds moesten de nationale regtsinstellingen op de leest van Romeinsche begrippen geschoeid worden, al werd haar eigenlijk leven en wezen daardoor vernietigd, al werd dikwijls de verlegenheid, waarin men daarbij geraakte, onder den naam van fictien verbloemd. Maar soms ook was het de leest zelve, waarop het geweld neerkwam, dat miskennis van hetgeen het regt nationaals

in zich heeft, deed plegen. De juristen die toch steeds de kinderen bleven van het volk en van den tijd, waartoe zij behoorden, meenden soms daaraan ontleende begrippen, daarvoor geheel juiste beschouwingen in het corpus juris te vinden, en droegen dan als Romeinsch regt voor, wat PAULUS en ULPIANUS niets dan ketterij zou hebben toegeschenen.

Veel van hetgeen verzuimd werd, kan nog worden hersteld. Voor een groot deel kan thans nog door ons gedaan worden, wat nimmer had moeten worden nagelaten. De nationale bestanddeelen van het regt, de eigenaardigheden van ons volk bleven meestal voortleven en voortwerken ten spijt en ten trots der juristen, die ze niet erkenden of miskenden. De levenskracht der nationaliteit is te sterk, dan dat het ligt kan vallen, haar te verstikken. Omtrent die nog levende nationale elementen van ons regt, kan en behoort de wetenschap alnog haar taak te vervullen. Zeker veel is er in deze rigting in de jongste jaren gewerkt en gedaan. Maar veel, oneindig veel blijft er nog te doen over. Dit althans hebben wij boven onze voorouders vooruit, dat wij thans, dank der onvermoeide pogingen van zooveel in onzen leeftijd, zuiverder en reiner kennis bezitten van 't Rom. regt, vooral van zijn grondbegrippen en grondgedachten, en daardoor zooveel minder gevaar loopen, ons als Romeinsch regt voor te stellen, wat aan die «virtuosen in de zelfzucht» geheel vreemd was.

Maar werkelijk ook werd door dien invloed van 't Romeinsche regt, in Duitschland meer nog dan bij ons en in Frankrijk, veel nationaals uit het regt verdrongen, wat ook voor hooger trappen van beschaving niet ongeschikt scheen, veel gestuit in de rijke ontwikkeling, waarvoor men het vatbaar mogt achten. En zeker, dit is van den invloed van 't Romeinsche regt de donkerste schaduwzijde. Noemde een begaafde schrijfster onjuiste voorstelling van 'slands historie een verraad gepleegd

aan de nationaliteit, wat naam te geven aan dat versmoren der nationaliteit in kiem en leven? Maar men moge het betreuren, te herstellen is het niet. IJdel en dwaas moet iedere poging heeten, om wat afgestorven is in het leven terug te roepen. Moeten wij dus vreemde bestanddeelen in ons regt gedoogen, kunnen wij ze niet meer uit ons regtsleven verwijderen, stiefmoederlijke behandeling zou zich zelve wreken. Gelijke zorg moet ook hun worden gewijd als aan de eigen kinderen des huizes, als aan de nationale bestanddeelen van het regt. Vooral moet verzoening en vereeniging tusschen hen onderling, tusschen de in oorsprong verschillende bestanddeelen van het regt worden bevorderd en bewerkt. Het maatschappelijk leven is één, vormt een organisch geheel. Ook de regtsregelen die het beheerschen, moeten dus onderling in een organisch verband staan. Maar hoe dikwijls staan nog, althans in wetenschap en theorie, de Romeinsche bestanddeelen van ons regtsleven onvereenend en onverzoend naast de regtsbeginselen van nationalen oorsprong, waarmede zij in aanraking komen.

Zoo de in ons regt opgenomene Romeinsche elementen met het geheel in verband te brengen, de verwaarloosde doch nog voortlevende nationale bestanddeelen in het licht te stellen, de vorming en ontwikkeling van het regt, dat onze tijd medebrengt en eischt te volgen en te bevorderen, dit moet dus het streven en het werken zijn van den Jurist in onzen tijd en bij ons volk.

Is dit onze taak, zal zij met ernst en kracht worden aanvaard, dan kan niet genoeg de beoefening worden aanbevolen van het Engelsch regt. Engeland staat met ons nagenoeg op denzelfden trap van beschaving en ontwikkeling, zijn volk is ons stamverwant. Daar werd bij het waarnemen van eigen volk en eigen tijd, van zijn behoeften en toestanden, van zijn overtuigingen en beschouwingen en van het regt dat deze eischen en medebrengen, het oog nimmer door Romeinsche voor-

stellingen en begrippen beneveld. Hier door komt het dat zoo dikwijls eerst door vergelijking met het Engelsche regt begrepen wordt, dat wij hetgeen ons omringt door een vreemden bril zien en opmerken. Hierdoor komt het, dat men meermalen op het onverwachts in dat regt den sleutel vindt van hetgeen in ons eigen regsleven onverklaarbaar scheen. Hierdoor komt het dat de theorien en systemen der Engelsche Juristen, die uit een Romeinsch oogpunt dwaasheid en onverstand moeten schijnen, soms zoo geheel en onmiddelijk voor ons regt passen. Maar juist bij die naauwe verwantschap is een dubbele mate van behoedzaamheid noodig om niet in plaats van den Romeinschen een Engelschen bril op te zetten, om niet aan het Engelsche regt voorstellingen en begrippen te ontleenen en aan het onze op te dringen, die aan zijn aard en wezen geheel vreemd zijn.

En men wane niet, dat hetgeen ik als onze taak beschouw door het voorregt dat wij hebben, geschreven wetboeken te bezitten, onnoodig of wel onmogelijk wordt.

Zeker ook in die wetboeken heerschen theoriën en systemen, en veel daarvan zal, wordt de taak volvoerd, moeten vallen. Maar die theoriën en systemen zij deelen niet in de verbindende kracht, die de wetboeken slechts als wetten hebben. Een wet nu gebiedt en beveelt slechts wat in de bezondere gevallen, in de gevallen die in het werkelijk leven voorkomen, gedaan of gelaten moet worden, wat daarin regtens zal zijn. En dit ook dan, wanneer die geboden en bevelen in anderen vorm zijn ingekleed, wanneer de wet uitdrukkingen bezigt, die bestaande toestanden beschrijven, wanneer zij definitiën stelt, werkingen en gevolgen ontwikkelt. De vraag dus alleen wat gedaan moet worden of gelaten, beslist en kan de wet beslissen. De zoo gegeven stof te bearbeiten, dit is de roeping

der wetenschap. Uit hetgeen regtens is, al werd het regtens door gebod en bevel der wet, *ex jure quod est*, leidt zij regtsregelen af, vormt zij regtsbegrippen, schiept zij theorie en systeem. Hierbij is het alleen de vraag, althans onmiddellijk en regtstreeks, of de gevolgtrekking juist is en waar. Mij dit te doen gelooven, ik herhaal het, dit kan geen staatsgezag, en hier begint dus reeds de uitsluitende taak der wetenschap. Wat ontwijfelbaar regtens is, wat de wet voorschrijft, dit zijn als het ware zoovele enkele punten van den cirkelomtrek. Dien aan te vullen, die punten tot cirkelbogen te vereenigen, het middenpunt te vinden, de stralen te trekken, dit is de roeping der wetenschap. Mengt zich de wet in die taak, geeft zij theorie en systeem, dan kan dit niet gelden als gebod en bevel eener wet, maar slechts als het oordeel der mannen, die haar zamenstelden. En hoe hoog ook het gezag dier mannen in de wetenschap zij, hoe algemeen verbreid ook bij tijd- en landgenooten de theoriën en systemen waren, die zij omhelsden, hun oordeel kan en mag mij niet als waarheid doen aannemen, waarvan ik de onjuistheid en verkeerdheid inzie, wat dwaling is en leugen.

In eenige elkander opvolgende opstellen, wensch ik in dit tijdschrift aard en wezen te behandelen der gemeenschap, dat is der betrekking, die ontstaat waar regten of verplichtingen in inhoud en kracht, naar aard en tijd gelijk, voor of tegen twee of meer personen gelden. Heb ik eenige beschouwingen over de onderlinge verhouding van Romeinsch en nationaal regt, over de roeping onzer wetenschap vooraf laten gaan, het was om reeds dadelijk en in haar geheel de wijze te doen kennen waarop ik het onderwerp denk te behandelen, en haar voor zoover het beperkt bestek toeliet, te verdedigen. Die beschouwingen gelden voor het geheel gebied van ons vak. Regtstreeksch verband met mijn onderwerp hebben zij verder niet dan misschien dit, dat hier meer

nog dan elders, telkens en op ieder punt, de juistheid daarvan in het oog springt.

Ik begin met een

I.

Overzicht van het Romeinsch Regt.

Geeft het regt van den enkeling kleur en toon aan het Rom. Regt, beheerscht dit geheel zijn opvatting van het eigendom, maakt het tot zijn inhoud de onbepaalde uitsluitende heerschappij over een zaak, het is vooral wanneer twee of meer personen regt hebben op dezelfde zaak, dat die kleur en toon uitkomt. De zaak in werkelijkheid niet gedeeld, wordt in gedachten gesplitst. Het regt van ieder op zijn intellectueel deel is even zelfstandig als het regt op een afzonderlijke zaak. De omstandigheid, dat het onderwerp van zijn regt een geheel uitmaakt met het onderwerp van het regt van een ander, wijzigt die regten niet. De ontmoeting van de regten van beiden op hetzelfde voorwerp is en blijft als 't ware toevallig. Ieder vervolgt en handhaaft, beschikt over zijn regt op en voor zich zelve. Is hij in de uitoefening minder vrij, dan wanneer aan het regt van hem alleen een zaak onderworpen was, het is een gevolg van die als 't ware toevallige ontmoeting van eens anders regt, van de vereeniging van het onderwerp van zijn regt met dat van eens anders regt. Het zakelijk regt op een intellectueel deel der zaak, is als ieder zakelijk regt, geheel onafhankelijk van persoonlijke betrekkingen en verpligtingen, ook dus van die jegens deelgenooten, al vloeiden zij uit het bestaan der gemeenschap voort, al bestaat de gemeenschap krachtens overeenkomst. Zoo door persoonlijke betrekkingen niet gewijzigd noch bepaald en daarvan onafhankelijk, wordt het zakelijk regt op een bepaald intellectueel deel der zaak ook als ieder ander zakelijk regt overgedragen en geboren.

Ik kan mijn aandeel in het tusschen ons gemeene

voorwerp verkoopen, *l. 54 D. fam. ere. 10. 2*, *l. 1, l. 3 C. comm. div. 3. 37*, verpanden *l. 7, § 4 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 3, § 2 D. qui pot. 20. 4, l. 6. § 8 D. comm. div. 10. 3*, daarop vruchtgebruik vestigen *l. 31 D. de usufr. leg. 83. 2*. In geen geval kunnen mijn latere handelingen hen die van mij hun regt verkregen benadeelen. Welk gedeelte der zaak bij scheiding mij ook te beurt valle, het vruchtgebruik, het pandregt blijft op het intellectueel deel der geheele zaak kleven waarop het gevestigd werd. Bij verkoop moeten mijn deelgenooten met hem scheiden, aan wien ik mijn aandeel verkocht *l. 1, l. 3 C. comm. div. 3. 37*, bij verpanding met den schuldeischer *l. 2 eod.* De onbillijkheden waartoe dit beginsel leiden kan, ontgingen den Romeinen niet. Bij vruchtgebruik had reeds TRÆBATIUS in de aangehaalde *l. 33 D. de usufr. leg.* het tegendeel geleerd. Hij wilde het vruchtgebruik van mijn aandeel na scheiding tussehen mij en mijn deelgenooten alleen doen drukken op het mij toegewezen gedeelte. LABEO en JAVOLENUS hielden de gevolgtrekking vast, waartoe de zakelijkheid van het regt leidt, en deze zegevierde in de praktijk. Bij persoonlijke verplichtingen echter, althans bij *bonae fidei negotia*, werden dan ook andere beginselen gevolgd. Hij die verplicht tot het leveren van een aandeel in eene zaak, die bij scheiding in haar geheel verkreeg, is gerechtigd evenzeer als verplicht haar nu in haar geheel te leveren tegen billijke vergoeding door de andere partij. *L. 13. § 17 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7, § 13 D. comm. div. 10. 3, l. 78 § 4 D. de jur. dot. 23. 3.*

Kan een der deelgenooten vrijwillig zijn aandeel zonder medewerking en ten nadeele der overigen vervreemden, waar die vervreemding gedwongen is, waar zij op regterlijk gezag geschiedt, kunnen de regten zijner deelgenooten zeker minder nog beperking werken. Toen dus te Rome een executie in het vermogen ingevoerd werd, kon zeker het aandeel van een deelgenoot als ieder ander

regt uitgewonnen worden. Ten aanzien der *missio in bona ob damnum infectum* hebben wij een regtstreeksch getuigenis in *l. 5, § 1 D. damn. inf.* 39. 1.

Geldt het vonnis alleen voor en tegen hen die een handeling van den aard als het vonnis inhoudt, zou hebben verbonden of gebaat, zoo bindt of baat het vonnis dat door of tegen een deelgenoot verkregen werd, de andere niet. Het *quanti ea res est* der formula petitoria, beperkt de veroordeeling van zelf tot het aandeel van den in regten optredenden deelgenoot. Maar ook voor de *pronuntiatio* van den arbiter kan uitsluitend het regt van dezen in aanmerking komen.

Bij deze beschouwing van den aard der gemeenschap, wordt bij scheiding steeds zakelijk regt vervreemd. Mijn aandeel in deze zaak draag ik aan u over tegen uw aandeel in die zaak, of wel tegen een geldsom. Scheiding werkt dus soms als koop, *l. 1 C. comm. utr. jud.* 3. 38, soms als ruiling, *l. 20, § 3, D. fam. ere.* 10. 2, *l. 77, § 18, D. de leg.*, II, 31. Tot vrijwaring zijn de deelgenooten gehouden, zoo er *stipulatio* gesloten werd, krachtens deze, anders *praescriptis verbis actione*, *l. 14 C. fam. ere.*, 3. 36, *l. 7 C. comm. utr. jud.*, 3. 38. Heeft de scheiding geregteijk plaats, de *adjudicatio* draagt dadelijk het eigendom over. Anders heeft eerst *traditio* dit gevolg, *l. 45 D. de pact.*, 2. 14, *l. 15 C. fam. ere.*, 3. 36, *l. 8 C. comm. utr. jud.* 3. 38. Maar dan moet ook de scheiding een titel zijn ter verjaring, *l. 17 D. de usuc. et usur.* 41. 3, en ter instelling der *publiciana* *l. 7, pr. D. de publ. act.* 6. 2. Is de scheiding verkoop of ruil van mijn aandeel in de zaak, dan kan zij ook tusschen sommigen slechts van de deelgenooten plaats grijpen, *l. 2, § 4, D. fam. ere.*, 10. 2.

De uitoefening van de bevoegdheden en regten in het eigendom vervat, voor zooverre die gesplitst kunnen

worden, staat aan ieder der deelgenooten voor zijn aandeel, zoo de rei vindicatio, *l. 76, D. de R. V., 6. 1, l. 2, C. comm. div., 3. 37*, de operis novi nunciatio, *l. 5, § 6, D. h. t. 39. 1*, de damni infecti stipulatio, *l. 27. 40, § 1, D. h. t., 39. 2*, de aquae pluviae arcendae actio, *l. 6, § 1, D. h. t., 39. 3*. Oefent hij deelbare regten en bevoegdheden voor meer dan zijn aandeel uit, slechts naar de regelen der negotiorum gestio, bestaat er regt van verhaal, *l. 40, D. de neg. gest., 3. 5, l. 6, § 2, D. comm. div., 10. 3*. Waar de aard dier bevoegdheden uitoefening bij gedeelten verbiedt zijn de regten van alle deelgenooten even groot en uitgebreid. Dwang van den een tegen den anderen vindt geen plaats. SABINUS zeide «in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse.» PAPINIANUS voegt er bij; «in re enim pari potiorum causam esse prohibentis constat,» *l. 28, D. comm. div. 10. 3*. Verboodt gij mij, uw deelgenoot, het bouwen, of geschiedt dit buiten uw weten, dan kunt gij de opruiming vorderen. Verboodt gij het niet, terwijl gij het wist en toezaagt, dan blijft u alleen het regt op schadevergoeding, dat natuurlijk ook vervalt indien gij toestemdet, *l. 28, D. comm. div. 10. 3*, verg. *l. 11, D. si serv. vind. 8. 5*. Uit dien tweestrijd van belangen, is geen andere uitweg dan scheiding, die dan ook ieder der deelgenooten ten allen tijde kan vorderen, actione communi dividundo of familiae erciscundae, *l. 5, C. comm. div. 3. 37, l. 14, § 2, D. eod. 10. 3*. En daarbij zal dan vergolden worden, zoowel het nadeel aan de zaak zelve toegebracht, als het voordeel door een onzer door de uitoefening van ondeelbare regten of de zaak voor meer dan zijn aandeel genoten, de geleden schade zoowel als de genotene bate, *l. 3 pr. D. comm. div. 10. 3.*, verg. *l. 40, D. de neg. gest. 3. 5, l. 6, § 2, D. comm. div. 10. 3*.

Tegenover derden is ieder deelgenoot tot de uitoefe-

ning dier ondeelbare regten bevoegd. Zoo is een der mede-eigenaren alleen gerechtigd het uitroeijen te vorderen van den boom, die van het erf van den buurman op het gemeene erf overhangt, *l. 1, § 5, D. de arbor. caed.* 43. 27. Zoo vooral wordt de uitoefening der erfdiensbaarheden aan ieder der mede-eigenaren, voor het geheel, zoo in als buiten regten, vergund. Bij de formula petitoria verkondigt de pronuntiatio van den arbiter het regt op de erfdiensbaarheid in haar geheel. Ook de restitutio schijnt voor het geheel steeds te hebben moeten plaats vinden. Maar het *quanti ea res* der formula, beperkte zich tot het belang van den in regten opgetreden mede-eigenaar, *l. 4, § 3 en 4, D. si serv. vind.* 8. 5. Maar bij erfdiensbaarheden doet daarenboven haar eigenaardig karakter als ondeelbaar behandelen, wat dit naar zijn eigen aard en wezen niet zou zijn. De bepaalde inhoud toch der erfdiensbaarheden eischt een bepaalde maat, en die maat is het erf, zijn behoeften, zijn staat en toestand. Dit erf wordt daardoor niet het eigenlijk subject of object dier regten, zooals dit zoo dikwijls gezegd wordt. Want *hominum causa omne jus constitutum*, *l. 2, D. de stat. hom.* 1. 5. Maar het erf is als het ware de middenstof, waardoor die regten moeten heen gaan, en eerst hun bepaalden vorm en inhoud erlangen, voor dat zij de eigenaren bereiken. En die maat, die middenstof kan slechts het erf wezen in zijn geheel, geen intellectueel deel daarvan, geenaandeel daarin. En daarom kan de erfdiensbaarheid, ook waar op zich zelve verdeling harer uitoefening niet onmogelijk zou zijn, regtens nimmer anders dan voor het geheel worden daargesteld, uitgeoefend, gehandhaafd.

Bij schulden kent het Rom. R. eigenlijk geen gemeenschap. Wat gemeenschap doet ontstaan bij eigendom, eenheid van het voorwerp waarop de regten der deelgenooten zich ontmoeten, dit ontbreekt bij de schulden.

Verdeeling tusschen meerderen splitst dus, daar hier geen punt van aanraking blijft bestaan, de schuld niet in zoo vele deelen, maar in zoo vele zelfstandige, niets meer met elkander gemeen hebbende schulden als er personen zijn. Schulden kunnen dus in den eigenlijken zin des woords niet gescheiden of gedeeld worden, l. 2, § 5, l. 25 § 1 D *fam. ere.* 10. 2, l. 6 C. eod 3. 36. Gelijk en voor zooverre andere schulden kunnen worden overgedragen, kunnen ook de door deze splitsing ontstane zelfstandige schulden wederom in ééne hand vereenigd worden. Een der deelgenooten kan dus door een mandatum in rem suam bevoegd worden gemaakt, de vorderingen die op de anderen overgingen uit te oefenen, of wel verplicht tot hunne defensio, tot de overneming der tegen hen ingestelde actiën. Dit, maar ook dit alleen, kan de arbiter familiae erciscundae, door de deelgenooten tot stipulatiën te dwingen, bewerken l. 3 D. *fam. ere.* 10. 2.

Waar die splitsing in op zich zelve staande schulden, het zij door den aard der zaak, bij ondeelbaarheid, het zij door den verklaarden wil van partijen, in de gevallen der zoogenaamde echte correaliteit, gewraakt wordt, greep het Rom. R. tot het tegenovergesteld uiterste.

Onverdeeld en in vollen en gelijken omvang, wordt dezelfde zaak het onderwerp van zoovele zelfstandige en afzonderlijke schulden, als er verschillende personen jegens elkander verbonden zijn. En dit heeft als bij alle schulden, die dezelfde zaak ten onderwerp hebben, het gewigtig gevolg, dat voldoening, het zij door dadelijke betaling, het zij door regtshandelingen die haar vervangen, die een der schuldeischers ontvangt van een der schuldenaren, die schulden alle delgt en doet vervallen. Maar hier in de gevallen van echte correaliteit rust de schuld steeds op een regtshandeling. En deze blijft, hoe ook de schuld verveelvoudigd worde, de

ééne en allen gemeene grondslag van die schulden alle. En dat rusten op één en dezelfde regtshandeling heeft, door de eigenaardigheden van 't Rom. regt, in zijn vormen en vooral in zijn procesregt, ook nog dit gevolg, dat steeds ook de *acceptilatio*, de *litis contestatio*, het *jus jurandum* over de ééne schuld op de andere terugwerkt en deze delgt. Verloren die eigenaardigheden in de jongste ontwikkeling van 't Rom. regt veel van haar kracht en beteekenis, ook de werkingen en gevolgen moesten daardoor verzwakt worden, die de gevallen der echte *correaliteit* van die der *onechte* onderscheiden. Hoe krachtig voorts de *correaliteit* zich ook doe gevoelen in de betrekking tusschen schuldeischer en schuldenaar, tusschen de schuldeischers zelve, evenmin als tusschen de schuldenaren bestaat er als zoodanig en buiten bijzondere omstandigheden eenige onderlinge betrekking. En waar die onderlinge betrekking gemist wordt, ontbreekt hier alle regt van verhaal. Slechts door omwegen, door het verkrijgen van *cessie* van actie, kan buiten die bijzondere omstandigheden, een der schuldenaren zich dat regt van verhaal tegen de anderen verzekeren.

Wat gezegd werd, geldt niet alleen waar eenenkele zaak, maar ook waar meerdere zaken uit den zelfden hoofde gemeen zijn. De omstandigheid, dat meerdere zaken als een geheel niet dan te zamen en in betrekking tot elkander, het onderwerp onzer regtshandeling zijn, hoe krachtig ook haar werking op het persoonlijk regt zij, is zonder invloed op het zakelijk regt. Schoon een zaak tot een meer omvattende gemeenschap behoort, heb ik in iedere zaak afzonderlijk mijn aandeel, moet van iedere zaak afzonderlijk of van mijn aandeel daarin, overdragt geschieden en beschik ik daarover even vrij en zelfstandig als of die zaak alleen gemeen ware, l. 54 *D. fam. ere.* 10. 2., l. 1 en 3 *C. comm. div.* 3. 37.

Maar hoe, wanneer de gemeenschap uit regten en *Themis*, D. III, 1ste St. [1856].

verplichtingen bestaat, een geheel vormt van baten en lasten? Tot in zijn jongste ontwikkeling hield het Rom. regt het beginsel vast, dat persoonlijke vorderingen en verplichtingen uitsluitend aan den persoon verknocht zijn, al werd het later eenigzins getemperd en kon b. v. de uitoefening van vorderingen aan een ander overgedragen, een derde tot de overneming der actie, tot defensio verplicht worden. Maar is bij vorderingen verknochtheid aan den persoon de hoofdgedachte, niet het kleven op een vermogen in zijn geheel, dan kan het *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno* alleen tusschen hen werken, die persoonlijk jegens elkander verbonden zijn. De hand, die baten en lasten tot een geheel vereenigt, wordt dan nimmer zoo krachtig, het geheel nimmer zoo vast en stevig, dat het ook als geheel op een derde kan worden overgedragen, en deze door aanvaarding van de baten, voor de lasten ook jegens de schuldeischers aansprakelijk wordt. Gaan op den erfgenaam die aanvaardt *en* regten *en* schulden over, het is niet de eenheid van des erflaters vermogen, maar de in het Rom. regt aangenomen eenheid van persoon tusschen erfgenaam en erflater die dien overgang werkt. Eens overgegaan versmelt het vermogen van den erflater met dat van den erfgenaam, al is het dat de onderscheiding van beide ook later noch eenige werking en beteekenis kan hebben. Wat bij aanvaarding eener erfenis plaats greep, gold ook bij andere handelingen, waardoor de regtspersoonlijkheid van den een op den ander overging als bij *arrogatio*, *coemptio*, en, krachtens fictie bij den *bonorum emptor*. Maar overigens en met uitzondering van de in *jure cessio* der nog niet aanvaarde *legitima hereditas*, waarvan GAIUS II. 35, kan geen vermogen bij het leven of na doode in *universum* worden overgedragen, erlangt geen schuldeischer regt den verkrijger voor zijn vorderingen te vervolgen. Bij overdragt eener erfenis moeten de bezon-

dere bestanddeelen der hereditas steeds afzonderlijk worden overgedragen *l. 14 D. de her. vend. 18. 4.* De schulden blijven steeds op den erfgenaam kleven *l. 28 D. de don. 39. 5.* Dit neemt echter niet weg, dat gelijk het dominium iets anders is dan de rei vindicatio, de uitoefening der hereditatis petitio als iedere andere actio door een mandatum in rem suam op een ander kan overgaan, en steeds overging waar de erfenis in haar geheel verkocht werd. Al geldt dus hier, even als bij ususfructus, donatio, societas omnium bonorum, het bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno, het geldt slechts tusschen hen die door rechtshandelingen jegens elkander verbonden zijn, niet tegenover derden. Evenzoo bij het peculium en de dos. Bij deze was het een lang en hevig betwist punt, of de lasten op de afzonderlijke baten kleven, dan wel op het geheel, zoodat zelfs de baten door de lasten overtroffen kunnen worden. Van deze laatste beschouwing was de zegepraal eerst beslist ten tijde der laatste classieke schrijvers *l. 4 § 5. D. de pec. 15. 1, l. 1 § 4. D. de dot. prael. 33. 4, l. 5. pr. D. de imp. 25. 1, l. 56 § 3. D. de jur. dot. 23. 3.* Maar dit verschil gold wederom alleen in persoonlijke betrekkingen, tusschen personen die persoonlijk jegens elkander verbonden zijn. Regten en inschulden moesten afzonderlijk worden overgedragen. *L. 5 D. de pec. leg. 33. 8, l. 53 D. de pec. 15. 1.* De verkrijger wordt niet jegens de schuldeischers aansprakelijk, al kan van hem teruggevorderd worden wat voor de schulden van het peculium of de dos, door hem van wien hij zijn regt ontleent, betaald werd, al kan deze zelfs van hem defensio verlangen. *L. 18 D. de pec. leg. 33. 8.* Zoo zelfs dan, wanneer de vrouw haar geheel vermogen tot dos gaf. Wel worden in *l. 6 pr. D. de pec. leg. 33. 8, verg. l. 8 pr. eod.* tegenover de rei vindicatio de lasten, die op het peculium kleven, op de enkele voorwerpen gekort, dat is door regt van terughouding of vermindering der litis

aestimatio ingevorderd. Maar waarom? Het peculium kan niet als zoodanig gevindiceerd worden, *l. 56 D. de R. V.* 6. 1. Wordt nu een peculium per vindicationem gelegateerd, en althans na het Sctum Neronianum was dit volkomen geldig, dan waren het de singula corpora in deze alleen die gevindiceerd konden worden. Daarentegen zijn de lasten die op het peculium kleven slechts het onderwerp van persoonlijke vorderingen van den erfgenaam tegen den legataris. En wat nu de billijkheid zoo dringend eischt, wordt in de aangehaalde *l. 6 pr.* en *l. 8 pr. D. de pec. leg.* veroorloofd. Tegen de vindicatio van den legataris kan de erfgenaam zijn persoonlijke tegenvorderingen bij wijze van korting doen gelden, bij ieder afzonderlijk voorwerp natuurlijk pro rata. En zoo wordt de alleen toegelatene vindicatio der singula corpora in verband gebracht met het beginsel, dat de lasten op het geheel drukken, en met de persoonlijke vordering tot kwijting daarvan. Geheel ten onregte is het dus, meen ik, dat DERNBURG in zijn voortreffelijk werk: *Die Compensation, Heidelberg 1854, p. 124 sq.*, in die *l. 6 pr.* en *l. 8 pr. D. de pec. leg.* een afwijking vindt van deze beginselen, en zich verwondert dat die antinomie niet vroeger werd opgemerkt. Door die korting pro rata wordt immers integendeel ingewikkeld erkend, dat de lasten eigenlijk op het geheel drukken. Dat bij verkoop voorts van een slaaf met zijn peculium, de schuldeischer den koper kan vervolgen, is de werking van den overgang niet van het peculium, maar van den slaaf. De schuld wordt beschouwd als een schuld van den slaaf, waarvan de vervolgbaarheid tegen den eigenaar alleen van het bezit van een peculium als voorwaarde afhangt. Onverschillig is het hoe de slaaf dat peculium verkreeg, nihil interest aliud apud eum (den koper) acquisierit peculium, an quod pariter eum eum emerit vel ex donatione acceperit, eidem concesserit, *l. 27 § 2. D. de pec. 15. 1.* Dat tegen hem die

op welke wijze ook ophield eigenaar van den slaaf te zijn, en in het bezit bleef van het peculium binnen het jaar nog de actio de peculio gold, rustte op een bijzondere bepaling van het edict.

Het bestaan dus van een geheel zoo uit baten en lasten zamengesteld, wijzigt noch verandert het regt op de bijzondere voorwerpen. De band die het geheel vormt, werkt slechts persoonlijk niet zakelijk, raakt derden niet. Maar dan wordt ook, zoo dat geheel aan twee of meer personen behoort, het regt op die afzonderlijke voorwerpen, even als of zij op zich zelve stonden in intellectuele deelen in aandeelen verdeeld, de schulden in geheel op zich zelve staande schulden gesplitst. Volkomen vrij beschik ik dus over mijn aandeel in een zaak, die tot zoodanig geheel behoort. Die beschikking heeft voor den verkrijger dezelfde gevolgen, als of het de eenige tusschen ons gemeene zaak ware. Zoo ik uit de tusschen mij en u gemeene erfenis mijn helft van een erf afzonderlijk verkoop, dan houdt, volgens *l. 54 D. fam. ere. 10. 2.*, het erf op tusschen ons gemeen te zijn, exit de communione, en wordt het onderwerp van een nieuwe gemeenschap tusschen u en mijn kooper. Met hem zult gij dat erf, met mij de overige erfenis moeten scheiden en deelen, *l. 1. l. 3 C. comm. div. 3. 37.*

En men wane niet dat, waar de gemeenschap op overeenkomst steunt, bij maatschap, andere beginselen gelden. Naar Romeensch regt is maatschap een persoonlijke regtsbetrekking tusschen de vennoten, waardoor zij verplicht en gerechtigd worden bepaalde voorwerpen in gemeenschap te brengen, dat is, daarvan hun aandeel van ieder der vennoten te vorderen of aan hen uit te keeren. Maar die betrekking is zuiver persoonlijk, raakt nimmer, in geen geval en in geen opzigt derden. Als bij iedere andere gemeenschap is ieder vennoot zelfstandig eigenaar van zijn aandeel in de zaak, schuldeischer of schuldenaar

van zijn gedeelte der schuld. Ook de overdragt aan hen moet op de gewone wijze geschieden. Alleen bij de societas omnium bonorum werd die overdragt overbodig geacht, l. 2, *D. pro Soc.*, 17, 2. Maar ook bij deze moest, ter overdragt der vorderingen, op de gewone wijze cessie plaats grijpen, l. 3 eod. De gewone regelen over de verkrijging door anderen, gelden ook waar een der vennoten voor de maatschap, dat is voor de vennoten alle optreedt. In zijn jongste ontwikkeling liet het Romeinsche regt vertegenwoordiging toe, overal, waar feitelijke overgifte eener zaak de bron van het ontstaan van regten is, zakelijk regt zoowel als persoonlijke verbindtenis. Bij verbindtenissen op andere wijze ten behoeve van derden aangegaan, volgde veelal een mandatum in rem suam, of waar dit achterwege bleef, dwong de praetor tot cessie, of gaf een utilis actio. Handelt zóó de vennoot voor de maatschap, dan verwerft hij te gelijk dat hij voor zich een aandeel verkrijgt, voor ieder der vennoten hun aandeelen. Maar hoe ook de vennoot zijn aandeel verkreeg, behoudens zijn personele verantwoordelijkheid jegens de overigen, beschikt hij vrijelijk daarover, en draagt dat aandeel aan derden over met dezelfde gevolgen als bij bloote gemeenschap, l. 68, *pr. D. pro Soc.*, 17, 2; l. 16, *D. de R. C.*, 12, 1. Zelfs een beding, dat men geen scheiding zal vragen, belet den verkoop niet, l. 16, *D. pro Soc.*, 17, 2; l. 14, § 2, *D. fam. ere.*, 10 2. Dat de koper die scheiding mogt willen vragen, zich uit dit beding van zijn verkooper een exceptio moest laten welgevallen, behoort tot de vele afwijkingen van de harde en onbuigzame beginselen van het jus civile, waardoor de praetor aan de eischen der billijkheid en van 't maatschappelijk verkeer te gemoet kwam.

Bij maatschap zoowel als bloote gemeenschap, is dus ieder deelgenoot in de uitoefening en beschikking over

zijn aandeel tegenover derden geheel onbeperkt. De opheffing ook der gemeenschap of maatschap, is steeds in handen der deelgenooten, zoo niet van ieder hunner, dan toch van allen.

Maar van vele gemeenschappen vordert 't belang van 't algemeen, of van hen die in de toekomst leden der gemeenschap zullen zijn, of wel hoogere inzigten, dringend de instandhouding, beperking dus van de regten der deelgenooten. In het zakelijk regt die beperking in te weven, die in het regt zelf te zoeken, dit kon het Romeinsche regt, bij de onbuigzaamheid zijner beginselen, niet. De theorie zocht die beperking in het subject, waaraan regten en verpligtingen worden toegeschreven. Niet zij worden als zoodanig gedacht, die thans leden der gemeenschap zijn, niet zij die het zullen worden, niet alle te zamen, niet zij ten wier bate en behoefte zekere goederen dadelijk of in de toekomst bestemd zijn. Tusschen hen en het regt, waarvan een subject gezocht wordt, wordt als 't ware een denkbeeldig wezen ingeschoven, de vereeniging van hen waarvoor, of wel het doel waartoe de goederen moeten strekken, waartoe regten en verpligtingen tot een geheel werden gevormd. Dit geldt dan als het subject van die regten en verpligtingen. Die regten zijn dan van zelf aan de beschikking der deelgenooten onttrokken. Hun aanspraak op de uitoefening dier regten, of het genot van voordeelen lost zich op in een vordering tegen het denkbeeldig wezen, en wijzigt zich naar de bijzondere inrigtingen.

Dit is het begrip der universitas, der juristische persoon. Zoo had de theorie zich rekenschap trachten te geven van 't eigenaardig bestaan, van de werkingen en gevolgen dezer gemeenschappen. Afgetrokken en gedwongen, gelijk die voorstelling is, kan haar zeker geen hooge ouderdom worden toegeschreven, Vóór haar ontstaan moet hier langen tijd de practijk door meer natuurlijke, al is het

minder zamenhangende en minder consequente begrippen, in de dringende behoefte van het maatschappelijk leven hebben voorzien. En vele overblijfselen daarvan schijnt ook de latere theorie niet geheel te hebben kunnen verdringen, verg. b. v. IHERING, *Geist des R. R.*, I, p. 185 sqq.

Groot is zeker de kloof tusschen de universitas en de societas of communio. Hier onbeperkt eigendom van ieder der deelgenooten, daar ontneming aan hen van alle eigendom. Maar overgangen van het een tot het andere, deze dulden de steile en harde beginselen van het Romeinsche regt niet.

II.

Germaansch regt in 't algemeen.

Van de Romeinsche begrippen omtrent gemeenschap wijken die van 't Germaansche regt zeer af. Wat echter die Germaansche begrippen zijn, groot is hierover het verschil van meening. De twijfel betreft minder hetgeen in het werkelijk leven dat ons omringt, gedaan en gelaten wordt en moet worden, wat in de bezondere gevallen op zich zelve genomen regtens is. Dikwijls werd dit dan ook reeds sinds eeuwen zoo algemeen aangenomen en erkend. En omtrent hetgeen regtens is twijfelt zeker de practijk minder nog dan de theorie, dan geleerden en schrijvers. Maar niets dan twijfel, niets dan verschil verneemt men, wanneer het tot de vraag komt, welke beschouwingen en grondbeginselen zich in hetgeen regtens is openbaren, welke regsregelen en regtsbegrippen daaruit moeten worden afgeleid. De onzekerheid dus betreft hoofdzakelijk het eigenaardig beginsel, dat zich in algemeen erkende verschijnselen van ons regtsleven openbaart, de eigenaardige regsregelen die daarbij

werken. Om bij een vroeger gebezigd beeld te blijven, punten van den cirkelomtrek staan vast, maar omtrent de vereeniging daarvan tot cirkelbogen, omtrent de aanwijzing van het middenpunt waaruit, en den straal waarmede de cirkelomtrek beschreven moet worden, bestaat verschil van gevoelen, onzekerheid, onbekendheid. Niet vreemd kan hem dit schijnen, die gelooft dat ook in het regt, even als in de taal regelen voorkomen, hun die ze volgen onbewust, dien het niet dwaas en zonderling klinkt, wat IHERING, *Geist. des R. R.* I. p. 16, zegt, dat zelfs bij de Romeinen ten tijde der classieke juristen vele regsregelen golden, die hun onbekend bleven, en die het ons eerst gelukte te ontdekken. En deze het volk en den tijd waar zij golden, onbewuste regsregelen, zij worden gedragen door beschouwingen en overtuigingen die, hoe stellig en bepaald ook de uitkomsten waren, waarheen geslacht op geslacht door haar werd geleid, eerst in veel latere eeuw juist werden waargenomen en uitgesproken.

Van die zoo onbewuste regsregelen en beschouwingen kan uit den aard der zaak geen regtstreeksch en onmiddellijk bewijs worden geleverd, en mag dit dus ook niet worden verwacht of gevergd. Die regsregelen zullen moeten worden aangenomen, die beschouwingen ten grondslag van het geheele leerstuk gelegd, waaruit gereedelijk alle resultaten, waarover men het eens is, kunnen worden afgeleid, tot welke die alle kunnen worden zamengetrokken, en waaruit als eenvoudige gevolgtrekkingen ook die stellingen voortvloeijen, die velen zoo vreemd schenen, dat zij ze fictien noemden.

Zeker de weg, dien ik aanwijs, is gevaarlijk, afdwaling zeer mogelijk. En ligt dat ook ik dat gevaar niet ben ontkomen. Maar diep gevestigd is bij mij de overtuiging, dat langs dien weg alleen de waarheid kan worden bereikt.

De grondbeschouwing van het Germ. regt is, meen ik, deze. De onderlinge verhouding der geregtigden wordt geen zakelijk regt. Die onderlinge verhouding, het geheim veelal van den huisselijken of familiekring, waarvan innigheid en heiligheid in het Germaansche regtsleven zoo hoog geacht werden, is een bloot persoonlijke betrekking tusschen de geregtigden. Het zakelijk regt, al is het aan die betrekking ondergeschikt, neemt de bepaling dier verhouding niet in zich op. Met haar, hoe zij in den begiune was bepaald of werd vastgesteld, door latere gebeurtenissen gewijzigd of bij nadere overeenkomsten geregeld, hebben derden, heeft de gemeente niets te maken, bemoeit zich het volksgeregt niet. Tegenover vreemden zijn allen gelijkelijk geregtigd, hebben allen gelijk regt van weer, zitten alle «gelike in de were». Worden bestanddeelen van het eigendomsregt daarvan afgescheiden en tot zelfstandige zakelijke regten verheven, tot togt, b. v. cijns of pand, ook dan hebben meerderen slechts alle te zamen het volle eigendom, ook dan zitten meerderen met elkander «in de were.» Maar oefent ieder hunner even zelfstandig het regt van weer uit, dat is de bevoegdheid om in en buiten regten de zaak tegen iederen aanval te verdedigen, haar van ieder op te vorderen, of wel zekere betrekkingen op die zaak te handhaven, het is steeds slechts binnen de grenzen bij de investituur, bij de opname in het regt van weer bepaald, in de rigtingen daarbij voor ieder aangewezen. Bij de gemeenschap daarentegen stelt de investituur die grenzen niet, wijst die rigtingen niet aan. Wat ook onze onderlinge verhouding zij, hoe verschillend ook ons belang bij de zaak, tegenover derden hebben wij gelijk regt op haar, zijn wij evenzeer en in vollen en gelijken omvang tot de uitoefening geregtigd en geroepen van het regt van weer. Iedere daad van uitoefening en beschikking, die gij pleegt is dus in beginsel

regtmatig en geldig, want het is in vollen omvang uw eigen regt dat gij uitoefendet, waarover gij beschiktet. Noch gij, noch de derde met wien gij handeltet kunnen daarvan de kracht betwisten. Alleen ons die met u gelijk zakelijk regt verkregen, die gelijkelijc in het regt van weer werden opgenomen, bindt die handeling niet. Alsof zij niet bestond kunnen wij dus ons regt uitoefenen, en daardoor haar in werking treden beletten, of haar verdere werking stuiten. Dit zullen wij in den regel doen, zoo die handeling ons schaadt, zoo zij ons baat zullen wij haar haar loop laten. Hebben wij beide het zakelijk regt in vollen en gelijken omvang, dan kan de vernietiging voor het vervolg, het vervallen van uw regt, ten gevolge hetzij van een toevallige gebeurtenis, hetzij van een overeenkomst, slechts een hinderpaal wegnemen, waarop vroeger mijn regten bij uitoefening of beschikking konden stuiten, maar mij geen nieuw regt geven. Die vernietiging alleen voor het vervolg verkort de regts-geldigheid niet van de handeling, waardoor gij vroeger over uw regt beschiktet. Maar het vervallen van haar onderwerp geldt ook tegen hem, met wien gij handeltet, maakt de beschikking als zoodanig voor het vervolg geheel ijdel, ontnemt haar voor altoos alle kracht. Maar daarentegen zullen thans, bij het vervallen van den hinderpaal, die dit te voren belette, alle mijne vroegere beschikkingen in volle werking treden.

Maar nevens dat zakelijk regt, dat ieder in vollen en gelijken omvang bezit, bestaat steeds een persoonlijke betrekking tusschen de gerechtigden. Krachtens haar zijn wij soms verplicht daden van uitoefening en beschikking door een onzer te eerbiedigen, en ons zelven daarvan te onthouden. Maar steeds is het alleen krachtens die betrekking, krachtens de daaruit voortvloeiende persoonlijke vorderingen en verpligtingen, dat wij aan ieder onzer zijn deel in de baten en voordeelen der zaak moeten

35.41.42

toekennen en laten volgen, dat de verhouding van dat deel tot het geheel bepaald wordt.

Die onderlinge verhouding is niet onveranderlijk. De aanvankelijke regeling moge tot punt van uitgang dienen, later opkomende vorderingen of verplichtingen, wijzigen haar telkens van rechtswege, tot dat door de scheiding die persoonlijke betrekking verbroken, aan het gelijktijdig bestaan van de regten van meerderen op dezelfde zaak een einde gemaakt wordt, en zoo de gemeenschap opgeheven.

En aan die persoonlijke betrekking is het zakelijk regt dat nevens haar bestaat ondergeschikt. Slechts hem die met mij in die persoonlijke betrekking staat, ben ik verplicht als deelgenoot te erkennen. Zal dit de regtverkrijgende zijn van een der oorspronkelijke deelgenooten, dan moet die persoonlijke betrekking voor overdragt vatbaar zijn geweest, en werkelijk in haar geheel, op den voet als zij destijds tusschen ons bestond, zijn overgedragen.

Innig is het onderling verband der eigenaardigheden van de gemeenschap der Germaansche begrippen die ik aanroerde, ééne de strekking die ze allen beheerscht. Dit is de ondergeschiktheid van het regt van den enkeling aan dat van het geheel waarvan hij lid is. Die ondergeschiktheid brengt de veranderlijkheid mede van ieders aanspraken op het geheel, op de baten en voordeelen der zaak. En die veranderlijkheid dwingt de bepaling van ieders aandeel, geen deel te doen worden van het zakelijk regt. Daardoor wordt het medeigendom uitgesloten in Romeinschen zin, de splitsing in zoovele eigendomsregten alser deelgenooten zijn, regten die met elkander niets gemeen hebben dan het onderwerp, waarop zij uitgeoefend worden, zich als 't ware toevallig ontmoeten. Maar die ondergeschiktheid alleen in aanmerking genomen, zou er toe leiden allen deelgenooten te zamen slechts

het zakelijk regt toe te schrijven, allen te zamen slechts de uitoefening en beschikking daarover toe te kennen. Zoo niet in theorie althans in werkelijkheid zou dit tot de Romeinsche universitas voeren. Maar daartegen verzet zich het regt van den enkeling, zijn bezondere vrijheid—den Germaan even heilig als het regt van het geheel. Daarom kent het Germaansch regt ieder in vollen en gelijken omvang het zakelijk regt toe, laat ieder vrije uitoefening en beschikking, mits slechts ondergeschikt aan de regten der overigen. Zeker door deze vereeniging van de belangen van den enkeling met die van het geheel, verliest het Germaansch regt aan eenvoudigheid. Maar die eenvoudigheid is een aanbeveling, die ik gaarne opgeef. Slechts waar aan één beginsel alles wordt opgeofferd is zij bereikbaar. Daarom is bij den rijkdom van het leven, evenmin als de waarheid zelve, de ware vrijheid eenvoudig. Slechts despotie of anarchie, opoffering van alles aan de belangen *of* van den enkeling *of* van het geheel kunnen het zijn.

Kent het Romeinsche regt door steeds uitsluitend of het een of het ander beginsel vast te houden, slechts twee vormen voor de gemeenschap, de *communio* en de *universitas*, aan het Germaansche regt geeft de verschillende wijze, waarop beide begiuselen vereenigd worden, een rijke verscheidenheid van vele en velerlei vormen, die als in de natuur in onafgebroken aaneenschakeling van den laagsten tot den hoogsten trap van ontwikkeling opklimmen. Is bij bloote gemeenschap de vereeniging dier beide beginselen onvolkomen, de vorm log en wanstaltig, die vereeniging wordt bij hogere soorten van gemeenschap steeds inniger en volkomener, de vorm steeds schooner, hooger ontwikkeld, fijner bewerktuigd, tot dat eindelijk in Kerk en Staat het toppunt wordt bereikt, een waar kunstwerk daargesteld, maar daarmede tevens het gebied verlaten van het burgerlijk regt.

Die ondergeschiktheid van het zakelijk regt aan persoonlijke betrekkingen, is overigens in het nieuwere regt niet vreemd. De grens tusschen zakelijk en persoonlijk regt is in het algemeen minder scherp geteekend, en terugwerking is veelvuldig van het een op het ander. De inkorting ter handhaving van het wettelijk erfdeel, nietigverklaring, vernietiging, ontbinding van regtshandelingen, afstand van verjaring, de ongelukkige uitslag van een eenmaal aangevangen proces, van dit alles ligt de grond in persoonlijke betrekkingen. En toch werkt het regtstreeks terug, oefent onmiddellijken invloed uit op het zakelijk regt. Die persoonlijke betrekking, alles wat haar wijzigt en verandert, alles wat op grond daarvan gedaan wordt, moet hij wien het zakelijk regt werd overgedragen, eerbiedigen en tegen zich laten gelden, ook dan wanneer die verandering, die handelingen van later dagteekening zijn dan de vestiging van zijn regt.

Ondergeschikt aan zijn persoonlijke betrekkingen tot de overige, heeft ieder gerechtigde het regt van weer, het zakelijk regt in vollen en gelijken omvang. In zoover huldig ik het oude totum in toto et totum in qualibet parte. In zoover belijde ik het dominium plurium in solidum, het *Gesamteigenthum*, dat velen steeds zoo dwaas en ongerijmd scheen, dat HASSE een logischen *Widerspruch* noemde, dat MAURENBRECHER logisch *unsinnig* heette. DUNCKER schreef daartegen zijn geleerd werkje: *das Gesamteigenthum*, Marburg 1843. Ik voor mij zie dat ongerijmde, zelfs naar Romeinsch regt, niet in. Gaarne erken ik, dat de Romeinen het eigendom, dat aan meerderen wordt toegekend, splitsen in intellectuele deelen, of liever in op zich zelf staande eigendomsregten, die in den grond niets meer met elkander gemeen hebben dan de zaak waarop zij uitgeoefend zullen worden, en dat met die voorstelling het dominium plurium in solidum onvereinigbaar is. Maar ik ontken dat die

splitsing, al staat zij in verband met hun opvatting van het eigendom, in hun begrip hiervan opgesloten ligt, daaruit noodwendig voortvloeit. Bij erfdiensbaarheden, bij correi, bij ondeelbare verbindtenissen, scheen het hun zelve redelijk en verstandig regten te erkennen, die in vollen en gelijken omvang voor of tegen meederen gelden. En zal dit nu onzin zijn, nu dezelfde bevoegdheden en verpligtingen, die in die regten vervat zijn of kunnen zijn, tot het regt van eigendom vereenigd worden? Waarom men echter op Germaanschen bodem tegen het *dominium plurium in solidum* zoo hevig vooringenomen is, is mij, zelfs na herhaalde lezing van DUNCKER's werkje, niet regt duidelijk geworden. Is het Romeinsch begrip van eigendom vast, onveranderlijk, eenvormig, het regt van weer wijzigt zijn inhoud, vorm en kracht steeds naar aard en bestemming der zaak die zijn onderwerp uitmaakt, naar hoogere eischen en be-
langen.

Ik verdedig verder het *dominium plurium in solidum* bij iedere gemeenschap, niet als PHILLIPS, BESELER, BLUNTSCHLI, alleen bij als 't ware bevoorregte soorten. Maar van den anderen kant neem ik het begrip van gemeenschap enger dan zij. Slechts waar de regten van meederen op dezelfde zaak in inhoud en kracht, naar aard en tijd gelijk zijn, waar dus de bepaling hunner verhouding onderling slechts persoonlijk kan zijn, daar alleen bestaat gemeenschap. Waar het regt verschilt in inhoud als tusschen eigenaar en erfpachter, in kracht als tusschen eigenaar en bezitter, in duurzaamheid van aard, als tusschen den eigenaar en hem aan wien de zaak, bij vervulling van zekere voorwaarden, moet overgaan, in tijd van uitoefening als tusschen eigenaar en verwachter; daar is de grens tusschen beider regten bepaald en onveranderlijk, wordt deel van het zakelijk regt, daar heeft ieder zijn eigen afzonderlijk zelfstandig zakelijk regt.

2. echte jay 19
indien

Ik ontken dus het bestaan van gemeenschap, en daarmede het regt in vollen en gelijken omvang van ieder der geregtigden, bij het familie-fideicommiss, bij stichtingen, bij hetgeen de Engelschen corporations sole noemen, bij de zoogenaamde erfverbroedering. Nog sterker ontken ik het Gesammt-eigenthum, dat PHILLIPS en anderen met hem, naar het oudste Germaansche regt, aan de geheele familie toeschrijven op hetgeen alle haar leden bezitten. Maar daarentegen neem ik het Gesammt-eigenthum, dat regt van ieder in vollen en gelijken omvang aan ook bij den laagsten en eenvoudigsten vorm der gemeenschap, ook waar die zonder medewerking der geregtigden ontstaat, waar de erfflater b. v. dezelfde zaak aan meerderen maakt. De betrekking tusschen hen, die gemeenschap, dat is gelijkheid hunner regten op dezelfde zaak, met elkander in aanraking brengt, wordt nimmer, kan nimmer tot zakelijk regt worden verheven, is steeds slechts persoonlijk. De bepaling van ieders aandeel doet slechts persoonlijke vorderingen en verpligtingen ontstaan, om van de baten en voordeelen der zaak een bepaald bedrag te erlangen of aan den deelgenoot over te laten.

Bij het groot verschil tusschen de Rom. en Germ. begrippen omtrent gemeenschap, moest, bij het indringen van 't Romeinsch regt, de strijd hevig zijn.

In Frankrijk en bij ons handhaafde zich het nationale regt. Bij zakelijke regten onvermengd en ongekreukt. Bij schulden, persoonlijke vorderingen en verpligtingen, drongen Romeinsche bestanddeelen door, hoewel, geloof ik, in minder mate dan men zich gewoonlijk voorstelt.

Meer veld wonnen de Romeinsche begrippen in Duitschland. Slechts onder bescherming van de regten van bijzondere standen, van den adelstand b. v. bij beleeningen gemeenerhand, van den boerenstand bij marken, van den handelstand bij vennootschappen,

*De naam
Gesamt-eigenthum*

*De naam
Gesamt-eigenthum
17. 9.*

konden zich hier de Germaansche beschouwingen, al is het niet ongekrenkt, staande houden en handhaven. Maar desniettemin bleven ook in het gewone regt daarvan vele gevolgen gelden, al bezweek het beginsel waaruit zij voortvloeijen, de grond waarop zij steunden.

Opmerkelijk is het, dat het Engelsche regt, aan zijn Germ. oorsprong overigens zoo getrouw, hier het Rom. Regt nadert. De reden is niet ver te zoeken. Het is de gestrengheid, waarmede onder den invloed vooral van het leenregt, de grens tusschen persoonlijk en zakelijk regt doorgevoerd en vastgehouden werd. Wat in de akte van vestiging of overdragt niet is vermeld, werkt niet tegen derden, does not run with the land. De bepaling der onderlinge verhouding moet dus noodwendig in het zakelijk regt worden opgenomen. Dit kan niet afhankelijk gesteld worden van of ondergeschikt aan de wisselende betrekkingen tusschen deelgenooten, aan de daaruit voortvloeiende persoonlijke vorderingen en verplichtingen. Daarenboven werd bij sommige soorten van gemeenschap de betrekking tusschen de deelgenooten eerst door statuten van lateren tijd, als bron erkend van persoonlijke vorderingen en verplichtingen.

Wel bestaat van een soort van gemeenschap de joint-tenancy, het kenmerk in het niet aanwijzen van bepaalde aandeelen bij de akte, waardoor het regt gevestigd werd, in het roepen dus van ieder tot het geheel, van niemand tot een bepaald deel. Daarom zeide BRAXTON: *quilibet totum tenet et nihil tenet, scilicet totum in communi et nihil separatim per se*. Maar daar geen wijziging in de onderlinge betrekking terugwerkt op het zakelijk regt, en daar alle gelijkelijk zijn geroepen, is de waarde van ieders regt, van ieders aandeel noodwendig bepaald, en blijft dit onveranderlijk zoolang het regt op denzelfden grondslag blijft rusten. Van daar dan ook dat ieder der joint

tenants zijn regt als een bepaald aandeel in het geheel kan vervreemden. Bij de beide andere soorten van gemeenschap bij parceners, mede-erfgenamen, en tenants in common, deelgenooten uit iederen anderen hoofde, wijst de grond zelf van hun regt steeds het bepaalde aandeel aan. Maar bij de drie soorten van gemeenschap allen neemt men aan eenheid van bezit, unity of possession. En zoo blijkt wederom het Germaansch karakter van het Engelsch regt.

Ik ga thans over tot nadere ontwikkeling en betoog, van hetgeen ik slechts in 't algemeen aanwees en stelde. Vooreerst bepaal ik mij tot den laagsten en meest eenvoudigen vorm der gemeenschap. Ik begin met haar aard en werking, terwijl zij bestaat, na te gaan bij de verschillende soorten van regten, tegenover vreemden zoowel als tusschen de deelgenooten, vooral ook bij executie, om vervolgens dien aard en werking der gemeenschap zich bij haar ontbinding te zien openbaren. Later hoop ik dan den overgang te schetsen die trapsgewijs van dezen laagsten vorm tot meer en eindelijk tot de meest ontwikkelde en fijnst bewerktuigde vormen van gemeenschap leidt. Ik hoop, zeg ik, want ligt wordt mij tijd en gelegenheid niet geschonken. Ligt ook, meent de redactie van dit tijdschrift mij daarvoor de ruimte niet te mogen gunnen.

III.

Zakelijk regt.

Heeft ieder der medegeregtigden het zakelijk regt in vollen en gelijken omvang, dan kan hij dit uitoefenen, daarover beschikken als ware hij alleen eigenaar. Geen derde mag zijn bevoegdheid daartoe betwisten, zich daartegen verzetten. De overige geregtigden echter kunnen steeds even zeer hun gelijk regt uitoefenen, en daardoor van hetgeen hun schaadt de werking beletten of stuiten.

Alleen waar geen werking meer te beletten of te stuiten valt, waar de uitoefening het regt zelf vernietigt, daarvan de delging medebrengt, moet de ééne deelgenoot dit gevolg van de handelingen van den anderen eerbiedigen.

De werking van alle overeenkomsten die een der deelgenooten met een derde over de gemeene zaak aangaat, van alle regtshandelingen, die iets meer dan bloote uitoefening van ieders regt zijn, hangt dus af van het goeddenken der andere deelgenooten, die aan wat hun schaadt zijn werking zullen ontnemen, en alleen aan hetgeen hun baat zijn loop zullen laten. Zij die vrijwillig dergelijke overeenkomsten hebben gesloten, zich in een dergelijke handeling hebben ingelaten, de deelgenoot evenmin als de derde met wien hij handelde, kunnen zich aan de gevolgen onttrekken eener daad, die in beginsel geheel regtsgeldig, voor hen volkomen verbindend is. Maar is die handeling in haar gevolgen zoo onzeker en wisselvallig, is schade en verwarring het noodwendig gevolg, zoo de eens tot stand gekomen overeenkomst later haar werking verliest, dan kan tot het sluiten dier handeling regtens geen dwang gebezigd worden, evenmin als tot het aangaan eener overeenkomst met een minderjarige b. v. Bij alles wat meer is dan bloote uitoefening, kan ieder, de deelgenoot zoowel als de derde, voor zoo verre niet reeds bestaande persoonlijke verplichting de bevoegdheid daartoe ontnemt, vorderen dat alle deelgenooten medewerken.

Die gelijke bevoegdheid, die in het algemeen alle deelgenooten bezitten, kan in bijzondere gevallen gewijzigd zijn. Door bijzondere bedingen of omstandigheden kan de uitoefening van hun regt aan sommige deelgenooten verboden zijn, kunnen zij verplicht en gedwongen wezen, de daden van beschikking van een hunner te eerbiedigen. Maar ook dit zijn slechts onderlinge, persoonlijke verplichtingen der deelgenooten, waardoor zij alleen jegens elkander,

in geen geval derden verbonden worden. De handelingen van den deelgenoot, die in strijd daarmede zijn regt uitoefende, die op grond daarvan over de gemeene zaak beschikte, zijn daarom noch meer, noch minder in beginsel regtsgeldig, evenzeer voor de handelende partijen verbindende. Maar krachtens de ondergeschiktheid van het zakelijk regt aan die persoonlijke verplichtingen zijn de overige deelgenooten gehouden de beschikkingen over de gemeene zaak te eerbiedigen, die een hunner op grond dier bijzondere bepalingen trof, zijn de overige deelgenooten geregtigd, waar een hunner in strijd daarmede zijn regt uitoefende, dit als niet geschiedt te beschouwen. Kunnen zoo, al is het slechts middellijk, de bijzondere onderlinge verplichtingen der deelgenooten omtrent de uitoefening van en de beschikking over de allen gemeene regten, ook tegen derden terugwerken, ook hun bevoegdheid, de medewerking van alle deelgenooten te vorderen, wordt dientengevolge gewijzigd. Zij vervalt waar diegene der deelgenooten optreedt, dien uitsluitend daartoe het regt werd toegekend. Zij ontstaat, waar uitoefening door een der deelgenooten den anderen zouden kunnen schaden, en dus de bevoegdheid daartoe hem zou kunnen zijn ontnomen.

A. In de eerste plaats is dus tegenover derden, ieder deelgenoot in den regel tot de uitoefening in vollen omvang van het zakelijk regt bevoegd. Door uitoefening van het zakelijk regt versta ik het doen gelden van die bevoegdheden, die in het zakelijk regt opgesloten, alleen op de zaak zelve verhaald worden, maar op haar ook, in welke handen zij zich dan bevinden moge. Voor derden staan tegenover die bevoegdheden der geregtigden geen andere verplichtingen, dan hen in die uitoefening niet te krenken, niets te doen waardoor die uitoefening belemmerd of belet wordt. En in zoover geldt van ieder zakelijk regt, wat in *l. 15, § 1, D. de serv. 8. 1.*,

omtrent erfdiensbaarheden wordt gezegd: *servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur aut non faciat*. Wat men nu omtrent de uitoefening van dergelijke bevoegdheden bij erfdiensbaarheden algemeen erkent, geldt, meen ik, bij de uitoefening van ieder zakelijk regt. Door hier overal ondeelbare verplichtingen aan te nemen, komt de gewone theorie nageenog tot dezelfde uitkomsten. Ik acht dit minder juist, omdat daardoor het innig verband met het wezen der gemeenschap, met ieders regt op het geheel, niet in het licht wordt gesteld. Daarenboven betwijfel ik of de leer der deelbaarheid en ondeelbaarheid, hoe zij ook bij persoonlijke regten de Germaansche begrippen verdrong, bij zakelijke regten wel eenigen ingang gevonden heeft. Ik aarzel dan ook de gevolgen der ondeelbaarheid van persoonlijke vorderingen, die art. 1339e B. W. noemt op zakelijke regten over te brengen.

Ieder deelgenoot kan dus zonder medewerking der overigen de zaak, die het onderwerp is van hun gemeenschappelijk regt, in haar geheel verdedigen «weren» tegen iederen aanval van vreemden, hetzij die aanval bloot dreigt, werkelijk geschiedt, aanvankelijk gelukt. Alleen dus kan hij iedere aanmatiging van derden bestrijden, iederen vreemden indringer van het geheele erf verdrijven, de gestolene zaak in haar geheel terug vorderen.

En dit in en buiten regten.

Want waar hier de tusschenkomst van den regter wordt ingeroepen, erkent hij slechts bestaand regt, magtigt slechts tot aanwending van geweld om het door hem erkende regt te doen gelden. En dat bestaande door hem erkende regt, is hier het regt van weer in vollen omvang van ieder der deelgenooten, zijn bevoegdheid om alleen alle krenking en aanranding daarvan door derden te doen ophouden. Doch dit alles slechts waar het zakelijk

regt niet betwist wordt. Wat, zoo dit geschiedt, regtens is, hierop kom ik later terug.

Die bevoegdheid om het zakelijk regt in vollen en gelijken omvang uit te oefenen, bezit ieder der deelgenooten slechts tegenover derden. Tegenover de andere deelgenooten is hij daartoe nimmer in vollen, slechts in zoover in gelijken omvang bevoegd, als de aard en bestemming der zaak een dadelijk gebruik door de enkele deelgenooten veroorlooft. Zoo bepaalt dit art. 1676, n°. 2, B. W., omtrent de goederen eener maatschap in wier beheer niet werd voorzien. Zoo geeft art. 709 B. W., aan ieder eigenaar van gemeen water het regt daarin te visschen, te varen, zijn vee te drenken, water te scheppen. Zoo ook bij gemeene voetpaden, wegen en muren, al heeft bij deze laatste ieder het gebruik slechts van de zijde die naar zijn erf is toegekeerd. Maar meestal zal de aard en bestemming der zaak of onderlinge schikking alle dadelijk gebruik door een der deelgenooten alleen uitsluiten. Maar hoe dat gebruik ook geregeld zij, dit is even als de onderlinge verhouding der deelgenooten, de bepaling van het bedrag van de baten en voordeelen der zaak die ieder hunner kan vorderen, een zuiver huishoudelijke zaak der deelgenooten, die derden niet aangaat. Slechts zoo bepaaldelijk ten behoeve der andere deelgenooten aan een hunner de verpligting wordt opgelegd, zich van alle uitoefening van zijn regt te onthouden, kan dit ook tegen die derden terugwerken. De bevoegdheid van den enkelen deelgenoot om het zakelijk regt tegenover derden uit te oefenen, is dus onafhankelijk van de bevoegdheid daartoe, die hij tegenover de andere deelgenooten bezit.

Die bevoegdheid tot uitoefening in vollen en gelijken omvang van het zakelijk regt, heeft ieder geregligde niet alleen bij het eigendom, maar ook bij de zelfstandig gewordenen, tot zakelijk regt verhevene bestanddeelen

van het eigendomsregt. Ook bij vruchtgebruik, gebruik, erfpacht en opstal kan ieder der geregtigden, die bevoegdheden, die op de zaak zelve verhaald worden, voor het geheel uitoefenen. Zoo ook bij tiendregt, waar dit juist de werking is van de deeling van het regt van weer, van het den tiendheffer toegekend, van het den eigenaar voorbehouden regt, dat bij afscheiding der vrucht van de zaak, voor een evenredig deel, het regt daarop van dezen terugtrede, om voor dat van genen alleen plaats te maken, verg. *Bijdragen* 1851, p. 292 sq., en dus voor dat deel de vrucht onmiddellijk de eigendom worde van den tiendheffer. En nu is, meen ik, tegenover den eigenaar, ieder der tiendheffers tot wegvoering der vruchten die hun eigendom werden, voor het geheel geregtigd en bevoegd. 9-2-2.

Bij de zakelijke regten, die ik noemde, is het regt dat wordt afgestaan, dat op de zaak zelve wordt verhaald, welks uitoefening de eigenaar moet dulden en gedoogen, een regt van genot en gebruik van de zaak zelve of haar vruchten. Maar evenzeer kunnen regten worden afgestaan, die bloot op de verkoopwaarde kleven, waar de eigenaar alleen den verkoop en de uitkeering der opbrengst tot het bedrag, dat het door hem afgestane regt medebrengt, moet gehengen en gedoogen. Door vroegere betaling van dat bedrag kan de verkoop worden gestuit. Maar die betaling is voor den eigenaar als zoodanig een bloote bevoegdheid, geen verplichting hoegenaamd, een bevoegdheid die evenzeer ieder vreemde bezit. Zoo moet men zich, meen ik, het pandregt denken, en, in het tegenwoordig regt, wat ook haar oorsprong, wat ook haar vroegere beteekenis zij, de grondrente, een punt in Duitschland zoozeer betwist, waarover men bijna in ieder hand- of leerboek uiteenlopende voorstellingen vindt, waarover DUNCKER (*die Lehre von den Reallasten*, Marburg 1837) en RENAUD

(*Beitrag zur Theorie der Reallasten*, Stuttgart 1846) hun voortreffelijke monographiën schreven. Mijn beschouwing brengt de verhaalbaarheid mede, ook van de achterstallen, alleen op het bezwaarde goed, in handen ook van latere eigenaars, en tevens op ieder gedeelte daarvan, artt. 786, 1206, 1209 Burg. Wetb. Maar dan moet ook ieder geregtigde het zakelijk regt in vollen en gelijken omvang kunnen uitoefenen. Wordt dit bij pandregt gewijzigd, kan hier ieder slechts voor zijn deel in de gemeene schuld het pand uitwinnen, het is de aard der zaak, de ondergeschiktheid van het regt aan een persoonlijke vordering, die dit werkt. Even zoo is het ook de ondergeschiktheid van de erfliensbaarheid aan de behoeften van het heerschend en de gesteldheid van het dienend erf, die de uitoefening door of tegen eigenaren van gedeelten dier erven wijzigt, artt. 737, 741 Burg. Wetb. Maar binnen de grenzen dier wijziging oefent ieder het regt in vollen omvang uit. Voor mijn aandeel in de gemeene schuld kan ik het geheele pand verkoopen. En zoo kan ik, door de uitoefening van ons regt, dit ten nadeele van mijn deelgenooten te niet doen gaan. En hier ook geldt dan, wat ik vroeger opmerkte omtrent de werking tegen de medegeregtigden, van de vernietiging, van de delging van het gemeene regt door de uitoefening zelve door een hunner.

B. Bij veranderingen wijziging in hetzakelijk regt, blijkt meer nog dan bij bloote uitoefening en handhaving de volle en gelijke omvang, waarin tegen over derden ieder der deelgenooten het regt bezit.

Over de gemeene zaak beschikt ieder der deelgenooten in vollen omvang even zelfstandig en even vrij als of zij hem alleen toebehoorde. De gemeene zaak kan hij, even als of zij uitsluitend zijn eigendom ware, verkoopen, verpanden, art. 1212, legateren, art. 950 B.W. En dit schoon verkoop, verpanding, legaat van eens anders

goed nietig is, artt. 1507, 1214, 1013. Die handelingen zijn geheel regtsgeeldig en geheel verbindend voor beide partijen, die ze sloten voor den deelgenoot zoowel als voor den derde, die zich vrijwillig met hem inliet. Alleen de overige deelgenooten voor zoo ver geen bijzondere verplichtingen hen dit verbieden, hen dwingen die beschikking te eerbiedigen, kunnen desniettemin hun regten als vroeger blijven uitoefenen, die beschikking als niet geschied beschouwen, en haar zoo van alle werking berooven. Wat na het eindigen der gemeenschap regtens zal zijn, hangt af van de omstandigheid of het regt vervalt van hem die zich verbond, dan wel dat van de overige deelgenooten. In het eerste geval vervalt het afgestane regt ook in handen van den derde. In het tweede worden de hinderpalen weggenomen, die zich tot nog toe tegen de werking van dien afstand verzetteden.

Evenzoo werken persoonlijke omstandigheden die verandering of wijziging in het zakelijk regt te weeg brengen, schoon zij slechts aan een der deelgenooten eigen zijn, desniettemin op het regt in vollen omvang. Wel kunnen, zoolang de gemeenschap duurt, de overige deelgenooten de werking dier omstandigheid, voor zooverre zij hen zou benadeelen, beletten of stuiten. Wel zullen die omstandigheden, zoo de zaak bij scheiding aan anderen wordt toegewezen, alle gewigt en beteekenis verliezen. Maar tegen hem, aan wiens persoon zij eigen zijn, gelden zij ten volle, en zullen, zoo hem de zaak wordt toegescheiden, volle kracht en werking erlangen. Zoo zal de vereeniging b. v. van erfpacht en eigendom in de hand van een der deelgenooten de andere niet benadeelen, maar zoo de erfpacht hem die eigenaar werd, bij scheiding wordt toegewezen, zal de vroeger voorgevallene vernietiging van het erfpachtrecht door vermenging volle werking erlangen. Zoo zullen, waar een derde de verjaring verkregen heeft, hierdoor alleen de meerderjarige deelgenooten nimmer

de minderjarigen, ten wier behoefte de verjaring geschorst is, benadeeld worden. Kwade trouw zal alleen hem schaden, die bij verkrijging der zaak de overtuiging koesterde, dat zij aan een derde behoorde, nimmer hun die deze bewustheid niet bezaten. En dit zelfs al was het de deelgenoot ter kwader trouw, die de zaak in gemeenschap bragt. Bij de overdragt toch, die hij aan zijn deelgenooten deed, behield hij zich gelijk regt voor als hij aan ieder hunner afstond. En dat regt, als zakelijk regt nog hetzelfde in omvang en inhoud, slechts aan de persoonlijke betrekkingen tot zijn deelgenooten ondergeschikt geworden, bleef hij steeds op grond van denzelfden titel als vroeger bezitten. Ook gebreken in den titel zullen de verjaring beletten alleen voor hem, die daarop zijn regten grondt, niet voor de anderen.

Maar hij die op deze wijze een regt alleen tegen een der deelgenooten kan doen gelden, en wiens regt dus de overigen in zijn werking kunnen beletten en stuiten heeft steeds, gelijk wij later zien zullen, de bevoegdheid het eindigen der gemeenschap, de scheiding te vorderen.

Kunnen de overige deelgenooten zoo de werkingen beletten en verijdelen van de veranderingen en wijzigingen in de bestaande regtsbetrekkingen, die in de handelingen of persoonlijke omstandigheden van een hunner haar grond hebben, het is alleen een regt, een bevoegdheid die zij bezitten. Vinden zij goed hiervan geen gebruik te maken, die veranderingen of wijzigingen treden of blijven in werking, het regt zich daartegen te verzetten vervalt hij de scheiding. En bij het doen dier keuze, kunnen de deelgenooten zich evenzeer door andere inzigten laten leiden, en niet uitsluitend daarop letten, of de zaak hun ten voordeel of nadeel strekt, hun baat of schaadt.

Van dit regt der deelgenooten om zich al of niet te verzetten tegen deze veranderingen en wijzigingen welke in de handelingen of persoonlijke omstandigheden van een

hunner haar grond hebben, moet wel onderscheiden worden hun bevoegdheid om zich zelve daarop te beroepen, daaruit regten voor zich af te leiden. Dit laatste kan alleen dan geschieden, wanneer de deelgenoot niet alleen in eigen naam, maar ook ten name der gemeenschap handelde. Wel is het niet noodig, dat met zoovele woorden verklaard worde, dat men ten name, als vertegenwoordiger van alle deelgenooten, verstaat te handelen. In het algemeen toch is het, om ten name van anderen te handelen, voldoende, zoo slechts blijkt, dat de partijen alle, die bij de handeling optraden, ook aan anderen, al zijn zij niet met name genoemd, of zelfs bij name onbekend, de regten en bevoegdheden, die uit de handeling voortvloeijen, hebben gemeend toe te kennen en te verzekeren. En dit moet, zoolang de handeling zelve niet duidelijk het tegendeel aantoon, aangenomen worden, overal waar en voor zooverre de regten en verplichtingen, ter zake waarvan gehandeld wordt, tevens en evenzeer die zijn van anderen, of naar zin en wil van beide partijen moeten worden, waar dus eigene belangen, zonder ook voor die van anderen te zorgen en te waken, niet kunnen behartigd worden. En geen onderscheid maakt het hierbij, of de wijze, waarop ook anderen tot het zelfde regt zijn geroepen, aan dezelfde verplichting onderworpen, al dan niet een verschil met zich brengt in inhoud of kracht, naar aard of tijd. Want steeds bestaat er in deze gevallen eenzelvigheid van regt of verplichting, en schoon in meerdere of mindere mate, verknochtheid van belangen. En dit kan ook voor den derde met wien gehandeld werd, zoo de omstandigheden geen andere oplossing aan de hand geven, slechts dezen zin hebben, dat men ook voor die anderen verstond te handelen.

En laat nu het nieuwere regt met de meeste ruimte het verkrijgen toe ook van zakelijke regten, voor derden zelfs onbepaalde en onbekende personen, zelfs buiten

1354 p. 11

hun weten, verg. *Bijdragen* 1851, p. 431 sq., zoo kunnen ook de overige deelgenooten zich beroepen op de handelingen van een hunner, niet alleen wanneer die uitdrukkelijk ten name van alle deelgenooten, ten name der gemeenschap, verg. art. 1682 B. W. B., zijn gesloten, maar ook wanneer die bloot ter zake der gemeenschap, ter zake van gemeene regten en verplichtingen werden aangegaan. Zoo echter geen bijzondere verplichtingen hen daartoe verbinden, hangt dit van het goedvinden der deelgenooten af. Aanvaarden zij het voor hen verkregen regt, het ontstaat niet eerst door die aanvaarding, maar bestaat van het oogenblik af, dat het bedongen werd, verg. art. 596 B. W. B. Weigeren zij te aanvaarden, hun regt bestond nimmer. Even als de deelgenooten zich de handelingen van een hunner al dan niet zullen laten welgevalven, zullen zij ook de voor hen bedongen regten in den regel al dan niet aanvaarden, naarmate hun belang dit medebrengt, naarmate zij daardoor gebaat of geschaad worden.

Wat art. 749 B. W. B. leert dat erfdiensbaarheden door een der deelgenooten buiten weten der anderen verkregen kunnen worden, geldt dus van alle andere regten. Slechts is hier het handelen ten name der deelgenooten, ten name der gemeenschap, en de aanvaarding door de anderen van het ook voor hen bedongen regt boven den twijfel verheven, die anders soms kan bestaan.

Ook van veranderingen en wijzigingen in de bestaande regtsbetrekking, die het gevolg zijn van eenzijdige handelingen van een der deelgenooten, geldt hetzelfde. Zoo de deelgenoot daarbij ten name der gemeenschap handelden, kunnen ook de overigen zich daarop beroepen. De uitoefening van het allen gemeene regt door een hunner zal voor allen tot grondslag kunnen verstrekken der verjaring, gelijk zij die ten behoeve van allen zal kunnen stuiten. Dit laatste wordt omtrent erfdiensbaar-

heden uitdrukkelijk gezegd in art. 757 B. W. B.

Maar waar de deelgenoot niet als deelgenoot, niet ten name der gemeenschap handelde, maar alleen en uitsluitend voor zich en in eigen belang, kunnen de overigen zich daarop niet beroepen, de daardoor verkregen regten niet aanvaarden, door die handeling niet worden gebaat. De dading uitsluitend over het regt van een der deelgenooten, zal den anderen niet ten voordeel strekken. De aanmaning waarbij uitsluitend aan het regt alleen van een der deelgenooten herinnerd werd, zal de verjaring niet ten behoeve der overigen stuiten. Evenmin kunnen de overige deelgenooten voor zich doen gelden de wijzigingen en veranderingen in de bestaande regtsbetrekkingen, die alleen het gevolg zijn van de persoonlijke eigenschappen of omstandigheden van een hunner. Zoo zullen de andere medeëigenaars niet gebaat worden, door dat in de hand van een hunner eigendom en vruchtgebruik vereenigd wordt. Zoo zullen de goede trouw van een der deelgenooten, de geldigheid van zijn titel, de verjaring niet mogelijk maken ten behoeve van hem, die ter kwader trouw handelde, of wiens titel nietig was in den vorm, noch deze zich op de door genen verkregen verjaring kunnen beroepen. Teregt werd dan ook bij ons art. 710 C. N., dat bij minderjarigheid van een der eigenaren van het heerschend erf, de verjaring der erfdienstbaarheid ten bate van allen doet schorsen, bij ons niet overgenomen, verg. v. SAVIGNY, *Oblig.* I, p. 194 sq.

Wordt een bestaande regtstoestand bij vonnis erkend, worden handelingen, voorvallen of omstandigheden, waardoor die toestand geboren, veranderd of gewijzigd werd, bij vonnis als plaats gegrepen hebbende aangenomen, dan moeten deze, schoon zij misschien werkelijk niet, of althans niet juist zoo plaats grepen, tegenover hen, met wie het vonnis gewezen werd, toch steeds als

inderdaad zoo voorgevallen beschouwd worden. En dit niet alleen tegenover hen, met wie het vonnis gewezen geweest werd, maar ook tegenover alle, op wie en voor zooverre op hen andere regtshandelingen van partijen terugwerken. Gelijk nu andere regtshandelingen van een van hen, die eenzelve regten bezitten en uitoefenen, of aan eenzelve verplichtingen onderworpen zijn, en ter zake daarvan voltrokken, de overigen niet schaden, doch wel baten, zoo ook vonnissen. Ieder deelgenoot kan zich, op de met zijn deelgenoot gewezen vonnissen beroepen, maar deze kunnen hem niet worden tegengeworpen, verg. MARCADÉ op art. 1351 C. N. no. 13. En dit, schoon, gelijk wij zagen, ieder der deelgenooten alleen die erkenning bij vonnis kan vragen. Dit is een gevolg van het tweeslachtig karakter van het vonnis. Regtens mag de erkenning, die het inhoudt, nimmer anders beschouwd worden dan als bloote uitoefening en handhaving van bestaand regt. Feiteljk kan het bestaande regt daardoor veranderd en gewijzigd worden, kan het vonnis een beschikking daarover in zich bevatten, en als zoodanig werken. En bij alles, wat meer is dan bloote uitoefening en handhaving van het regt, kan, gelijk wij zagen, waar geen persoonlijke verbindtenis het tegendeel medebrenge, de medewerking van alle deelgenooten gevorderd worden. De feiteljke mogelijkheid, dat het vonnis in den bestaanden regtstoestand verandering brengen zal, dat het een beschikking in zich zal bevatten, kan niet beweerd worden dan door hem die het regt, waarvan de erkenning verlangd wordt, tegenspreekt en betwist. Maar geschiedt dit, dan kan van hem niet gevergd worden een proces ten einde te brengen met de ongelijke kans, dat het verliezen daarvan voor hem onherstelbaar, het winnen misschien vruchteloos zal zijn. Hij kan dus weigeren het proces voort te zetten, ten zij alle deelgenooten medewerken. Hen

op te roepen om zich in het aangevangen proces te voegen, staat aan den deelgenoot die als eischer optrad. Daar het regt, dat deze aan 's Regters oordeel onderwierp in vollen en gelijken omvang dat van alle deelgenooten is, ondergaat door hun voeging het onderwerp des gedings geen uitbreiding. Hun voeging is dus, gelijk de Duitschers het noemen, principale interventie. Nevens den eischer stellen zij zich dus partij tegen den gedaagde, en voor of tegen de deelgenooten alle zal de veroordeeling, die het vonnis inhoudt, uitgesproken worden. Dit zoo een der deelgenooten eischer is. Maar evenzeer kan een derde een proces tegen een der deelgenooten alleen, wettig aanvangen en beginnen. Maar hij kan zich niet meer beklagen over de ongelijkheid van de kans, waaraan hij zich zelf vrijwillig onderwierp. Slechts dus aan hem, die er belang in stelt, het zij dit de derde of de deelgenoot is, staat het de overige deelgenooten tot voeging op te roepen, een voeging die ook hier steeds de zoo even aangewezen gevolgen zal hebben. Nimmer kan dus niet-ontvankelijkheid het gevolg zijn van het instellen van een eisch, door of tegen een der deelgenooten alleen. Toch werd dit dikwijls beweerd en in de practijk soms aangenomen. Vreemd genoeg, daar zeker het minst van allen het Rom. regt daartoe grond en aanleiding kon geven. Slechts minder juiste en heldere voorstellingen van het Germaansche begrip van gemeenschap konden daartoe leiden. Geloof ik, dat mijn gevoelens alleen op het ware begrip daarvan steunt, zekerder nog staat het bij mij vast, dat de procedure daardoor wordt vereenvoudigd en bespoedigd, vele ijdele uitvlugten en kunstgrepen afgesneden. De beginselen die ik verdedig, stralen ook door in art. 1565 B. W. en 1225 C. N., waarop ik later terug kom. Wat ik ten aanzien van deelgenooten beweerd, wordt ten aanzien van eigenaars en vruchtgebruikers meer algemeen aangenomen,

verg. MARCADÉ op art. 614 C. N. Toch wordt in beide gevallen hetzelfde zakelijk regt door een der daartoe gerechtigden alleen, als onderwerp des gedings aan 's Regters oordeel onderworpen, al is het dat hier, niet ginds, in het zakelijk regt zelf de grens ligt, binnen welke door hen het regt kan en moet worden uitgeoefend. Ook de relatieve nietigheid van de handelingen der vrouw, zonder bijstand van den man wordt voor 't voeren van processen, algemeen beschouwd op soortgelijke wijze te werken, als ik dit van de relatieve onwerkzaamheid van de handelingen van een der deelgenooten zonder medewerking der overigen beweet, verg. CARRÉ Q. 2911, 2912, 2913, en aldaar GRAUVEAU, en dezen ook Q. 2902, n^o. 2.

Overigens grijpen deze vraagpunten diep in het leerstuk in van het *litis consortium*, een leerstuk dat ook na het werk van PLANCK, *die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht*, Göttingen 1844, en de verschillende opstellen van v. LINDE, *Zeitschrift für Civilrecht und Proceß*, zoo dringend een nieuwe bearbeiding vordert. In geen een deele kon ik dus hier die punten volledig behandelen, al schein aanduiding althans, van de wijze, waarop mijn opvatting van het wezen der gemeenschap op het procesregt terugwerkt, niet achterwege te mogen blijven.

Alleen nog dit.

Onverschillig is het, of de beweringen van den derde, die met een der deelgenooten proces voert, het regt slechts van dezen of ook van de overigen aanranden of uitsluiten. Ook waar het eerste het geval is, kunnen de gedingvoerende partijen bij de voeging der overigen belang hebben. Alleen zullen deze in dit geval minder of in het geheel geen tegenspraak doen. Door de ruimere vormen van ons procesregt, is het dus ook hier, dat de verschillende beweringen van partijen zich volledig

kunnen ontwikkelen, van zelve de houding van partijen in het proces bepalen, en dat al hun belangen in aanmerking genomen en beslist kunnen worden. Bij zijn engere vormen moest het Romeinsche regt zich hier in allerhande fijne en scherpzinnige, soms spitsvindige onderscheidingen verdiepen, zonder nog het doel, waarnaar men streefde, te bereiken. Zelfs de *sententia utilior* van PEGASUS, waarvoor ULPIANUS, in l. 1, § 3, *D. si pars. haer.*, 5, 4, zijn meening, wier voordragt als alleen stelselmatig, bij met een «caeterum ratio facit» begint, schijnt op te offeren, is onvoldoende. Wordt toch naar het verlangen van PEGASUS, het proces gevoerd tusschen hen, wier beweringen elkander uitsluiten, dan blijft de vaak zoo ingewikkelde terugwerking onbehandeld, die de beslissing van dit geschil op de regten en belangen der overige deelgenooten moet uitoefenen.

Overbodig zal het wel zijn hier bij te voegen, dat, naar mijn meening, waar tusschen hen, die elkander over en weer als deelgenooten erkennen, over hun onderlinge verhouding verschil bestaat, het geding alleen van zuiver persoonlijk aard kan zijn.

Iedere beschikking, door een der deelgenooten over gemeenschappelijke zakelijke regten, is dan zoo ondergeschikt aan zijn persoonlijke betrekking tot de overigen, en die ondergeschiktheid is de oorzaak, waardoor de werking dier beschikking kan worden gestuit of verijdeld. Zoo gij dus met uw zakelijk regt ook uw persoonlijke regten en verplichtingen overdraagt, vervalt met haar oorzaak ook de onzekerheid en wisselvalligheid dier beschikking. En bij den laagsten, eenvoudigsten vorm van gemeenschap, waarover ik thans alleen spreek, kan die persoonlijke betrekking op dezelfde wijze en met dezelfde gevolgen, als ieder ander geheel van regten, worden overgedragen. Slechts bij hooger vormen van gemeenschap, bij maatschap, b. v. art. 1678 B. W., is dit

verboden. Maar dan moet ook die persoonlijke betrekking in haar geheel, gelijk zij ten tijde dier overdracht bestond, worden overgedragen. Uw regtverkrijgende treedt dan geheel in uw plaats. Hij zal voortaan onze deelgenoot zijn, met hem zullen wij scheiden en deelen. Zoo kan een aandeel in de gemeene erfenis, zoo ook een aandeel in het stuk land, dat alleen het onderwerp onzer gemeenschap uitmaakt, zonder onzekerheid, met dadelijk gevolg verkocht worden.

Een vast bepaalde, onveranderlijke hoegrootheid van de aandeeleu der deelgenooten in de gemeenschap of gemeene goederen, kent dus ons regt bij eenvoudige gemeenschap niet. Later zullen wij zien, dat alleen bij sommige hoog ontwikkelde, fijn bewerkte soorten, een bepaalde hoegrootheid van ieders aandeel in de geheele gemeenschap wordt erkend. Bij andere gemeenschappen doet de aanraking, waarin de deelgenooten tot elkander komen, steeds slechts persoonlijke vorderingen en verplichtingen ontstaan, die van regtswege de onderlinge verhouding en zoo het aandeel van ieder in het geheel wijzigen. Van een vast bepaald aandeel in de bezondere voorwerpen, die de gemeenschap nitmaken, kan reeds daarom geen sprake zijn, omdat de scheiding het regt daarop van een der deelgenooten evenzeer kan doen vervallen, als uitsluitend doen worden.

Misverstand is het dus, gebrek aan juiste voorstelling van de beteekenis, werking en gevolgen der handeling, wanneer in het dagelijksch leven, soms zelfs in overeenkomsten of andere regtshandelingen, van bepaalde aandeeleu, van een bepaalde hoegrootheid daarvan gesproken wordt. Daardoor kan natuurlijk het objectieve regt niet veranderd worden, noch de regten verkort der overige deelgenooten. Aan de persoonlijke betrekking tot hen blijft de handeling ondergeschikt, in haar voortdurende kracht van de uitkomst der scheiding afhan-

kelijk. Maar wanneer door de scheiding het regt van den deelgenoot op een stuk land, waarin hij zijn aandeel met bepaling der hoegrootheid, een vierde b. v., verkocht, met vernietiging van de regten der overige deelgenooten, uitsluitend gehandhaafd wordt, wat is dan regtens? Niets zal zeker veelal meer tegen den wil van partijen, tegen den zin der tusschen hen voltrokken handeling inloopen, dan het regt, 't welk slechts voor een deel werd afgestaan, over het geheel uit te breiden, *MARGADÉ*, IV, n°. 142. Er blijft dus niets anders over dan de handeling in dezen zin op te vatten, dat de deelgenoot niet verder 'meende zijn regt te verkoopen, dan tot een bepaald bedrag, tot een vierde deel van de waarde der zaak. Wordt den deelgenoot het geheele land of een gedeelte van meerder waarde toegescheiden, dan ontstaat tusschen hem en den kooper een nieuwe gemeenschap, waarin de onderlinge verhouding aanvankelijk aangewezen wordt door de evenredigheid, waarin het bij den verkoop bepaalde deel der waarde van het geheel staat, tot de waarde van hetgeen den deelgenoot werd toegescheiden.

In ieder geval zal de aanwijzing van bepaalde aandelen dit bewerken, dat de kooper niet in plaats van den verkoper als deelgenoot optreedt, dat de scheiding en deeling met dezen niet met genen wordt voltrokken. Wat omtrent verkoop gezegd word, geldt van iedere beschikking over een bepaald aandeel in een stuk goed, 't welk gemeen is. Soms zal de aard dier beschikking, bij verpanding b. v., de daardoor ontstaande verwikkeling nog vermeerderen.

Het Germaansch regt, dat zoo lang vervreemding van onroerende goederen belette of bemoeijelijke, moest der overdracht door een der deelgenooten van zijn regt op de gemeene zaak ongunstiger nog zijn. Gelijk in andere gevallen, waar vervreemding vergund werd, ver-

ving ook hier in sommige regten een regt van naasting het vroeger verbod. Het regt van naasting op grond van gemeenschap gaat veelal voor naasting uit iederen anderen hoofde, zoo in de costumen van Mechelen 16.44, van Antwerpen 60.7, zoo nog in het Pruissisch en Badensch landregt, verg. PHILLIPS I, p. 530, II, 571 sqq. Voor het geval de gemeene zaak een erfenis is, werd het regt van naasting op grond van gemeenschap, door den Cod. Nap., hoe anders der naasting ongunstig, in art. 882 gehandhaafd. Bij ons werd het ook hier even als bij litigieuse zaken afgeschaft. En zoo werden bij ons de laatste sporen uitgewischt van een regt, dat vroeger een zoo groote rol speelde en elders nog speelt.

Maar dit regt van naasting door deelgenooten, even als het verbod van vervreemding zelve, moge in de Germaansche begrippen omtrent gemeenschap steun gevonden hebben, niet daarin lag zijn grond en wortel. Ver van ieder beschikking over zijn regt aan den deelgenoot te ontzeggen, of aan het goedvinden der overigen te onderwerpen, brengt het Germaansche begrip van gemeenschap slechts de wraking mede van de benadeeling der andere deelgenooten door de beschikkingen over zijn regt van een hunner. Niet deze kan tegen de geldigheid zijner handelingen opkomen, alleen de overigen kunnen haar werking beletten, stuiten of verijdelen. En dit nu spreekt reeds de «Saksenspiegel» uit: Leenr. 8.1, maar vooral 32.3.

Die wile sie en gut to samene hebbet, die to samene belent sin, ir nen ne mach ane den anderen nenen deil dar af lien noch laten, dat he't den anderen mede verne, wende des die man nenen deil untvangen ne hevet, des ne mach he nenen deil lien noch laten. Svat aver he dar af liet oder let, dat ne mach he selve nicht breken, it ne breke der en die 't gut mit eme gemene hevet.

De verwante plaats in den «Zwabenspiegel,» 217 luidt aldus:

Die wile sie eyn gut zu samene haben, die zu samene belent sin ir nichen ne mach an den anderen nichen teil da abe lien noch lazen. Swaz aber her da abe liet oder lezit, des ne mach her selbe nicht brechen, iz ne breche der eyne der iz mit yme zu samene hat.

Het gezag dezer plaatsen, bestreden door DUNCKER, *Gesammteigenthum*, p. 89, wordt mijns inziens op afdoende gronden behandhaafd door HOMER, *Sachsen-spiegel*, II. 2. p. 461 sqq. Willekeurig mag het inderdaad heeten, omdat in een enkel handschrift van den Saksenspiegel de woorden missen: «wende des die man «nenen deil untrangen ne hevet, des ne mach he nenen «deil lien noch laten,» die woorden voor onecht te verklaren. Maar al laat men die woorden weg, ik kan niet zien, dat de plaats van den Saksenspiegel veel van haar kracht verliest. De toekenning aan de deelgenooten van het regt beschikkingen van een hunner, die hun belangen verkorten, te «breken», de ontzegging daarvan aan dezen zelf, blijft daarin even duidelijk uitgedrukt. Even willekeurig en tegelijk weinig afdoende, acht ik het ook, wanneer DUNCKER onder het *deel* waarvan deze plaatsen spreken, alleen een reël deel der zaak, een gedeelte wil verstaan, daaronder geen aandeel, geen intellectueel deel begrepen wil hebben.

De oude Fransche practijk nam algemeen aan, dat pandregt verviel, zoo bij de scheiding de zaak niet toegedeeld werd aan den deelgenoot die het vestigde. Wel verzetteden zich Romaniserende Juristen tegen deze leer. Onder hen was het vooral de groote DUMOULIN, die haar met zijn gewone heftigheid en warmte bestreed. In zijn *tract. de feud.* I. 9. 44 sqq., weet hij in zijn verontwaardiging over zoo groote ketterij bijna geen woorden te vinden, sterk genoeg om zijn minachting van hen, die

haar aankleefden uit te drukken. Te vergeefs. De gerechts-
hoven bleven aan het nationale regt getrouw. De voor-
zitter van het Parlement van Parijs verwees eens een
advocaat, die durfde pleiten, dat het Romeinsche regt,
in deze bepaaldelijk de l. 7, § 4, D. quib. mod. pign.
20, 6, ook in Frankrijk gold, in een geldboete van 25
anrei, verg. HUBER, *Eunom. Rom.* op de aangehaalde
plaats. Zoo verdedigd moest wel de Germaansche be-
schouwing haar geldigheid en kracht behouden of her-
winnen. Later vindt men ten deze zelfs geen sporen meer
van verschil, en werd dat vervallen van het pandregt
algemeen aangenomen. Maar zocht men de redenen hier-
van niet in aard en wezen der gemeenschap, weinig
overeenstemmig kon er heerschen in de wijze, waarop
deze stelling werd voorgedragen en verdedigd. Vreemd
en zonderling, soms, ik aarsel niet het te zeggen, dwaas
en ongerijmd waren de gronden, waaruit zij werd afge-
leid. Maar met de verklaringen die er aan gegeven wor-
den, staat en valt het verschijnsel zelf niet. En in het
regt getuigt de geringe waarde dier verklaringen slechts
van te grooter kracht der beginselen, die zich aan tijd-
en landgenooten onbewust in die verschijnselen openbaren.

Ook in België bleef men in dit opzigt aan de Ger-
maansche begrippen getrouw, CHRISTINAEUS ad leg. mun.
Mechl. 16, 44, 9 add.

Evenzeer in ons land. Dit getuigen met aanhaling van
Hollandsche en Friesche arresten, GROENEWEGEN, de
leg. abr., n°. 21 ad. tit. D. quid. mod. pign. 20, 6, en
VAN LEEUWEN, R. H. R. 4, 13, 5 en Cens. for. 4, 7, 21.
Merkwaardig is ook de wijze, waarop zij deze afwijking
van het Rom. regt verklaren. Tot verkorting van de
processen, zegt de een, *diminuendarum litium et in-
utilis circuitus vitandi gratia*, zegt de andere. Beide
beroepen zich op l. 21, D. de R. C. 12, 1 en l. 53, D.
de cond. ind. 12, 6. Bij hun hulde aan het nationale

regt meenen zij nog steeds op den bodem te staan van het Romeinsche. Om zoo tegen de aanvallen der Romanisten verdedigd, niet te bezwijken moet de levenskracht groot geweest zijn der Germaamsche regtsbeschouwing.

Geheel eigenaardig is hier het Engelsche regt. Ik merkte reeds op, dat het bij zijn drie soorten van gemeenschap de terugwerking van persoonlijke betrekkingen op het zakelijk regt niet erkent, en daardoor inderdaad bij zijn drie soorten van gemeenschap alle aan de geregligden bepaalde aandeelen toeschrijft. Doch slechts van het regt op de zaak geldt dit, niet van het bezit. De unity of possession wordt bij alle soorten van gemeenschap aangenomen, en dit met alle zijne gewigtige gevolgen voor de practijk, COKE ON LITTLETON, sect. 250, BLACKSTONE, mihi, p. 180 sqq., p. 324. Al kent dus het Engelsch regt geen dominium plurium in solidum, de vreugde die dit den Romanisten kan geven, wordt vergald door zijn aanname der possessio plurium in solidum. De Duitsche schrijvers, die hier van het Engelsch regt gewagen, zien echter dit onderscheid gewoonlijk voorbij. Zoo merkt DUNCKER, Gesamteigenthum, p. 93, terecht op, dat in het Engelsch regt bij medeigendom het aandeel van ieder steeds bepaald is. Maar onjuist wordt het, wanneer hij er bij voegt, dat dat regt zich hier zorgvuldig voor de aanname van eenig solidair regt gewacht zou hebben. Van den anderen kant is het even onwaar, wanneer BLUNTSCHLI, Priv. R. I, noot op p. 260, in de jointtenants medeigenaren ziet in Germaanschen zin.

Krachtens die unity of possession geldt de daad van uitoefening van het regt door een der deelgenooten gepleegd, ook voor de anderen. Zelfs de entry, het eigenmagtig, mits zonder verbreking van 's Konings vrede, in bezit treden, van een der tenants in common werkt ten behoeve van alle.

Anders echter is de werking der gemeenschap bij geregtelijke handelingen. Over de belangen die krachtens deze unity of possession, en bij jointtenants en parceners, doorden eenzelvigen grondslag hunner regten aan allen gemeen zijn, mag geen proces gevoerd worden dan onder medewerking van alle deelgenooten. Zij moeten daatoo steeds alle te gelijk in het geding optreden of groepen worden. Hier werkt dus de gemeenschap slechts noodzakelijkheid om te zamen te handelen, geeft geen regt aan den een om dit voor de anderen te doen. Eerst onder WILLIAM III, werd daartoe bij het overlijden van een der deelgenooten, *na* den aanvang van het geding, en *voor* dat het in staat van wijzen is, het regt toegekend, maar tevens de verpligting opgelegd, STEPHENS, Comm. III, p. 655. Doch dit laatste geldt alleen van parceners en tenants in common. Door den dood toch van een der jointtenants, gelijk wij later zien zullen, vervalt zijn regt aan de overigen.

Is in Engeland het zakelijk regt aan de persoonlijke betrekkingen der deelgenooten onderling niet ondergeschikt, dan vervalt ook met haar grond de bevoegdheid van de overige deelgenooten om de werking te beletten, te stuiten of te verijdelen van de beschikkingen over zijn regt van een hunner. Vrije en onbelemmerde vervreemding wordt dus den deelgenooten veroorloofd, zelfs den jointtenants, wier aandeel, schoon niet uitgedrukt, steeds bepaald is. In Engeland echter was en is nog steeds, al zijn zijn vormen voor een groot deel verlaten, het leenregt de grondslag van alle regt op onroerende goederen. Daar nu volgens het statuut *quia emptores* 18, Edward I c. 1, bij verkoop van leengoed dit steeds van denzelfden heer als vóór den koop te leen moest gehouden worden, en de beleening als de eigenlijke titel gold, BLACKSTONE, II, p. 72, 289, moest de koper van een der jointtenants zijn regt op een ander titel gronden

dan deze. Dit nu scheen onvereinigbaar met het wezen der jointtenancy. Daarom wordt die kooper bloot tenant in common, wordt zijn aandeel van de jointtenancy afgescheiden, BLACKSTONE, II, p. 185. Dit alles echter slechts, waar een nieuwe beleening, nu de livery of seisin, gevorderd wordt. Door afstand of overdragt van regten waar deze niet voorgeschreven is, door lease of uitgifte in copyhold, mogen de overige jointtenants niet benadeeld worden. Eerst wanneer de jointtenancy ontbonden wordt, of hij die die regten afstond, als survivor het geheel alleen en uitsluitend erlangt, kunnen zij in werking treden. BLACKSTONE, II, p. 183.

IV.

Persoonlijke vorderingen en verpligtingen.

Zoo noem ik vorderingen en verpligtingen, die, al is haar verhaal op zekere zaken verzekerd bij voorrang b. v., of tot zekere zaken beperkt, als bij naamlooze vennootschappen, niet meer verhaald kunnen worden op de goederen, die opgehouden hebben tot het vermogen van een bepaald persoon, van den schuldenaar te behooren.

Hier vooral gevoel ik, dat zal dit opstel niet veel te uitvoerig worden, dringend bekorting vereischt wordt. Veel zal ik bloot moeten aanduiden, wat ik gaarne erken dat ruimschoots meerder uiteenzetting verdiende. Veel ook moet ik geheel voorbijgaan, wat tot volledige behandeling van het onderwerp zou behooren. Zoo is het begrip van eenheid van schuld de grondslag, waarop het begrip van gemeene schuld rust; zoo werkt wederkeerigheid van verbindtenis krachtig op de gemeene schuld terug, wijzigt vele harer gevolgen. En op beide punten, ten aanzien der eenheid zoowel als der weder-

keerigheid van verbindtenis, wijken het Germaansche en Romeinsche, het oudere en het nieuwere regt, verre van elkander af. En wat ik geloof dat dien ten gevolge bij ons thans regtens is, zou, vrees ik, zonder breeder ontwikkeling en betoog dan ik mij hier mag veroorloven, ligt niets dan uit de lucht gegrepen ketterij schijnen.

Van gemeene schulden moeten wel onderscheiden worden schulden, die bloot hetzelfde onderwerp hebben.

Bij de eerste is het slechts ééne schuld, die door of jegens meerdere personen te zamen werd aangegaan of overgenomen. Steeds bestaat er tusschen hen een onderlinge betrekking, die op de schuld zelve in meerdere of mindere mate terugwerkt, en tusschen de deelgenooten onderling steeds regt van verhaal medebrengt. Dit is de *obligation*, de *dette conjointe*, gelijk MARCADÉ IV, n^o. 592, haar noemt. Tot haar behooren zoowel de tusschen medeschuldeischers of medeschuldenaren gesplitste vorderingen, als de hoofdelijke verbindtenis (de *solidarité parfaite* van MARCADÉ) en de ondeelbare schuld in artt. 1314 en 1332 B. W. en volgg. behandeld. Die onderlinge betrekking tusschen de deelgenooten en de wijziging die door de terugwerking daarvan de schuld zelve ondervindt, kan niet dan door den wil van alle partijen, van de schuldenaren zoowel als van de schuldeischers, ontstaan. Gemeene schuld kan dus niet anders dan door handelingen daargesteld worden, waarbij de wil van partijen de uit de handeling voortspruitende regten en verplichtingen kan wijzigen, slechts door regtshandelingen dus, niet door onregtmatige daden. Onnoodig is het overigens, dat allen die tot de gemeene schuld toetreden, hun wil gelijktijdig, door een en dezelfde akte of handeling verklaren. Dit kan integendeel op verschillende tijdstippen geschieden. Maar dan zal de wil een gemeene schuld aan te gaan, de inwilliging ook van de wederpartij bepaald moeten zijn verklaard en uitgedrukt,

terwijl die, wanneer de schuld door allen bij één handeling wordt aangegaan, veelal uit de omstandigheden voldoende zal blijken, MARCADÉ IV, n^o. 601 sqq. Maar alleen waar de schuld als gemeene schuld zal ontstaan, waar buiten den wil van partijen niets is, dat de vordeeringen, die meerderen verkrijgen, de verpligtingen die meerderen op zich nemen, tot ééne allen gemeene schuld maakt, is die medewerking van alle partijen noodig. Zij wordt daarentegen niet vereischt, waar een reeds bestaande schuld door overgang aan meerderen tusschen deze gemeen wordt. Dan bestaat er een onderwerp dat gemeen kan worden, vóór en afgescheiden van de gebeurtenis, waardoor het gemeen wordt. En dat onderwerp is het, 't welk door gemeen te worden, de deelgenooten met elkander in aanraking brengt, en persoonlijke betrekkingen tusschen hen onderling doet geboren worden. De andere partij moet de door den overgang der schuld aan meerdere personen ontstane gemeenschap erkennen en eerbiedigen, gelijk en voor zooverre hij zich overgang der schuld aan anderen, welke bezwaren deze voor hem moge medebrengen, moet laten welgevalen.

De gemeene schuld, hoe groot ook het aantal zij der tegenover elkander staande schuldeischers en schuldenaren, is en blijft dus steeds één. Schulden daarentegen waarvan bloot het onderwerp hetzelfde is, staan alle ieder op zich zelve. Er zijn zoovele afzonderlijke en zelfstandige schulden, als er verschillende personen jegens elkander verbonden zijn. Overigens elkander vreemd, ontmoeten die schulden zich als 't ware slechts in hun onderwerp. Wel heeft steeds die eenzelveheid van onderwerp haar gewigtige gevolgen. Voldoening van een dier schulden delgt ook de anderen, daar haar onderwerp vervalt, te niet gaat. Maar verder hebben alle die schulden haar afzonderlijk zelfstandig bestaan, en raakt wat omtrent de ééne voorvalt de andere niet. Onderlinge betrekking bestaat er op

zich zelve niet tusschen hen, jegens of door wie dergelijke schulden werden aangegaan. Slechts bijzondere omstandigheden kunnen haar doen geboren worden, en daardoor regt van verhaal geven aan hem, die de betaling deed, of tegen hem die ze ontving, maar tevens dat regt van verhaal op velerlei wijze beperken of uitbreiden. Verwondt gij iemand op mijn last, of onder omstandigheden die mij voor uw daden burgerlijk verantwoordelijk doen zijn, dan zijn wij beide zeker evenzeer tot schadevergoeding verplicht. Onze verplichtingen daartoe zijn geheel zelfstandig, geheel onafhankelijk van elkander. Betaal ik die schadevergoeding in haar geheel, dan vervalt ook uw verplichting daartoe, omdat de schade die gij verplicht waart te vergoeden, ophoudt te bestaan. Mijn verhaal op u zal van de omstandigheden afhangen. Was ik alleen voor uw daden verantwoordelijk, dan zal dat verhaal regelmatig kunnen zijn. Gaf ik u bepaalden last, dan zal daartoe niet ligtelijk voldoende grond bestaan. Waar zoo het onderwerp van meerdere schulden eenzelvig is, neemt MARCADÉ IV, n^o. 594, een *solidarité imparfaite* aan. RODIÈRE, *de la solidarité et de l'indivisibilité*, Paris, 1852, stelt n^o. 168 *sqq.*, de schulden die bloot eenzelvig zijn van onderwerp, onder den naam van *obligations in solidum*, tegenover de hoofdelijke schulden, de *obligations solidaires*, en wijst uitvoerig de verschillende werkingen, gevolgen, en wijzen van ontstaan van beide aan.

Eenzelvigheid van onderwerp is de correaliteit van het Rom. regt, zoo als de latere uitleggers haar veelal noemen. De gevallen waarin ook naar ons regt bloote eenzelvigheid van onderwerp bestaat, brengt het Rom. regt tot de onechte correaliteit. De gevallen daarentegen, waarin dat regt echte correaliteit aanneemt, behooren bij ons tot de gemeene schuld. Het Rom. regt, gelijk wij vroeger zagen, kent de gemeene schuld niet, maar lost

haar steeds op in zoovele zelfstandige schulden, als er personen jegens elkander verbonden zijn, hetzij dan dat de zoo ontstaande schulden elk een evenredig deel der zaak tot haar onderwerp hebben, of wel alle haar in vol- len en gelijken omvang, en zoo eenzelvig worden van onderwerp.

Bezonder helder en krachtig vertoont zich het begrip van gemeene schuld, van meene lovedhe, van lovedhe gemeenerhand, in den Saksenspiegel, Landr., III, 85, en in de daarmede verwante Stadregten van Stade van den jare 1279, stuk VII, art. 6, en van Verden, stat. 81, beide bij PUFENDORF, Obs. jur. univ. I, waar vele punten meer nog dan in den Saksenspiegel zijn ontwikkeld. Als bij ieder ander gemeen regt bestaat er tusschen de medeschuldeischers of medeschuldenaren steeds een onderlinge betrekking, die over en weer regt geeft van verhaal. Aan die onderlinge betrekking is ieder daad die meer dan bloote uitoefening is, in haar werking ondergeschikt, zoo dat wel de handelende partijen, niet de overige deelgenooten daardoor verbonden zijn. Tot de bloote uitoefening is ieder der medeschuldeischers in vol- len en gelijken omvang bevoegd. De medeschuldenaren daarentegen zijn wel allen verbonden, maar allen slechts te zamen. Allen moeten wel zorgen, dat de gemeene schuld betaald worde, allen zijn wel gehouden de deelgenooten daartoe aan te manen en te nopen, maar niemand hunner is verpligt de gemeene schuld alleen te betalen. Tast dus de schuldeischer de bijzondere goederen van een der schuldenaren aan, dan behoeft deze de uitwinning zijner goederen niet verder te gedoogen, dan tot het bedrag, 't welk zijn aandeel zou uitmaken, zoo de schuld tusschen alle thans nog levende (voor zooverre de schuld niet op de erfgenamen overgaat) en niet onvermogene schuldenaren werd verdeeld. Men ziet, dit heeft eenige, al is het slechts uiterlijke, overeenkomst met het-

geen tusschen meerdere borgen door de epistola Divi Hadriani ingevoerd werd, en thans nog bij ons regtens is. Zoo kon zich alleen daar, waar zij in het vreemde regt een steun vond, een vaderlandsche inrigting handhaven, waaraan reeds een glosse van den Saksenspiegel den lof geeft, van het midden te houden tusschen de beide uitersten van het Rom. R., en die zich daardoor van den kant der billijkheid en bruikbaarheid in 't maatschappelijk verkeer, zoo zeer schijnt aan te bevelen. Zelfs Romeinsche juristen schijnen haar voortreffelijkheid, ook buiten het geval van borgtogt te hebben erkend, en getracht ze bij de *negotia bonae fidei* intevoeren. MARGELLUS wijst haar in l. 47 D. loc. 19, 2 alleen met een beroep op het strenge regt, op het justius af, verg. v. SAV. Oblig. I, p. 160 not. b.

Bij het indringen van het Rom. R., moesten zijn harde en onbuigzame beginselen in hevigen strijd geraken met de Germaansche beschouwingen en voorstellingen omtrent gemeene schuld. Konden deze zich nergens in haar geheel handhaven, nergens ook geloof ik verdwenen zij spoorloos, al bestaan soms de sporen slechts in de wijze waarop men het Rom. R. meende te moeten opvatten.

Aan het Rom. R., gelijk men het destijds opvatte, en gelijk het in die opvattingen hoofdzakelijk het gemeene Duitsche regt vormde, sluit zich het Oostenrijksche Wetboek in § 891 sqq. naauw aan. Het Pruissische landregt daarentegen wijkt van het Rom. R. verre af. De medeschuldeischers kunnen slechts gezamenlijk, nimmer ieder afzonderlijk, zelfs niet voor hun aandeel, de gemeene schuld uitoefenen of daarover beschikken A. L. R. 1. 5, § 450 sqq. Ook de erfgenamen van den schuldenaar zijn tot aan de scheiding, noch ieder voor het geheel, noch ieder voor zijn deel, maar allen slechts te zamen aansprakelijk A. L. R. 1. 17, § 127 sqq. Buiten dit geval daarentegen kan ieder medeschuldenaar steeds voor het

geheel worden vervolgd A. L. R., 1, 5, § 424 sqq. Dit laatste bepaalden ook de costumen van Mechelen 16.37 van Antwerpen 47.26. Zijn eigenaardigheid toont ook hier wederom het Engelsch regt. Slecht in den vorm van jointtenancy kan de gemeenschap van schuld voorkomen. Bij vererving toch gaat schuld als chattel op den executor of administrator over, niet op den heir. De aanduiding in den titel van bepaalde aandeelen waardoor alleen tenancy in common zou kunnen ontstaan, doet steeds meerdere zelfstandige schulden geboren worden. Ook waar het schulden geldt is het slechts gezamenlijk dat jointtenants in regien kunnen optreden of geroepen worden. Verg. STEPHENS, II, p. 77.

Wat is te dezen aanzien in Frankrijk en bij ons regtens?

De beantwoording dezer vraag is niet gemakkelijk. Hoe men ook den Code moge laken of prijzen, geen onpartijdige zal ontkennen, dat daarin op vele punten de zamenhang van het geheel veel te wenschen overlaat, dat dikwijls de groote beginselen, waarop het geheele stelsel behoorde te rusten, niet bepaald en helder werden gedacht, noch gestreng vastgehouden en doorgevoerd. Maar vooral zal, geloof ik, ieder onpartijdige in den Code een te groote, soms blinde aanhankelijkheid opmerken aan het oude, vooral aan de leer van gezaghebbende schrijvers, een aanhankelijkheid, die tegen de koenheid en stelselmatigheid, waarmede bij de bijna gelijktijdige codificatie in Pruisen en Oostenrijk diep ingrijpende veranderingen werden ingevoerd, des te vreemder afsteekt, zoo men den toenmaligen staatkundigen toestand der verschillende landen vergelijkt.

De gezaghebbende schrijver, dien de Code ook in dit onderwerp veelal volgde, was POTIER. Als regtsgeleerd schrijver werd hij in fraaiheid en helderheid van stijl, zeker weinig geëvenaard, nimmer overtroffen. Maar niemand

zal hem een scherp denker noemen, al was de toepassing op hem der uitdrukking van «zoeten prater» slechts aan vooroordeel te wijten. POTHIER geeft dan ook hier meestal slechts de leer terug van DUMOULIN. En zoo ooit iemand, dan was deze een scherpe en onvermoeide denker. Maar DUMOULIN had met vele zwaarigheden te worstelen. Het dieper inzicht, dat latere ontdekkingen ons gaven in het wezen van het Rom. R., in de vormen vooral van het procesregt, de juistere opvatting van zoovele leerstukken, die thans bij ons bestaat, miste hij natuurlijk. Maar meer dan dit misverstand van het Rom. R. moest hem de voorstelling schaden, die hij met zoo vele zijner tijdgenooten deelde, omtrent de verhouding tusschen het nationale en Romeinsche regt. Is toch het Romeinsche regt de grondslag van den geheelen nieuweren regtstoestand, en stellen vaderlandsche wetten en gewoonten daarop slechts eenige wijzigingen en uitzonderingen daar, verdringing van deze laatste is evenzeer het noodwendig gevolg dier voorstelling, als, om de klove niet al te groot te doen worden, verwringing van het eerste. Het kan dan ook geen verwondering wekken, dat in DUMOULIN's zeker meer vermeldde dan gelezene *Extrictio labyrinthi dividui et individui*, juiste voorstelling, noch van het nationale noch van het Romeinsche regt gevonden wordt, en dat het geheel alle eenheid en zamenhang mist. Niemand die het werk doorworstelde (doorworstelen zeg ik, want meer dan barbaarsch is de stijl) zal, geloof ik, schoon het een der bronnen is van ons regt, meerdere lezing daarvan aanbevelen. Mij althans bleek die lezing nog onvruchtbaarder te zijn dan ik verwachtte.

Niet vreemd kan dus de onzekerheid en het weinig onderling verband zijn der voorschriften van den Code en van ons Wetboek op dit punt. Maar moeilijk wordt daardoor de taak der wetenschap, de taak om uit zoo-

vele onzekere, niet in haar onderling verband gedachte bepalingen, een geheel te vormen, theorie en systeem af te leiden, die ten regel kunnen strekken van 't maatschappelijk leven, dat een niet uit een te rukken geheel uitmaakt, overal in onderling verband en zamenhang staat. Slechts de weg, dien ik vroeger aanwees, kan hier ten doel leiden. Met het oog op de geschiedenis en latere ontwikkeling, op de beschouwingen en toestanden van ons volk, op de behoeften van het maatschappelijk verkeer, moet alleen datgene, wat als bevel, als bepaald voorschrift omtrent hetgeen gedaan of gelaten moet worden, in de wet voorkomt, tot een geheel vereenigd en met elkander in verband gebragt worden. Die punten alleen worden in den cirkelboog, die aanwijst wat regtens is, opgenomen, daaruit alleen het middenpunt gezocht, de stralen getrokken. Door de theoriën en systemen van de mannen, die de wet ontwierpen en vaststelden, schoon zij in de wet doorstralen, is niemand gebonden.

Het beginsel, dat scheiding geen regten overdraagt maar bloot doet vervallen, in art. 883 C. N., art. 1129 B. W. verkondigd, een beginsel dat DUMOULIN zoo heftig bestreed, beheerscht ook de schulden. Trots de tegenspraak van DURANTON, kan dit, geloof ik, worden beschouwd als door regtbanken en schrijvers algemeen erkend, MARGADÉ, III, n°. 417, CHAUVEAU op CARRÉ, Q. 1951, n°. 2, § 4, en Q. 1924, n°. 2. Is dit beginsel een uitvloeisel van de Germaansche beschouwing der gemeenschap, die aan ieder der deelgenooten, ondergeschikt aan hun onderlinge betrekking, regt en plicht in vollen en gelijken omvang toekent en oplegt, dan moet ook met dat uitvloeisel die beschouwing ten aanzien van schulden gelden, dan is ook bij ons gemeene schuld geen ijdele naam.

Maar hoe dit in verband te brengen met het beginsel van de splitsing der schulden tusschen medeschuld-
Themis, D. III, 1ste St. [1856].

eischers en medeschuldenaren, door art. 1220 C. N., 1335 B. W. geleerd?

Te zeggen dat de schuld slechts voorloopig en voor den duur der gemeenschap, als gesplitst wordt beschouwd, tot dat descheiding haar aanden een of ander der deelgenooten bepaald toewijze, hiermede is, geloof ik, weinig gewonnen. Alles komt aan op de kracht, ook na de scheiding toe te kennen aan de handelingen, van een der deelgenooten omtrent zijn aandeel in de gemeene schuld, bij die scheiding in haar geheel aan een ander toegewezen. Handhaaft men ze onbeperkt, men is in het Romeinsche stelsel, en, wat men ook zegge, schulden zijn aan de heerschappij van art. 883=1129 onttrokken. Houdt men daarentegen die handelingen voor krachteloos geworden en verijdeld in haar werking, alle en zonder onderscheid, art. 883=1129 behouden zeker volle kracht, men staat zeker op den bodem van het Germaansche regt, al is de voorloopige uitoefening door ieder slechts voor zijn aandeel een afwijking. Maar men miskent de later ontwikkeling van ons regt, men verliest te zeer onze geschrevene wet uit het oog. Want een zoo ondergeschikte beteekenis, een slechts voorloopige geldigheid die alras moet verdwijnen, zal men wel niet mogen toekennen aan zoo veel bepalingen onzer wet. De weldadige werking der splitsing zou daardoor tevens geheel vervallen. Bij schulden toch ligt meestal in de uitoefening zelve, de vernietiging van het regt. En tot die vernietiging binnen kort door de uitoefening zelve of door schikking tussehen partijen, zijn zij in den regel uit haar aard bestemd. Het belang der deelgenooten zelve, hetzij schuldeischers of schuldenaren, vordert dat er een grens zij, buiten welke de schuld niet door of tegen een hunner, tot nadeel van dezen of van de overige kunne worden uitgeoefend. Even zoo is het in het belang der andere partij, dat er een grens zij, binnen welke hij met een der deelgenooten kan

handelen, zonder dat de beschikkingen door de overigen in haar werking kunnen worden gestuit, of later verijdeld. Deze strekking der splitsing zou vervallen, zoo alles wat krachtens haar gedaan werd, het moge dan zoo lang de gemeenschap bestaat werken, in zijn voortdurende geldigheid van den uitslag der scheiding afhangt.

Moet dus de werking beperkt worden van de schuldsplitsing, ten einde het begrip van gemeene schuld, de eenheid der schuld niet verloren ga, die beperking kan niet gezocht worden in den duur van de gevolgen der splitsing, zij kan, mijns inziens, alleen liggen in den omvang waarin, en de wijze waarop, de schuldsplitsing werkt.

De schuldsplitsing werkt niet tusschen de deelgenooten, medeschuldenaren of medeschuldeischers onderling. De betrekking tusschen hen en het daarop steunende regt van verhaal, is van die splitsing onafhankelijk. Het is slechts een loutere toevalligheid, zoo de evenredigheid waarnaar het onderling verhaal zich regelt, dezelfde is als die waarnaar de schuld tusschen hen gesplitst werd. Evenmin werkt de schuldsplitsing tegenover derden. Beschikkingen over de gemeene schuld of aandeelen daarin ten behoeve van derden, verkooping, verpanding, vermaking, zijn als beschikkingen over andere gemeene goederen, in haar werking en voortdurende kracht van de uitkomst der scheiding afhankelijk. Even zoo het beslag voor particuliere schulden van een der medeschuldeischers, op zijn aandeel in de gemeene schuld gelegd, CHAUVEAU op CARRÉ, Q. 1951, n^o. 2, § 4, al komt mij, gelijk wij later zien zullen, de meening juist voor, dat nimmer dergelijk beslag gelegd kan worden. Zelfs tusschen de deelgenooten en de andere partij werkt de schuldsplitsing niet, waar met of tegen alle deelgenooten gehandeld wordt. Zoo wordt bij verhaal op goederen, die tot dezelfde gemeenschap als de

schuld behooren, niet gelet op het verschil tusschen de evenredigheid, waarin de deelgenooten afzonderlijk aansprakelijk zijn, en die waarin zij op de baten en voordeelen der gemeenschap regt hebben. Ook hierop kom ik later terug. Voorshands verwijs ik slechts op artt. 187*c*, 1113*b* en 1146 B. W. B. Zoo wordt ook bij berekening der waarde ter bepaling der bevoegdheid, der beroepbaarheid en der geoorloofdheid van het bewijs door getuigen, het aandeel van ieder deelgenoot niet als een afzonderlijke zelfstandige schuld beschouwd. Waar de deelgenooten *ratione personae*, of wel *loci* niet alle voor denzelfden regter hun forum hebben, werkt de eenheid der schuld nog dit, dat daarvoor de regelen der competentie wijken, en de eischer de deelgenooten niet alle voor hun fora behoef te volgen, maar hen ter zijner keuze alle voor een daarvan kan dagvaarden, artt. 97*b*, 126*e* B. R. V.

Het kan dus alleen zijn, waar de andere partij tegenover een der deelgenooten alleen staat, dat de schuld-splitsing geldt. Door de wijze, waarop zij in dezen engeren omvang werkt, wordt nog wederom haar heerschappij beperkt.

Het is niet een gedeelte der schuld, dat de betrekking vormt tusschen een der deelgenooten en de andere partij, maar integendeel de schuld in haar geheel, één en ongedeeld. Alleen kan verlangd worden, dat in die betrekking de grens gehandhaafd worde en nimmer overschreden, die de schuldsplitsing aanwijst, al kan dit verlangd worden niet alleen door de beide personen, die als schuldeischer en schuldenaar tegenover elkander staan, maar steeds en evenzeer ook door de overige deelgenooten.

Vrijwillige handelingen tusschen een der deelgenooten en de andere partij, die meer dan zijn aandeel in de gemeene schuld ten onderwerp hebben, zijn in beginsel geheel regtsgeldig en voor de handelende partijen geheel

verbindend. Alleen de overige deelgenooten kunnen er zich voor hun deel aan onttrekken, of zich ook naar hun goedvinden daaraan onderwerpen, en zoo der handeling haar volle kracht en werkzaamheid laten.

Kan van de bevoegdheid tot inroeping der schuldsplitsing worden afgezien, zij kan ook zijn opgeheven, en dit op verschillende wijze met verschillende werkingen en gevolgen.

Op een voor alle partijen verbindende wijze kan zij opgeheven zijn, zoowel door uitdrukkelijk beding bij het aangaan der overeenkomst, als door stellig voorschrift van het regt. Zoo is *ieder* der schuldenaren bij hoofdelijke en ondeelbare schulden, in het geval daarentegen van art. 1336, n^o. 4 en art. 186 B. W. B., slechts *een* van hen, jegens den schuldeischer voor het geheel aansprakelijk en verantwoordelijk. Doch hier, zoo het veranderingen in de bestaande regtsbetrekking geldt, heeft de schuldsplitsing wederom haar gewone werkingen.

Ook eenzijdige handelingen der deelgenooten kunnen de schuldsplitsing opheffen en wijzigen. Wel verbinden die handelingen hen slechts onderling. Wel kunnen zij zich daardoor niet van verplichtingen jegens de andere partij bevrijden. Maar krachtens de ondergeschiktheid van de regten der enkele deelgenooten aan hun betrekking tot de overigen, werken ook hier, even als bij andere gemeene regten, middellijk tegenover de andere partij de bepalingen terug, die tusschen de deelgenooten bestaan of gemaakt worden, en die de bevoegdheid, de gemeene regten en vorderingen uit te oefenen en daarover te beschikken, aan eenigen geheel ontnemen, aan anderen voor 't geheel geven.

Even zoo werkt ook de scheiding. Daardoor ook kan den schuldeischer het regt niet ontnomen worden ieder zijner schuldenaren voor hun aandeel te vervolgen, al kan hij zich aan hetgeen de scheiding hieromtrent be-

paalt, vrijwillig onderwerpen, art. 1490 C. N. Ook blijven geldig de werkingen die de schuldsplitsing tot op den dag der scheiding gehad heeft. Maar van dien dag af is het regt der overigen vervallen, en hij wien de vordering toegescheiden werd alleen tot uitoefening en beschikking gerechtigd. Maar evenzeer is voortaan hij, wien alleen een verplichting werd toegewezen, niet meer bevoegd de schuldsplitsing in te roepen, maar moet zich de uitwinning voor het geheel getroosten. Het is dus ook voor de aandeelen der overigen geen vreemde schuld, dien de deelgenoot dien zij in haar geheel wordt toegescheiden, verkrijgt of overneemt. Het is zijn eigene schuld die voortaan slechts in haar geheel door of tegen hem zal kunnen worden uitgeoefend. En dit kan voor het behoud b. v. van voorregt of pand, of waar overdragt verboden is, bij huur van huizen of landen, art. 1595 B. W., zijn gewigtige gevolgen hebben.

In dezer voege, zoo beperkt in omvang en naar kracht, werkt de splitsing der schuld: 1°. bij haar uitoefening en handhaving; 2°. bij verandering in de regtsbetrekking; 3°. ten aanzien der verantwoordelijkheid.

1°. Uitoefening en handhaving.

Kunnen andere gemeene regten tegen of door één der deelgenooten voor het geheel worden uitgeoefend en gehandhaafd, zelfs al doet de uitoefening het regt ook voor de overige deelgenooten te niet gaan, niet alzoo schulden. Zij kunnen door of tegen een der deelgenooten slechts voor zijn aandeel worden uitgeoefend en gehandhaafd. Slechts voor zijn aandeel kan de medeschuldeischer betaling vorderen, de verjaring stuiten, den schuldenaar in mora stellen, de schuld bij vonnis doen erkennen, de goederen van den schuldenaar uitwinnen, hem in gijzeling stellen. Slechts voor zijn aandeel kan dit alles tegen den medeschuldenaar geschieden. Vervallen is dus bij ons het groote verschil, dat

het Rom. regt door de eigenaardigheden van zijn proces-regt gedwongen werd, in de splitsing der schuld te maken voor vrijwillige betaling, geregtelijke opvordering, veroordeeling bij vonnis. Bij ons toch strekt het proces slechts om de bestaande schuld te doen erkennen, de executie slechts om onwil te overwinnen, maar door beide verandert aard en wezen der schuld in geen deele.

Gaat de uitoefening of handhaving verder dan ieders aandeel medebrengt, noch de schuldenaar tegen wien zij gerigt wordt, behoeft dit te gedoogen, noch de overige schuldeischers dit te eerbiedigen. Naar den aard der zaak en verschil van omstandigheden, wordt hetgeen verder dan dat aandeel reikt, belet of gestuit, of eenvoudig als niet geschied beschouwd. Zoo zal zich de medeschuldenaar verzetten tegen de inbeslagneming zijner goederen voor het geheel der schuld, en die tot op het bedrag van zijn aandeel doen terug brengen. Zoo zullen de deelgenooten van hem die de schuld in haar geheel ontving, de betaling voor hun aandeelen eenvoudig als niet geschied beschouwen, en alnog den schuldenaar daarvoor vervolgen.

Hierdoor is het een gevolg der schuldsplitsing, dat het onvermogen van een der schuldenaren ten nadeele komt niet van zijn deelgenooten, maar van den schuldeischer. En nu moge men zeggen, dat deze bij het aangaan der schuld of door tijdige invordering, voor zijn belangen had moeten waken, zeer betwijfel ik of ons regt hierdoor in billijkheid en bruikbaarheid won.

Een ander gevolg der schuldsplitsing bestaat hierin, dat zich de schuldeischer een betaling bij gedeelten moet laten welgevallen, die hem anders niet kan worden opgedrongen, art. 1426 B. W., en dat de schuldenaar bij gedeelten en aan verschillende personen moet gaan betalen, wat hij anders in eens kan voldoen. Maar dit

bezwaar is gering, en wordt in den regel verre overwogen door de voordeelen, die de schuldsplitsing voor beide partijen oplevert. Eenvoudige bijeenvoeging toch der ontvangene gedeelten stelt wederom het geheel daar, dat de schuldeischer te vorderen had, eenvoudige vaneenscheiding doet de gedeelten ontstaan, die de schuldenaar moet betalen.

Dit bezwaar echter wordt een dadelijk nadeel, zoo de gedeelten niet onderling en met het geheel in aard en wezen gelijksoortig zijn, en dus ter vorming van het geheel niet bijeengevoegd kunnen worden, of bijeengevoegd niet de waarde van het geheel hebben, of de mogelijkheid dier bijeenvoeging onzeker is. Maar hiermede houdt ook, en het regt, en de plicht op tot voldoening bij gedeelten, van ieders aandeel afzonderlijk. Waar dus zoodanige gedeelten niet ontstaan door bloot rekenkundige verdeling van het onderwerp der schuld, uit den aard der zaak dus, onafhankelijk van den wil der deelgenooten, van een schikking tusschen en met hen, kan betaling en kwijting niet dan voor het geheel, en dus niet voor ieders aandeel afzonderlijk, worden gevorderd of opgedrongen.

Wat zoo bij ondeelbare schulden de aard der zaak verbiedt, voldoening der schuld door of aan ieder der deelgenooten voor zijn aandeel, dit kan ook of door uitdrukkelijk beding of door stellig voorschrift der wet zijn uitgesloten. Dit is de solidariteit of hoofdelijkheid der gemeene schuld.

Maar in beide gevallen, waar zoo de voldoening niet bij gedeelten, door of aan ieder der deelgenooten voor zijn aandeel geschiedt, waar zoo de werking terugtreedt der schuldsplitsing, zijn de gevolgen dezelfde. De handhaving of uitoefening tegen of door ieder voor zijn aandeel, wordt dan naar ons regt vervangen door handhaving en uitoefening door of tegen ieder voor het geheel.

En dit voor vrijwillige voldoening, stuiting der verjaring, in-mora-stelling, erkenning bij vonnis, geregtelijke uitwinning. Over het voorregt op de beide laatste punten den borgen toegekend, sprak ik vroeger.

Is zoo voor haar uitoefening en handhaving het verschil groot tusschen deelbare en ondeelbare schulden, het is alleen bij eigenlijke schulden, dat dit onderscheid in dien zin gemaakt wordt, met die gevolgen geldt en werkt. Slechts in geheel anderen zin kan bij persoonsregten, zakelijke regten, bewijsmiddelen, regtsmiddelen van deel- of ondeelbaarheid gesproken worden. Ook de voorwaarde en de keuze, waarvan bestaan of inhoud van vorderingen of verpligtingen af hangen, worden nimmer, als de schulden, tusschen de betrokken personen gesplitst.

Voorwaarden, dit wordt, al spreekt RODIÈRE, n^o. 424, het tegen, geloof ik, algemeen erkend, ontbreken, zoo zij niet ten volle en geheel zijn vervuld. Gedeeltelijke vervulling werkt voor geen gedeelte, hoe gering ook, op de schuld terug die van de voorwaarde afhangt. Schoon dus, wanneer de schuld van twee personen van de betaling van een geldsom als van een voorwaarde afhangt, een der deelgenooten van die som de helft betaalt, wordt daardoor de voorwaarde niet voor zijn aandeel vervuld, blijft integendeel ook voor dat aandeel ontbreken, tot dat die geldsom ten volle is betaald. v. SAVIGNY, *Oblig.* I, p. 326.

Meer tegenspraak zal het, vrees ik, ontmoeten, wanneer ik hetzelfde beweert, waar inhoud of bestaan eener schuld van een te doene keuze afhangt. Zoolang die keuze niet voor het geheel en in denzelfden zin is uitgebragt, kan zij als niet gedaan beschouwd worden, kan haar alle werking en gevolg worden geweigerd. De inhoud eener schuld hangt van een te doene keuze af, bij schulden van onbepaalde zaken van een bepaald geslacht, zogenoemde *obligationes generis*, en bij alternatieve schul-

den. Het bestaan eener schuld hangt van een keuze af, waar een der partijen, zoo dit hem goedgeeft, de vernietiging, nietigverklaring, ontbinding eener overeenkomst kan verlangen, maar dit evenzeer, zoo dit hem verkiesselijker schijnt, kan nalaten. Dit is ook het geval bij tenietdoening van den koop wegens ondermaat, wegens gedeeltelijke uitwinning, verzwegen erfdiensbaarheden, verborgen gebreken, bij vervallenverklaring der huur wegens gedeeltelijk vergaan der zaak. In alle deze gevallen bestaat er, zoolang de keuze niet gedaan wordt, slechts een bevoegdheid, nog geen volkomen gevormde schuld, geen schuld, die, al is het eerst na het verstrijken van zekeren tijd, regstreeks op het vermogen van den schuldenaar, ook tegen diens wil, kan worden verhaald, waaraan de schuldenaar regstreeks, ook tegen den zin van den schuldeischer, kan voldoen. Zoodanige schulden, de verplichtingen totteruggave van het over en weer ontvangen, ontstaan eerst nadat van die bevoegdheid gebruik is gemaakt. Moeten die bloote bevoegdheden van eigenlijke schulden ook in andere opzichten, voor de verjaring b. v. en de vervreemdbaarheid, gestreng worden onderscheiden, zoo ook hier.

De schulden dus, die ten gevolge van het uitbrengen der keuze ontstaan, wier inhoud daardoor is bepaald geworden, zijn naar de gewone regelen en met de gewone werkingen deelbaar of ondeelbaar. Maar die keuze moet voor het geheel in denzelfden zin worden gevestigd, zoolwel waar het regt daartoe aan meerderen, als waar het slechts aan een enkel persoon toekomt. Behoeft gij u niet te onderwerpen, wanneer ik de schuld, de handeling willekeurig wil splitsen, en voor gedeelten van hetzelfde geheel in verschillenden zin kiezen, evenzeer kan aan de keuze alle werking en gevolg worden onthouden, zoolang zij niet door of tegen alle deelgenooten in denzelfden zin werd uitgebragt. En deelgenooten zijn ook hier zij,

wien de bevoegdheid tot die keuze, de verpligting zich daaraan te onderwerpen, door een regtshandeling, één in wezen en strekking, of dadelijk of in haar gevolgen werden toegekend of opgelegd, of op wie deze, hoe ook ontstaan, waarop ook gegrond, gelijkelijk overgingen.

Ook het regt van wederinkoop is een bloote bevoegdheid. Door de keuze eerst van den verkooper om van die bevoegdheid gebruik te maken, ontstaat tegen over eigen verpligting tot teruggave der kooppenningen, de verpligting van den koper tot teruggave der zaak. Naar de gewone regelen en met de gewone werkingen zijn deze schulden deelbaar, artt. 1563, 1564, 1567 verg. art. 1336, n^o. 2. Maar de keuze die moet voorafgaan kan, zal haar werking verzekerd zijn, niet dan *door* allen gelijkelijk worden gedaan, art. 1565. Omgekeerd wordt wel in art. 1567 niet even zeer die gelijke keuze *tegen* allen voorgeschreven. Doch hoe dringend zij ook hier gevorderd wordt blijkt uit de pogingen die MARGADÉ, op art. 1672, *C. N.*, DUVERGIER, vente, II n^o. 40, de Brusselsche uitgever van TROPLONG vente, in zijn noot op p. 353 aanwenden, om hier ondeelbaarheid van verbindtenis te vinden, en daaruit een verpligting af te leiden van hem die weder inkoop, om de zaak in haar geheel terug te nemen. Om meer dan een reden komen die pogingen mij voor, *en* op zich zelve ongeoorloofd, onregtskundig te zijn, *en* nimmer het beoogde doel te kunnen bereiken. Maar noodeloos worden zij, wanneer men aanneemt, en hiertegen schijnt niets te kunnen worden aangevoerd, dat het art. alleen spreekt van de uitoefening der schuld, *nadat* de verkooper zijn keuze om weder in te koopen heeft gevestigd en uitgebragt. En dan schijnt er naar den aard der zaak en naar analogie van art. 1565, want wezenlijk onderscheid te ontdekken gelukte althans mij niet, ook *tegen* allen gelijke keuze te kunnen worden gevorderd.

Art. 1685 *C. N.* bepaalt uitdrukkelijk, dat hetgeen in dit opzigt omtrent wederinkoop voorgeschreven werd ook van toepassing is bij vernietiging van den koop wegens benadeeling. Evenzeer, geloof ik, moet hetzelfde in alle soortgelijke gevallen gelden.

Dien mijn beschouwing vreemd mogt schijnen, bedenke dat de wijze waarop de Romeinen alternatieve schulden en obligationes generis behandelden, bij ons niet meer bruikbaar is, daar ons proces-regt, gelijk ik reeds opmerkte, het onderscheid niet gedooft tusschen vrijwillige voldoening, geregtelijke opvordering, veroordeeling bij vonnis, waardoor zij hier in de behoeften van het maatschappelijk verkeer trachten te voorzien. Bij de *actio quanti minoris* en de *actio redhibitoria* wordt in de merkwaardige l. 31, § 5—10 D. de aed. ed. 21. 1, de bevoegdheid om te kiezen althans ten deele reeds op dezelfde wijze behandeld. De koopers of de erfgenamen van den koper moeten steeds in hun keuze overeenstemmen: «*ne forte venditor injuriam patiat, dum ab alio partem recipit, alii in partem pretii condemnatur quanti minoris is homo sit.* § 5, verg. § 7. Voor het geval dus dat in art. 1567 niet is beslist wordt het door mij voorgestaan beginsel aangenomen. In § 10 dier wet wordt het geval behandeld, dat er meerdere verkoopers zijn en daarvoor een weg gekozen, dien men bij ons wel niet zal willen inslaan. De koop wordt, zoo niet bepaaldelijk voor gedeelten gehandeld werd, als solidair beschouwd, en zoo ten minste de eenheid der handeling gehandhaafd. Verg. nog l. 84, § 13. D. de leg. I. 30 en zie PLANCK, p. 120 sqq., p. 398 sqq.

2°. Verandering in de regtsbetrekking.

Bij andere gemeene regten zijn veranderingen en wijzigingen in de bestaande regtsbetrekking, die in de handelingen of persoonlijke omstandigheden van een der deelgenooten haar grond hebben, alleen tusschen dezen

en de andere partij verbindend, maar dan ook voor het regt in vollen en geheelen omvang. Bij schulden daarentegen verbinden zij slechts voor het aandeel van den deelgenoot, maar dan niet alleen dezen en de andere partij, maar ook de overige deelgenooten. Kan door allen verlangd worden, dat de grens die de schuldsplitsing stelt, niet worde overschreden, binnen die grens heeft het voorgevallene ook ten aanzien van alle volle werking. Binnen die grens moeten de overige deelgenooten zich het nadeelige laten welgevalen, maar kan ook het voordeelige hun niet worden onthouden. Maar waar die grens bij rechtshandelingen vrijwillig wordt overschreden, waar een der deelgenooten met de andere partij uitdrukkelijk voor meer dan zijn aandeel handelde, is die handeling niet alleen tusschen hen verbindende, maar staat het ook aan de overige deelgenooten zich naar hun goedvinden, aan die handeling te onderwerpen, of zelfs de regten die daarbij voor hen werden bedongen, te aangaarden.

En in dit opzigt is er geen onderscheid tusschen schulden, die deelbaar of ondeelbaar van onderwerp, die hoofdelijk of niet hoofdelijk zijn. Ook bij ondeelbare of hoofdelijke schulden moeten veranderingen of wijzigingen in het regt, schoon ook de deelgenoot alleen voor zich handelde, schoon zij alleen in zijn persoonlijke omstandigheden haar grond hadden, voor het aandeel van dien deelgenoot ook ten voordeele strekken der overigen. Zoo bevrijden de kwijtschelding, of zelfs bloot ontslag van de hoofdelijkheid, die een der schuldenaars alleen voor zich verwerft, voor dat aandeel ook de overigen, artt. 1325, 1476*b*. Zoo werkt de schuldvermenging slechts voor het aandeel van hem, in wiens persoon zij plaats grijpt, maar bevrijdt voor dat aandeel ook de overigen, art. 1324, 1473*o*. Zonder schuldsplitsing zouden deze handelingen of omstandigheden slechts een der deelge-

nooten, hoewel dezen voor het geheel, gebaat hebben, nimmer en in geenen deele de overigen. Daarentegen moeten, ook bij ondeelbare of hoofdelijke schulden, de overige deelgenooten, schoon zij ten hunnen nadeele strekken, de beschikkingen eerbiedigen van een hunner over zijn aandeel arg., artt. 1315*b*, 1339*e*, 1975.

Evenzeer zullen, ook bij ondeelbare of hoofdelijke schulden, de handelingen van een der deelgenooten, waarbij de grens die de schuldsplitsing stelt wordt overschreden, hem en de andere partij voor het geheel verbinden, de overige deelgenooten verder dan zijn aandeel reikt, slechts baten niet schaden. Maar dit werkt de aard der zaak, dat hier overschrijding van die grens, soms of ligter wordt aangenomen of zelfs door de andere partij niet kan worden belet.

Tot de invordering of voldoening der schuld in haar geheel gerechtigd of verplicht, zijn aller belangen verknocht, brengt behartiging van eigen belang meestal bevordering van dat der overigen mede. Als bij gemeene zakelijke regten mag hier dus worden aangenomen, dat bij alle overeenkomsten ter zake der gemeene schuld, waar het tegendeel niet blijkt, over de schuld in haar geheel werd gehandeld, ten name ook en voor de aandeelen der overige deelgenooten. En dan zijn deze bevoegd het voor hen bedongene te aanvaarden. Ten bate van alle hoofdelijke schuldenaren werkt zoo de schuldvernieuwing steeds art. 1460, kwijtschelding slechts, waar niet het tegendeel werd bepaald, art. 1476.

Ontneemt hier de aard der schuld den schuldenaar het regt om te vorderen, dat de handeling, die ter uitoefening of handhaving, voor het geheel tegen hem alleen wordt gerigt, tot zijn aandeel beperkt worde en blijve, ook tegen zijn wil zal de wijziging, die daardoor in de bestaande regtsbetrekking gebragt wordt, voor de schuld in haar geheel gelden, en zullen dan ook de

deelgenooten haar kunnen aanvaarden, daardoor gebaat worden. Zoo werkt de stuiting der verjaring, art. 2020 sqq., zoo het aanvangen van een proces, zoo de eed, art. 1976, zoo het vonnis.

Kunnen zoo de overige deelgenooten door hetgeen door of tegen een hunner voor meer dan zijn aandeel verrigt werd, voor het geheel worden gebaat, wat hun ten nadeele strekt, zullen zij niet vrijwillig aanvaarden, en dus buiten de gevallen, waar de gezamenlijke verantwoordelijkheid waarover straks, werkt, nimmer verder dan diens aandeel reikt, door de handelingen van een hunner geschaad worden. Zoo door kwijtschelding of inbetalinggeving, art. 1315 *b*, 1339 *c*, eedsopdragt, art. 1975, zoo ongetwijfeld ook door het vonnis.

Behalve dus dat het vonnis voor het aandeel van den in het geding opgetreden deelgenoot, steeds ook de overigen verbindt, en dus de ongelijkheid der kans van hem die het regt betwist, in zoo verre minder is, heeft ook bij ondeelbare en hoofdelijke schulden *en* het proces *en* het vonnis dezelfde eigenschappen en werkingen als bij gemeene zakelijke regten. Ook de medewerking der overige deelgenooten kan dus hier op dezelfde wijze en met dezelfde gevolgen gevorderd worden. Art. 1225 C. N. gaf uitdrukkelijk den deelgenoot, die voor het geheel eener ondeelbare schuld gedagvaard wordt, het regt uitstel te vragen om zijn deelgenooten in het geding te roepen. Dat hier principale interventie bedoeld wordt, volgt uit de in het artikel blijkbaar veronderstelde mogelijkheid eener veroordeeling jegens den eischer ook van de later opgeroepene. Die gelijktijdige veroordeeling van alle deelgenooten, verkort natuurlijk den eischer niet in zijn regt van verhaal voor het geheel. Gelijk hij dat regt bezit, blijft het ongewijzigd, wordt, zoo als ook het artikel te kennen geeft, slechts bij 't vonnis erkend. Dit art. 1225 werd bij ons niet overgenomen, niet

omdat men zijn inhoud, maar alleen omdat men zijn plaatsing afkeurde, VOORDUIN V, p. 46 sq.

3. Verantwoordelijkheid.

Zakelijk regt, verhaalbaar alleen op de zaak, verplicht slechts in het algemeen, niemand in 't bijzonder, en niet verder dan om het niet te storen en te krenken, om de uitoefening te gehengen en te gedoogen. Persoonlijk regt, verhaalbaar op het vermogen van den schuldenaar, verplicht hem alleen, doch hem niet bloot om dat verhaal toe te laten en te dulden, maar ook om te waken en te zorgen, dat de schuld behoorlijk en ten bekwamen tijde worde gekweten en voldaan, en om de bij gebreke van dien veroorzaakte schade te vergoeden.

Dit noem ik de verantwoordelijkheid. Behoort zij zoo, al is het meer of min uitgestrekt, naar ons regt, tot het wezen van persoonlijke verplichtingen, zij kan daarvan ook alleen den inhoud vormen. Dan ontstaan volkomen gevormde, op het vermogen van den schuldenaar verhaalbare schulden, niet te gelijk met haar, maar alleen uit haar. Dan is zij daarvan niet tevens een nevenverplichting, hoe wezenlijk ook, maar alleen de kiem, die zich onder den invloed van bijkomende omstandigheden ontwikkelt.

Maar in beide gevallen, zijn de gevolgen en werkingen dezelfde wanneer die verantwoordelijkheid op meerderen rust.

Moeten gemeene schulden scherp onderscheiden worden van schulden bloot eenzelve van onderwerp, zoo ook de gemeene verantwoordelijkheid van de bloot eenzelve, van de bloot gelijke verantwoordelijkheid van meerderen.

In het laatste geval omvat ieders verantwoordelijkheid het geheel, alsof zij hem alleen was opgelegd. Dat er ook andere zijn, op wie zij in vollen en gelijken omvang rust, is een onverschillige als het ware toevallige om-

standigheid. Tegenover den schuldeischer althans zijn de verschillende schuldenaren elkander geheel vreemd. Wat tegen een van hen geschiedt, heeft geen werking tegenover de anderen. De herinnering aan de verantwoordelijkheid, die de stuiting medebrenkt van de verjaring der schuld, die den schuldenaar in mora stelt, werkt dus wel voor de schuld in haar geheel, maar alleen tegenover den schuldenaar, tot wien zij gerigt werd. Nam het Rom. regt in zijn jongste ontwikkeling, voor de stuiting der verjaring, in de gevallen der zoogenaamde echte correaliteit het tegendeel aan, *l. 5 C. de d. r. 8. 40*, het was slechts door ontrouw te worden aan eigen beginselen, door ondeelbare en hoofdelijke schulden, niet meer als bloot eenzelvig van onderwerp te behandelen. Maar zoover ging in die ontrouw het Rom. regt nimmer om dit ook tot de in-mora-stelling uit te breiden. Leerden het sommige zijner uitleggers, het kon slechts de begeerte zijn om de kloof, tusschen hetgeen zij alleen voor regt meenden te moeten houden, en hetgeen zij rondom zich zagen geschieden, tusschen het Rom. en Germ. regt, niet te groot te doen worden, die hen dit in het corpus juris kon doen vinden. Ook tot eigen daad en verzuim, eigen arglist en schuld is ieders verantwoordelijkheid beperkt, al moet de daaraan te wijten schade in den vollen omvang, waarin de verantwoordelijkheid op hem rust, hem toegerekend en door hem vergoed worden. Zijn zoo ontstaande schuld is geheel vreemd aan de andere schuldenaren, ook dan wanneer dezelfde schade ook aan hen kan worden geweten, en dus de vergoeding daarvan het eenzelvig onderwerp is van de schulden van hen allen.

Tegen deze gelijke verantwoordelijkheid van meerderen, staat in werkingen en gevolgen over de gemeene verantwoordelijkheid.

De schuldsplitsing doet ook hier haar werking gevoelen.

Voor zooverre datgene waarvoor gezorgd en gewaakt moet worden, bij gedeelten, gedeelten, die een bloot rekenkundige verdeeling aan de hand geeft, kan en mag worden tot stand gebragt, bij deelbare, niet hoofdelijke verplichtingen splitst zich ook gemeene verantwoordelijkheid. Kan de gemeene schuld op het vermogen van den medeschuldenaar slechts voor zijn aandeel verhaald worden, naar ons regt is hij dan ook slechts voor zijn aandeel gehouden voor de voldoening te zorgen en te waken, slechts binnen de grens van zijn aandeel tot schadevergoeding verplicht. Zoo werkt tegen hem gerigte stuiting der verjaring, in-mora-stelling ook tegen hem slechts voor zijn aandeel. Ieder schuldenaar slechts voor zijn aandeel verantwoordelijk, vergoedt alleen de schade, die door de niet of niet tijdige voldoening van dat aandeel, voor zooverre dit aan eigen daad of verzuim, eigen arglist of schuld te wijten is, aan den schuldeischer werd berokkend. Schuld en arglist zijner deelgenooten, niet voldoening hunner aandeelen, zijn beide evenzeer tegen hem geheel zonder werking. Uitdrukkelijk wordt dit, waar het bedrag der te vergoeden schade vooraf door partijen is bepaald, bij de poenaliteit door art. 1347*a* B. W. voorgeschreven. Want wordt ook bij ons de poenaliteit niet dan hij toerekenbaarheid verbeurd, verg. v. SAVIGNY Oblig., II, p. 279 *sq.*, dan kan alleen in die vaststelling vooraf der te vergoeden schade haar wezen en beteekenis bestaan. RODIÈRE n°. 375. De schuld die zich zoo uit de gemeene maar gesplitste verantwoordelijkheid ontwikkelt, mist geheel ieder kenmerk van gemeenschap. Zij is de eigene bijzondere schuld van den deelgenoot, en blijft dit ook, waar na haar ontstaan de bevoegdheid de schuldsplitsing te doen gelden, opgeheven wordt.

Slechts deze beide vormen van de verantwoordelijkheid van meerderen, hun verantwoordelijkheid in vollen en gelijken omvang, of wel hun verantwoordelijkheid slechts

voor aandeelen, kent het Rom. regt. Geheel onbekend is daaraan de gemeene ongesplitste; verantwoordelijkheid, gelijk die bij ons bij hoofdelijke en ondeelbare schulden bestaat. Hier kan of mag voldoening niet bij gedeelten, niet door ieder voor zijn aandeel geschieden. En dan blijft ook de gemeene verplichting om voor die voldoening te zorgen en te waken ongesplitst, en kan dientengevolge ook nu als gemeene verplichting werken. De schuldsplitsing toch, niet gelijk zij in het Rom. regt gold, maar gelijk zij in wezen en beteekenis gewijzigd in ons regt ingang vond, ontnemt wel aan de gemeene schuld dit haar karakter niet, dringt het slechts terug. Maar toch waar en voor zoo verre de schuldsplitsing werkt, kan dat gemeenschappelijk karakter zich niet uiten of openbaren.

Het wezen nu der gemeene verplichting, gelijk zij zich reeds in den Saksenspiegel vertoont, bestaat hierin, dat de schuldenaren niet alleen jegens elkander, maar ook jegens den schuldeischer verbonden zijn voor de voldoening der schuld niet alleen alle te zorgen en te waken, maar ook dit gezamenlijk te doen, daartoe wederkeerig mede te werken, en over en weer elkander daartoe aan te manen, te nopen, des noods te dwingen. En zoo wordt de verantwoordelijkheid gezamenlijk, de schuld die er uit voortvloeit, de verplichting tot schadevergoeding, gemeene schuld.

Het is deze gezamenlijke verantwoordelijkheid, waardoor eerst stuiting der verjaring, in-mora-stelling tegen een der medeschuldenaren gerigt, ook de anderen kan schaden, artt. 2020 sqq., artt. 1321 sqq. B. W. Want is het herinnering aan de verantwoordelijkheid, die èn de stuiting der verjaring, èn de in-mora-stelling werkt, hier wordt aan de gezamenlijke verantwoordelijkheid herinnerd, schoon in de handeling, waardoor zij plaats vindt, regtstreeks slechts een der deelgenooten betrokken

is. En is het, dat deze die herinnering aan de anderen niet overbrengt, die nalatigheid wordt, juist krachtens de gezamenlijke verantwoordelijkheid, ook hun toegerekend. Want over en weer gehouden om te waken en te zorgen dat alle deelgenooten de verpligting nakomen, wordt al hetgeen een hunner in strijd daarmee doet of nalaat, ook aan allen toegerekend. Zeker soms konden zij dit niet beletten of voorkomen, en kan het hard worden daarvoor verantwoordelijk te zijn. Maar harder nog zal het juist in die gevallen voor den schuldeischer zijn, in zijn regt van verhaal beperkt of daarvan geheel verstoken te zijn. En die onmogelijkheid, in den letterlijken zin zal zij niet dan zeer zelden bestaan.

Wordt aan alle deelgenooten nalatigheid en daad van een hunner toegerekend, van dezen is en blijft zij alleen het eigen bedrijf, wordt hem en hem alleen als zoodanig toegerekend. Daarom hebben eensdeels niet alleen de deelgenooten op hem, voor hetgeen zij te dier zake betalen, steeds hun verhaal, maar ook is hij jegens den schuldeischer steeds voor de geheele schade aansprakelijk die zijn bedrijf berokkende, verpligt die in haar geheel te vergoeden. Anderdeels wordt hierom het bedrijf van een hunner den overigen deelgenooten slechts als schuld, verzuim of nalatigheid, niet als eigen daad, arglist of kwade trouw toegerekend. En dit bepaalt den omvang, waarin vergoeding der veroorzaakte schade gemeene schuld wordt. Het kan slechts die zijn, waarin nalatigheid, verzuim en bloote schuld tot vergoeding van schade verpligten. En daarvoor stelt het quantum *caes est*, de objectieve waarde, de waarde in het maatschappelijk verkeer, voor ieder in 't algemeen, de grens. In den omvang waarin arglist, kwade trouw, eigen daad tot vergoeding van schade verbinden, kan dit slechts de bijzondere schuld zijn van hem, die ze door zijn bedrijf veroorzaakte. Door hem alleen kan dus de vergoeding

tot aan de grens van het quidquid interest, van de waarde voor den schuldeischer, verschuldigd zijn, en hij alleen kan gehouden zijn tot vergoeding van al hetgeen door zijn schuld de schuldeischer, al is het ten gevolge van bijzondere omstandigheden, verliest of derft. Over dit onderscheid tusschen het quanti ea res en het quidquid interest, verg. verder *Bijdragen*, 1851, p. 271 sqq. En zoo is dan alleen vergoeding van de objectieve waarde der zaak de gemeene schuld van alle deelgenooten. De bijzondere schuld van hem, die de schade berokkende, kan alleen verder reiken, tot volkomene schadeloosstelling opklimmen, art. 1321 B. W. Dit verschil valt echter natuurlijk weg en de gemeene schuld der deelgenooten wordt in omvang gelijk aan de bijzondere schuld van hem, door wiens bedrijf de schade ontstond, waar het bedrag der vergoeding, zonder op het verschil tusschen arglist en bloote schuld te letten, vast werd bepaald, of door de wet bij moratoire interessen, of door beding van partijen bij de poenaliteit, artt. 1346, 1347 b.

Voor de schadevergoeding, die gemeene schuld wordt der deelgenooten, zal ieder voor het geheel of wel ieder slechts voor zijn aandeel aansprakelijk zijn, al naarmate van den verschillenden grond, waarop het niet splitsen der verantwoordelijkheid steunde. Was het uitdrukkelijk beding of stellig voorschrift van het regt, dat het tot stand brengen door ieder voor zijn aandeel uitsloot van datgene, waarvoor gezorgd en gewaakt moet worden, dat beding, dat voorschrift beheerscht ook de gemeene verplichting tot schadevergoeding, maakt ook haar hoofdelijk art. 1321. Was het daarentegen alleen de aard der zaak, haar ondeelbaarheid die dit tot stand brengen bij gedeelten belette, in den aard der verplichting tot schadevergoeding ligt niets, dat de splitsing verhindert, waarom deze schuld zich tusschen de schulde-

naren niet zou verdeelen. Uitdrukkelijk leeren dit omtrent de poenaliteit artt. 1346, 1347 b.

Zoo vertoont zich ook bij de gezamenlijke verantwoordelijkheid de grondtrek van het Germaansche begrip van gemeenschap. Hoe innig ook de deelgenooten vereenigd zijn door den band die hen te zamen brengt en houdt, hun bezondere persoonlijkheid wordt niet opgeheven, integendeel krachtig gehandhaafd.

Die de verantwoordelijkheid van meerderen zich niet als gezamenlijk voorstelt, die haar slechts kent in de beide strakke vormen van 't Romeinsche regt, hem moeten inderdaad vele voorschriften van ons regt hoogst zonderling en vreemd toeschijnen.

In plaats van de krachten op te sporen, die deze wonderlijke verschijnselen voortbragten, de begrippen na te vorschen die zich daarin uiten en openbaren, greep men ook hier tot het gemakkelijk middel van fictiën, en verbloemde zoo onder dien fraaiklinkenden naam, eigen traagheid, of zwakheid, of onkunde. Want, indien men om zich te redden, geen ander middel weet dan opzettelijk leugen als waarheid te behandelen, wat is het anders dan luide te verkondigen, dat men de zaak onverklaarbaar acht. Die fictie, dat middel, 't welk vroeger en latere schrijvers bezigen om de gevolgen der gezamenlijke verantwoordelijkheid in verband te brengen met de vormen van 't Romeinsche regt, waarin men alleen zich de verantwoordelijkheid scheen te kunnen denken, was het *mandatum ad perpetuandam et conservandam, non ad augendam obligationem*. Maar hoe weinig dat mandaat, blijkbaar nooit gegeven en alleen door de schrijvers verzonnen, voor de verklaring die men zoekt, toereikend is, toont de verlegenheid, waarin de Fransche schrijvers soms daardoor geraken. *MARCADÉ, IV, n°. 611, RODIÈRE, n°. 96.*

Uitoefening en handhaving door en tegen ieder der deelgenooten voor het geheel, gezamenlijke verantwoordelijkheid der schuldenaren, zijn dus de eigenaardige werkingen der hoofdelijkheid zoowel als der ondeelbaarheid van schulden.

In de gevallen van art. 1336, worden die werkingen ten deele aan overigens deelbare schulden toegekend. Een of alle schuldenaren worden dan voor het geheel aansprakelijk, en daarmede tevens verantwoordelijk gesteld. In alle andere opzichten behouden dus die schulden haar deelbaar karakter. De schuldeischers kunnen ieder slechts hun aandeel vorderen, de schuldenaren omtrent wie geen uitzondering is gemaakt, mogen slechts voor hun aandeel worden vervolgd.

Schoon het art. vijf gevallen noemt, nemen de meeste uitleggers, ik meen terecht, slechts drie gevallen aan, waarin deze uitzondering bestaat.

In de eerste plaats kan de schuld voor het geheel worden verhaald op dengenen der deelgenooten, die daartoe bij het aangaan der schuld, of op een andere voor beide partijen verbindende wijze werd aangewezen. De aansprakelijkheid der overige deelgenooten ieder voor zijn aandeel wordt dan soms opgeheven, soms gehandhaafd, artt. 185 en 186 B. W.

Aan een tweede uitzondering wordt meestal te veel gewigt gehecht. Zoo de gedeelten, waarbij de betaling der schuld zou moeten geschieden, bijeengevoegd, niet de waarde van het geheel hebben, is de schuld gelijk wij zagen ondeelbaar. Maar dit geldt alleen van de objectieve waarde, van de waarde in het maatschappelijk verkeer, voor ieder in 't algemeen. Die betaling bij gedeelten kan echter ook de waarde verminderen, die de zaak alleen voor den schuldeischer heeft. Het kan wezen, dat het alleen zijn bijzondere omstandigheden zijn, waardoor betaling bij gedeelten hem een dadelijk nadeel zou

berokkenen. Waar zoo alleen bijzondere belangen van den schuldeischer betaling in eens vorderen, en men die belangen bij het aangaan der schuld op het oog had, kan de schuld, schoon deelbaar, toch op het vermogen van ieder der medeschuldenaren voor het geheel worden verhaald, en zijn deze voor de betaling in eens gezamenlijk verantwoordelijk, verg. art. 1347*b* B. W.

Een verdere uitzondering betreft de schulden van bepaalde zaken. Hoogst moeilijk is voorzeker de behandeling dezer schulden, en van oudsher zeer betwist. Ik geloof, dat men niet altijd genoeg onderscheiden heeft de verschillende verplichtingen, die in deze schijnbaar ééne schuld zijn opgesloten, noch de verschillende wijzen, waarop die verschillende verplichtingen kunnen worden opgevat.

Naar ons regt evenzeer als naar het Rom. R., moet de verplichting om te geven steeds beschouwd worden als de verplichting, om een regt over te dragen, niet als de verplichting om de handeling te voltrekken, waardoor het regt overgedragen wordt. Als onderwerp der schuld geldt dus niet een handeling, ook niet zoozeer de zaak zelve, maar het regt daarop, verg. v. SAVIGNY, *Oblig.* I. p. 325 sqq. En nu zijn, en naar onze beschouwing, en naar die der Romeinen, behoudens de uitzondering die zij, niet wij, voor de erfdienstbaarheden maken, alle regten op zich zelve deelbaar. Wordt de verplichting om een regt over te dragen door ieder der schuldenaren afzonderlijk, en dus bij gedeelten gekweten, die gedeelten alle bijeengevoegd, stellen uit den aard der zaak het geheel wederom in zijn volle waarde daar. En dit zoowel, wanneer men het regt zich denkt als in bepaalde aandelen gesplitst, als wanneer men zich voorstelt, dat ieder het voor het geheel bezit en overdraagt, ondergeschikt alleen aan de persoonlijke betrekkingen tot de medegeregtigden. Bij ons geldt het als

verplichting om te geven, hoe onzeker van aard het regt ook zij, dat moet worden overgedragen, hoe beperkt naar tijd of in omvang, hoe zwak van kracht, al kan het, als dat van den huurder of bewaarnemer, slechts door retentie of reïntegrande gehandhaafd worden. En overal waar zoo een regt moet worden overgedragen, is dat regt het onderwerp der schuld, de handeling waardoor de overdragt geschiedt, slechts het middel waardoor de schuld gekweten wordt, en dus deze steeds deelbaar.

Maar dat middel wijzigt toch dat karakter van deelbaarheid. Alleen hij die in het bezit is der zaak, kan haar aan den schuldeischer werkelijk overgeven en leveren. En tegen hem alleen kan de executie gerigt worden, die door de hulp van den sterken arm de zaak zelve aan den schuldeischer kan verschaffen. Hij alleen, zoo als art. 1336 het uitdrukt, kan op de zaak zelve vervolgd worden. Daarom wordt de deelgenoot die uitsluitend in het bezit is, die dus alleen de handeling kan voltrekken waardoor het regt overgedragen wordt, voor het geheel aansprakelijk en daarmede verantwoordelijk gesteld. Natuurlijk echter kan dit slechts gelden, voor zoover het regt overgaat door de handeling waartoe hij alleen in staat is. Voor het eigendom dus niet, zoo de medeschuldenaren ook medeëigenaren zijn. Wel echter wederom zoo hij ook uitsluitend eigenaar is, en dus hij alleen het eigendom kan overdragen, art. 1567*b* B. W.

Behoudens deze eene uitzondering, is dus de verplichting om een regt over te dragen, in al haar werkingen en gevolgen deelbaar.

Maar zij is niet de eenige verplichting, die de schuld van een bepaalde zaak in zich sluit. De schuldenaar moet niet alleen het verhaal op zijn vermogen dulden en toelaten, hij moet niet alleen voor de overdragt van het regt zorgen en waken, en bij gebreke van dien de schade vergoeden. Maar hij moet ook voor het behoud

der zaak steeds, al is het in meerderen of minderen omvang, waken en zorgen, en bij verzuim daarvan de schade vergoeden. Deze nevenverplichting, de verantwoordelijkheid die zij daarstelt, is steeds ondeelbaar. De gedeelten waarvoor ieder afzonderlijk zou kunnen zorgen, kunnen hier nooit door bloot rekenkundige verdeling, slechts door schikking tusschen de deelgenooten ontstaan. En alleen de eerste, niet de laatste kan den schuldeischer verplichten, zich voldoening bij gedeelten te laten welgevallen. Ook waar de hoofdverplichting gesplitst wordt, zeide reeds CELSUS de zoon, in l. 5, § 15 D. comm. 13. 6, esse verius et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere. Dit brengt in Romeinschen zin de eenzelve verantwoordelijkheid mede van meerderen in vollen en gelijken omvang, verg. v. SAVIGNY, Oblig. I p. 203 sqq. Bij ons daarentegen, daar de schuld gemeen is, is de verantwoordelijkheid gezamenlijk, werkt als zoodanig.

Hier bestaan en werken dus een deelbare en ondeelbare verplichting, een deelbare en ondeelbare verantwoordelijkheid nevens elkander. Daarbij behoudt ieder zijn eigenaardigheden, al is het dat krachtens haar accessoir karakter de nevenverplichting steeds te gelijk vervalt met de hoofdverplichting. Wordt deze voor een aandeel voldaan, dan vervalt ook de ondeelbare nevenverplichting om voor het behoud der zaak te zorgen voor gelijk aandeel, en dit met dezelfde werkingen en gevolgen als naar art. 1339.

Maar dit nevens elkander werken van een deelbare en ondeelbare verplichting, moet nit den aard der zaak in het werkelijk leven tot groote verwickelingen leiden.

Niet minder de wezenlijke eenheid der zaak, die de beschouwing als volkomen deelbaar van de verplichting om haar te geven, zoo geheel miskent. Waar het regt dataan twee of meer personen moet worden overgedragen, nog

slechts aan een van hen is afgestaan, brengt de eenheid der zaak tusschen dezen en den schuldenaar een gemeenschap mede, waarbij de onderlinge verhouding zal worden aangewezen door het bedrag van het aandeel van den schuldeischer in de gemeene schuld, en die gemeenschap zal tusschen hen blijven bestaan tot dat ook aan de overigen hun regt is overgedragen. Krachtens die gemeenschap zelve zal wel de schuldenaar iedere daad van beschikking van hem, die tijdelijk zijn deelgenoot is, kunnen stuiten en verjeden. Ook zal hij misschien, als in strijd met de bestemming der gemeenschap om eerlang door overdragt van het regt, ook aan de overige schuldeischers te eindigen, verg. art. 1676, n^o. 2, alle gebruik en genot der zaak kunnen beletten en stuiten, voor zooverre daardoor de voldoening aan zijn verpligting zou worden verhinderd of belemmerd. Maar ontegenzeggelijk zal steeds die tijdelijke gemeenschap een bron moeten zijn van vele moeilijkheden en onaangenaamheden. Onder de vele begunstigingen aan de verpligting van den bewaarnemer toegekend, behoort dan ook dit, dat hij zich die tijdelijke gemeenschap niet behoeft te getroosten, dat hij verlangen kan, dat de erfgenamen van den bewaargever zich omtrent de overneming der zaak onderling verstaan, art. 1758c. Daardoor verliest de schuld in geenen deele haar karakter van deelbaarheid. De erfgenamen kunnen niet ieder voor het geheel de voldoening eischen. Slechts aan ieder hunner voor zijn aandeel is de schuldenaar verantwoordelijk: Alleen moeten de erfgenamen, zoo zij de afgifte der zaak zelve willen erlangen, gezamenlijk handelen.

Hoe ingewikkeld ook en moeilijk in zijn toepassing, hoe kunstmatig en gedwongen, kan, geloof ik, voor de behandeling van schulden eener bepaalde zaak, die tusschen meerderen gemeen zijn, alleen dit stelsel uit de verschillende voorschriften van ons regt worden

afgeleid en gevormd. Alleen in zoo verre verdedig ik dat stelsel, niet als in zich zelve juist en voortreffelijk. Tot het laatste zie ik kans noch middel.

Over den aard en de werking van het bezit van roerende goederen, naar aanleiding van art. 2014, B. W.; door Mr. C. W. OPZOOMER, Hoogleeraar te Utrecht.

Een nieuwe bijdrage ter verklaring eener betwiste wetsbepaling! Toen ik in het laatste deel mijner aantekening op ons Burgerlijk Wetboek (bl. 316 volgg.) met art. 2014 mij bezig hield, was het vooral de meening, die Mr. PHILIPS met veel scherpzinnigheid ontwikkeld had, waartegen ik mij verklaren moest. Terwijl ik over den aard van het bezit, in dat artikel bedoeld, volkomen met hem overeenstemde, dacht ik over de werking er van geheel anders. Beiden verstonden wij door het woord *bezit* niet alleen het burgerlijk, maar ook het natuurlijk bezit. Maar dat zoo ruim opgevatte bezit gaf hij hem aan den bezitter het volle regt van eigendom, terwijl het in mijn stelsel hem alleen de bevoegdheid schonk, om de regtsvordering die uit den eigendom voortspruit, de revindicatie, af te weren. Tusschen die beide beschouwingen had hij zelf geen verschil gezien; hij had zelfs uitdrukkelijk verklaard, dat er zulk een verschil niet bestond: «*Quam rem dominus sponte tradiderit, eam vindicare non potest, ejus dominium judex nullo remedio juris tuetur, vel, quod idem est, dominium rei mobilis omni traditione voluntaria evanescit.*» Ik zocht daarom in het licht te stellen, dat er wel degelijk een praktisch verschil tusschen de beide voorstellingen was, daar een roerende zaak, als hare eenvoudige overgave terstond haar eigen-

dom deed overgaan, onmogelijk het voorwerp van bruik-leening of bewaargeving zou kunnen zijn, omdat immers het wezen dier overeenkomsten in het behoud van den eigendom bestaat. Het ware niet ongepast geweest, zoo ik er nog ééne opmerking had bijgevoegd. Al ware er praktisch geen onderscheid geweest, had er daarom ook theoretisch, voor het stelsel des regts, geen kunnen zijn? Of mag men dit, als onbelangrijk, in den wind slaan? Of gij het dienstbodenregt in het eerste dan wel in het derde boek behandeld vindt, of verjaring (praescriptie) en verzit (usucapio) al dan niet in denzelfden titel voorkomen, of bezit een feit dan wel een regt is, de regten der burgers zullen er niet bij lijden, maar is het ook voor den regtsgeleerde, voor de wetenschap, onverschillig? Om bij ons voorbeeld te blijven, kan het ooit hetzelfde zijn, of ik zeg: *evanuit dominium meum*, dan wel: *dominium meum iudex non tuetur*? Ik geloof het te mogen ontkennen. Is werkelijk mijn eigendom weg, dan heb ik geen eigendom meer, en er kan van een al of niet beschermen van mijn eigendom geen sprake zijn.

Omdat ik het met Mr. PHILIPS over de natuur van het bezit, in art. 2014 bedoeld, eens was, had ik slechts over de werking van dit bezit uitvoerig te spreken. Eerst aan het eind van mijn onderzoek kwam ik op die vraag: natuurlijk of burgerlijk bezit? nog even terug, en leverde voor het antwoord, door ons beiden gegeven, uit de woorden van het artikel zelf een bewijs, dat mij overtuigend scheen. Het mogt vreemd zijn, eerst te ontvouwen wat een zaak werkt, en dan pas te onderzoeken welke zaak het eigenlijk is waarvan men gesproken heeft, de stand der partijen bracht toen die orde van behandeling mede.

Thans verkeer ik in een ander geval. Mijn vriend GOUDSMIT is (in dl. 1, no. 3, bl. 473 volgg., 2de *Verzameling van dit Tijdschrift*), als bestrijder mijner uitlegging opgetreden, en er heeft zich tusschen ons

een veel grooter verschil van gevoelen geopenbaard, dan er tusschen Mr. PHILIPS en mij bestond. Noch over den aard noch over de werking van het bezit, in art. 2014 bedoeld, zijn wij het eens. Den aard vat hij enger, de werking ruimer op dan het door mij gedaan is. Hij beperkt het bezit tot het burgerlijke, maar knoopt er het volle regt van eigendom aan vast. Met dat laatste punt heeft hij den aanvang van zijn betoog gemaakt. Hij heeft acht bladzijden (476—484) aan het onderzoek naar de werking van het bezit van roerende goederen gewijd, om dan eerst de vraag te doen, of hij tot nog toe over possessie dan wel over detentie gehandeld heeft. Zoo als wij tegen over elkander staan, op geen enkel punt eenstemmig; komt mij die orde niet zeer logisch voor. Ik vind het raadzamer, ze om te keeren, en de vragen zoo te stellen: 1°. wat bedoelt onze wetgever met het bezit, waarvan hij in art. 2014, § 1 spreekt? en 2°. welke regtsgevolgen kent hij in die bepaling aan dat bezit toe.

I. Ik begin dus met de vraag, of in art. 2014, § 1, het burgerlijk of het natuurlijk bezit, de possessie of de detentie, bedoeld is. G. kiest het eerste; ik volhard bij mijne keus van het laatste. Mijn oordeel is gegrond: 1°. op § 2 van ons artikel. Zij leert ons, dat, als een gestolen goed (1) door den eigenaar wordt opgeëischt «van dengene in wiens handen hij hetzelfde vindt,» dus ook van den blooten houder, die het b. v. van den dief in bruikleen of in bewaring ontvangen heeft, die houder gedurende een tijd van drie jaren den zakelijken eisch niet kan afweren. De eigenaar heeft dus drie jaren lang tegen hem de revindicatie, en hij heeft ze alleen krachtens die § 2, niet krachtens de algemeene bepaling van art. 629. Of heeft niet die § 2 hem, als eigenaar van een gestolen goed, een regt willen toeken-

(1) Om noodeloozen omhaal van woorden te vermijden, wil ik alleen van gestolen, niet van verloren goed spreken.

nen wat hij zonder haar zou hebben gemist? Ze heeft hem iets willen geven, iets wat hij niet zou hebben, als zij er niet was. Daar zij nu een uitzondering is op den regel van § 1, zoo zou, indien zij er niet was, de regel gelden, die in het algemeen het tegendeel moet vaststellen van hetgeen voor een bijzonder geval door de uitzondering is vastgesteld. Maar die uitzondering geeft, schoon voor een korten tijd, revindicatie tegen elken houder; de regel moet dus zijn, dat er geen revindicatie is tegen elken houder, dat iedere houder ze kan afweren. Het verband tusschen art. 629 en ons artikel valt daarmede in het oog. Art. 629 geeft revindicatie tegen elken houder van eens anders goed, dat is de algemeenste regel; art. 2014, § 1, ontnemt die revindicatie voor roerend goed, dat is de algemeene regel; art. 2014, § 2, geeft bij een bepaald soort van roerend goed die revindicatie voor een korten tijd terug, dat is de uitzondering op den algemeenen regel, of wel de beperkte terugkeer tot den algemeensten regel van art. 629. Men late nu eens, ter proefneming, van deze drie bepalingen de middelste weg; men legge een man, die logisch weet te denken, deze eenvoudige vraag voor: indien de algemeenste regel is de revindicatie van ieder goed tegen iederen houder, en indien een bijzondere bepaling is de revindicatie van een bepaald soort van roerend goed tegen iederen houder, wat moet dan tusschen die beiden instaan! Mij dunkt, zijn antwoord kan niet twijfelachtig zijn. Hij zal het moeten erkennen, dat daartusschen voor niets anders plaats is, dan voor een algemeenen regel omtrent roerend goed, die de revindicatie er van opheft, in wiens handen de eigenaar het ook moge vinden, in die van een bezitter of van een blooten houder.

Blijkt reeds hieruit, dat het bezit van art. 2014, § 1, ook de detentie omvat, ik beroep mij 2°. op het betoog, bl. 321 volg. mijner Aanteekening geleverd. Was,

om de revindicatie van roerend goed krachtens § 1 van art. 2014 af te slaan, burgerlijk bezit noodig, dan zou de revindicatie van roerend goed tegen den blooten houder, als nergens door de wet aan korter tijd gebonden, dertig jaren duren, uit kracht van art. 2004, terwijl volgens § 2 van ons artikel de revindicatie van gestolen goed slechts een duur van drie jaren heeft. Voor de regtsvordering tegen den blooten houder van gestolen goed dus slechts drie jaren, maar voor die tegen den blooten houder van niet gestolen goed dertig jaren! Zulk een begunstiging der *res furtiva* ware toch al te ongerijmd.

Mijn vriend G. heeft de kracht van dit betoog volkomen gevat, zonder er echter door overtuigd te worden. Hij meent tot een andere uitlegging van § 2 de toevlugt te mogen nemen. «Geloof men,» ziedaar zijne redenering, «met ons, dat de in ons artikel (§ 1) vervatte regel slechts den civielen bezitter betreft, zoo «kan ook in § 2 de uitzondering alleen op dezen betrekking hebben, en de woorden *in wiens handen hij hetzelfde vindt* maken alleen dit kenbaar, dat de «actie niet uitsluitend tegen den dief wordt toegestaan. «De regel is, ieder die eenig roerend goed animo domini bezit is veilig tegen de aanspraken des vorigen «eigenaars, met uitzondering van dien *civielen bezitter*, «die gestolen (of verloren) goederen onder zijne magt «heeft gebragt.» Ik mag die redenering wel met het Spartaansche: ja, als! beantwoorden. Was het eens uitgemaakt, dat *bezit* in § 1 niet anders dan het civiel bezit kan beteekenen, dan zou men den woorden van § 2 zoo veel geweld mogen aandoen als onmisbaar noodig was, om ze daarmee in overeenstemming te brengen. Maar juist die beteekenis van het woord *bezit* in § 1 is de groote zaak in geschil. Zóó staat, naar mijn inzien, de twist: § 1 spreekt van *bezit*, § 2 van *dengene in wiens handen hij het goed vindt*; wat zal men nu doen? Zal men eerst § 1 in beperkten zin opvatten, en daarna,

omdat men dat nu eenmaal gedaan heeft, ook § 2 gaan beperken? of zal men, omgekeerd, met § 2 aanvangen? Naar mijn oordeel is alleen het laatste met de beginselen der hermeneutiek te rijmen. Zij gebiedt ons van het ondubbelzinnige uit te gaan, om het dubbelzinnige te verklaren, maar niet andersom den weg te kiezen. En welke uitdrukking is hier de dubbelzinnige? Zeker die van § 1, want én in ons wetboek én in alle juridische schriften wordt het woord *bezit* soms in engen, soms in ruimen zin genomen, nu eens alleen van het civiel bezit, dan van ieder houden, ook de nuda detentio. Daarentegen is die van § 2, *in wiens handen hij hetzelfde vindt*, zonder de geringste dubbelzinnigheid. § 1 kan ook den blooten houder omvatten; § 2 kan den blooten houder niet uitsluiten; dus moet niet § 1 den zin van § 2 bepalen, maar juist omgekeerd § 2 dien van § 1. Het is waar, Goudsmit meent zijne beperking van § 2 tegen de bedenking van willekeur te kunnen beschermen door te verwijzen «naar de laatste bewoordingen van het artikel, welke hem, wien het goed is «uitgewonnen, verhaal toewijzen op dengene van wien «hij het *bezit* bekomen heeft,» maar de ongegrondheid dier meening blijkt uit de dubbelzinnigheid van dat woord *bezit* zelf, naar het mij voorkomt, zonneklaar. *Bezit* is dubbelzinnig; het is dat én in § 1 én in de slotwoorden van § 2; het moet zijn zin verkrijgen door een uitdrukking, die ondubbelzinnig is; zulk een staat er in het midden van § 2, en zij dwingt ons, het woord *bezit* én in § 1 én in het slot van § 2 ruim op te vatten, zoodat ook het bloote houden er onder valt. En even weinig waarde kan ik aan de verwijzing naar art. 637 hechten, al treffen we haar in ons eigen art. 2014 aan. Of is, omdat in art. 637 van een kooper, dus van een civielen bezitter, gesproken wordt, ook in art. 2014 alleen aan een civielen bezitter te denken? Indien het

eens zoo ware, wat echter volstrekt het geval niet is, dan zou ik aan den regel herinneren, dat die te veel bewijst niets bewijst. Immers spreekt art. 637 niet van den civielen bezitter in het gemeen, maar van een bepaalden civielen bezitter, van den kooper. Moest alzoo dat art. de leidraad onzer uitlegging zijn, we zouden ook art. 2014 niet van elken civielen bezitter mogen verstaan, maar alleen van den kooper, zoodat de beteekenis er van worden zou; die eenig roerend goed *animo domini* bezit is veilig tegen de aanspraken des vorigen eigenaars, met uitzondering van dien *koop*, die gestolene goederen onder zijne magt heeft gebragt. En aan zulk een beperking zal toch Goudsmit zelf wel geen oogenblik willen denken. Maar dan trekke hij er ook het besluit uit, dat art. 637 op de uitlegging van ons artikel volstrekt geen invloed kan hebben, en evenmin art. 2280 C. N. Er zal wel niemand beweren, dat óf in art. 637 B. W. óf in art. 2280 C. N. een ander is bedoeld dan de civiele bezitter, maar kan daarom ook in art. 2014 B. W. en art. 2279 C. N. aan niemand anders gedacht zijn? Ook schokt mij de vraag niet, die Goudsmit doet, waarom dan aan den pandhouder, die «toch gelijke aanspraken van billijkheid heeft,» niet een regt is gegeven «tot het terugbekomen der door «hem voorgeschoten gelden.» Die vraag zou te pas komen, als art. 637 elken kooper regt gaf op terugvordering van den besteedden koopprijs; maar het geeft dat regt slechts aan den kooper «op eene jaar- of eene «andere markt, op eene openbare veiling, of van een «koopman, die bekend staat in dergelijke voorwerpen «gewoonlijk handel te drijven.» Bij den pandhouder nu zullen die omstandigheden wel niet voorkomen.

Eindelijk mag ik, altijd van de ondubbelzinnige § 2 uitgaande, de zaak 3^o. aldus voorstellen: na drie jaren kan de bloote houder eener gestolen zaak de revindicatie

afslaan. De wetgever heeft den eigenaar eener gestolen zaak willen bevoordeelen boven den eigenaar eener niet gestolene. Tegenover den laatste moet dus de bloote houder de revindicatie vroeger, terstond, kunnen afweeren. Hij zou dat niet kunnen, als *bezit* in § 1 alleen het civiel bezit aanduidde; derhalve het duidt meer aan; het omvat ook het natuurlijk bezit, het bloote houden.

Maar behalve hetgeen Goudsmit tot bestrijding van mijn betoog heeft aangevoerd (1), en wat ik mij vlei thans te hebben weerlegd, heeft hij voor zijne meening, dat in art. 2014 § 1 slechts het civiel bezit is bedoeld, twee zelfstandige bewijzen, wier gewigt ik nog moet onderzoeken. 1^o. bouwt hij «voornamelijk» daarop, «dat de wetgever, daar waar hij aan het bezit als zoodanig «regtsgevolgen toekent, niet kan geacht worden, eenig «ander bezit op het oog gehad te hebben, dan dat het-«welk door possessoire regtsmiddelen beschermd wordt, «en waarvan hij zelf den inhoud en de vereischten in «art. 585 omschreven heeft.» Wat deze door niets gestaafde verklaring meer is dan een *petitio principii*, kan ik niet inzien. *Waarom* kan de wetgever niet het natuurlijk bezit op het oog hebben gehad? Ofschoon van het scheppen eener wetgevende almagt even afkeerig als ik zelf, zal mijn vriend toch wel toegeven, dat de wetgever ook aan het natuurlijk bezit regtsgevolgen kan toekennen. En als dat zoo is, waarom zou hij dan, sprekende van een bezit, waaraan hij regtsgevolgen verbindt, daarmede dat natuurlijk bezit niet kunnen bedoelen? Ook zou men kunnen vragen, of men wel in den eigenlijken zin des woords van een werking, van regtsgevolgen, aan het bezit verbonden, spreken mag;

(1) Wat hij in het midden brengt tegen het door en door valsche stelsel van Mr. PHILIPS, die niet alleen elken houder van roerend goed tot eigenaar maakt, maar aan vruchtgebruiker en pandhouder in ons regt civiel bezit durft toekennen, heeft natuurlijk mijne onverdeelde toestemming.

de aard toch van dat bezit, burgerlijk of natuurlijk, is geheel onverschillig; alleen op den aard van het bezeten goed komt het aan; niet omdat de bezitter in eenige regtsbetrekking tot de zaak staat, wordt hij beschermd, maar alleen omdat de zaak een roerend goed is wordt zij aan de revindicatie onttrokken. Een regtsbetrekking tot een zaak is onmogelijk, zonder dat hij die ze verkrijgen zal zijn wil in die zaak heeft gelegd; maar bij den bezitter van roerend goed, die slechts natuurlijk bezitter is, bij den bewaarnemer enz., is zulk een wilsuiting niet aanwezig; de bezitter wil op de zaak geen regt hebben; daarom verwerft hij het zich dan ook niet, noch het regt van eigendom, noch eenig ander zakelijk regt; hij slaat eenvoudig de revindicatie af, en dat niet omdat hij iets gedaan heeft, maar alleen omdat de zaak, die gerevindiceerd wordt, een roerend goed is.

Het 2de bewijs, dat Goudsmit aanvoert, schijnt mij niet krachtiger. Volgens hem «kunnen wij ons nauwelijks een denkbeeld vormen, hoe iemand, die eene zaak «ter leen of in bewaring geeft, onder de uitdrukkelijke «of stilzwijgende voorwaarde, dat zijn eigendomsregt «ongeschonden zal blijven, in weerwil van deze overeenkomst, van zijn zakelijk regt zou kunnen beroofd worden, ook dan wanneer degeen, op wien het bezit is «overgegaan, den eigendom niet verkrijgen wil.» Het zou volkomen juist zijn, als men eerst had beslist, dat het bezit, waarvan art. 2014 spreekt, eigendomsregt geeft. Dan inderdaad zou dat bezit alleen het burgerlijke kunnen zijn. Een bewaargever, die ophoudt eigenaar te zijn, en een bewaarnemer, die tegen zijn wil eigenaar wordt, is al te ongerijmd, en het stelsel van Mr. PHILIPS is daarom onhoudbaar. Een van beiden, óf met Goudsmit eigendom, maar dan ook alleen civiel bezit; óf met mij ieder bezit, natuurlijk zoowel als burgerlijk, maar dan ook geen eigendom. De derde meening, natuurlijk be-

zit, en toch eigendom, kan den toets niet doorstaan. Juist die overeenkomsten van hewaargeving enz., waarbij geen eigendomsovergang kan plaats hebben, waren het hoofdwapen, waarvan ik tegen haar gebruik maakte. Zonderling is het, dat Goudsmit, die elders, het zal ons later blijken, dat wapen niet scherp genoeg rekent, het hier zelf zoo manbaftig uit de schede trekt. En hier kan het waarlijk, althans tegenover mij, geen dienst doen, juist omdat het ook in mijn eigen hand is. De bewaargever kan geen eigendom verliezen; het is zoo, maar hij verliest het ook niet; hij verliest alleen de regtsvordering, die bij onroerend goed er aan ontspruit, de revindicatie. De bewaarnemer wil en kan geen eigendom verkrijgen; hij verkrijgt het ook niet, hij verkrijgt alleen de bevoegdheid om de revindicatie af te slaan, omdat roerend goed voor die regtsvordering onvatbaar is. Al was er zelfs een wil om eigendom te verkrijgen, die wil alleen, zoo het geen res nullius gold, zou geen eigendom kunnen bezorgen, maar enkel een burgerlijk bezit.

Mag ik het na dit betoog voor bewezen houden, dat het bezit, in art. 2014 § 1 bedoeld, niet beperkt is tot het burgerlijk bezit, maar alle houders van het roerend goed omvat, dan kan ik nu overgaan tot de

IIde vraag, waarin het gevolg van dat houden, van de detentie eener roerende zaak wel bestaat. Is het eigendom of alleen de bevoegdheid om de revindicatie van den eigenaar af te slaan? Ik verklaarde mij voor het laatste, en beriep mij vooral, wat ik ook thans nog in de 1ste plaats aanvoer, op al die overeenkomsten, waarvan roerend goed het voorwerp kan zijn, en waarbij toch aan eigendomsovergang niet te denken is. Zoo toch de eenvoudige traditie mij den eigendom ontnam en dien op u, aan wien ik mijn goed in bruikleen of bewaring gaf, overdroeg, dan zou ik, de actio commodati of

depositi tegen u instellende, van u, die bruikleener of bewaarnemer van uw eigen goed zoudt zijn, een zaak terugvorderen, waarop ik het eenige regt, dat ik bezat, juist door die overgave aan u verloren heb. Een bewaargever, die door zijn overeenkomst ophoudt eigenaar te zijn, en een bewaarnemer, die eigenaar wordt, om later, wel niet door een zakelijke, maar toch door een persoonlijke regtsvordering, die aan dezelfde handeling ontspruit waaraan zijn eigendom ontsproten is, van dien eigendom te worden beroofd, dat hield ik in de regtswetenschap voor louter onzin, voor een wanklank in het regtsstelsel, die er niet mogt gehoord worden. Goudsmit denkt er anders over. Naar zijn oordeel «zoude het «volstrekt geen vreemd verschijnsel zijn, indien door «eene persoonlijke vordering *ex contractu* datgene werd «teruggeëischt, waarop men geen zakelijk regt heeft; «is immers het uitleenen van eene ons niet toebehoorende «zaak regtens allezins bestaanbaar, en de bewaarnemer «ook dan tot teruggave verplicht, als de bewaargever «geen eigenaar was, art. 1757 B. W.» Zeker, zelfs een gestolen zaak kan men in bewaring of bruikleen geven, en ze later *actione depositi* of *commodati* terugvorderen. Maar ook van den eigenaar? En, al kon men dit, hoe groot is niet het onderscheid tusschen het geval, dat een dief zijn gestolen zaak in bewaring geeft, en het geval dat iemand, die zijn eigen zaak in bewaring geeft, door die handeling zelve, en door haar alleen, ophoudt eigenaar te zijn. Maar, zegt Goudsmit, «de uitleener «zou zeer goed kunnen beweren, door uw bezit moge «mijn eigendomsregt zijn te niet gegaan (1), maar krachtens overeenkomst zijt gij juist verplicht om dat eigendomsregt weder te herstellen en op mij over te dragen.

(1) «Of in de uitoefening geschorst» voegt hij er bij, alsof dat hetzelfde ware met te niet gaan van het eigendomsregt, alsof dat niet juist het stelsel ware wat hij bestrijdt!

«Het zoude worden in stede van *si paret rem esse meam*, «*si paret mihi dari oportere*.» Hoe kon een zoo goed jurist zulke dingen schrijven? Een uitleener, die door zijn in leen geven ophoudt eigenaar te zijn; een leener, die door het ontvangen der zaak eigenaar wordt; en dan een actie van den uitleener ter herstelling van zijn zakelijk regt, ter eigendomsoverdragt, *ex contractu*! Waar ter wereld heeft ooit de natuur der overeenkomsten van bewaargeving en bruikleen in een tweemaal herhaalden eigendomsovergang bestaan? Die zich een bewaargever of uitleener met de intentie: *si paret mihi dari oportere* kan denken, die kan zich een juridisch mirakel denken. En dan nog die intentie «in stede van «*het si paret rem esse meam*», alsof dat in het Romeinsche regt, waar niemand van een eigendomsovergang droomde, bij de *actio depositi* of *commodati* de gewone intentie ware geweest! En zoo iets schrijft Goudsmit, na een paar regels vroeger met regt te hebben geleerd, dat men zelfs een gestolen zaak kan uitleenen of in bewaring geven, een dief alzoo met het *si paret rem esse*! Neen, het blijft een ongerijmdheid, een eigendomsovergang door de bloote traditie van den uitleener, en de herstelling van den verloren eigendom *ex contractu*, te beweren. Waar blijft dan, vroeg ik reeds in mijne aantekening, het verschil tusschen bruikleen en verbruikleen? Dat de verbruikleener eigenaar wordt, leert art. 1792 B. W., en het wezen dier overeenkomst vordert het ook; maar dat de bruikleener geen eigenaar wordt, zegt art. 1778 even uitdrukkelijk, en de natuur van deze overeenkomst vordert dit niet minder gebiedend. Maar nu wordt dan ook de redenering hoogst eenvoudig: van den bruikleener kan het roerend goed, dat hij onder zich heeft, niet worden gevindiceerd; de bruikleener is echter geen eigenaar; dus is het gevolg van het houden, van de detentie, in art. 2014 § 1

bedoeld, niet de eigendom, maar alleen de bevoegdheid om de revindicatie af te weren, en dat is de zin van het betwiste *vaut titre*.

Mag ik, ter bevestiging van mijn stelsel, mijn vriend nog opmerkzaam maken op de zonderlinge tegenspraak, waarin hij met zich zelve geraakt is? Op bl. 478 vindt hij in een bewaarnemer, die eigenaar is geworden, en wel alleen door zijne bewaarneming, maar van wien nu die eigendom later weer ex contractu wordt afgeëischt, niet vreemds; en op bl. 484 noemt hij, en met regt, een bewaarnemer, die zonder het te willen eigenaar is geworden, en een bewaargever, die in strijd met zijne overeenkomst zijn eigendom verliest, zoo vreemd, dat hij er zich «naauwelijks een denkbeeld van kan vormen.» Zal hij in die tegenspraak niet zelf het afdoende bewijs zien, dat zijn geheele stelsel op lossen bodem staat?

2°. vestigde ik de aandacht op die artikelen van ons B. W., die bezit en eigendom van roerend goed van elkander afscheiden. Die afscheiding is onzin, wanneer men eenvoudig door het bezit reeds den eigendom verkrijgt. Van dit bewijs heb ik bij GOUDSMIT vruchteloos de bestrijding gezocht, zoodat ik de vrijheid neem, het andermaal zijner overweging aan te bevelen.

3°. beriep ik mij op de plaatsing van art. 2014 in de afdeeling van de verjaring, beschouwd als een middel om van eene verpligting bevrijd te worden, dus van de praescriptie. Het moest daarom met die praescriptie zamenhangen, niet met die verjaring, die eigendom verschafft, de usucapio. Niet van eigendomsverkrigging kon het spreken; dan toch had het in de vorige afdeeling te huis behoord; maar alleen van het afslaan eener actie. Doch GOUDSMIT wil hier althans van zulk een beroep op de plaats van het artikel niets weten, omdat het toch naar zijn oordeel niet te rijmen is met «de bepaling, bij «de wet van de verjaring gegeven. Immers is deze vol-

«gens art. 1983 een middel, om door het verloop van «een zekeren bepaalden tijd iets te verkrijgen of van «eene verbindtenis bevrijd te worden. Atqui bij roerende «goederen wordt niet het *geringste tijdsverloop* ver«eischt, hetzij tot verkrijging van eigendom, hetzij tot «afwering der vordering.» Maar ligt dan de samenhang niet juist in die tegenstelling? Gelijkheid maakt verband, maar contrast evenzeer. Wanneer een belastingwet verklaart: die in de hoogste klasse zijn aangeslagen betalen het meeste, die in lagere klassen behooren betalen telkens minder, die beneden het minimum der laagste klasse zijn betalen niets, zou dat geen uitmuntenzende samenhang mogen heeten? Welnu, zoo is het ook hier. Alle regtsvorderingen verjaren door dertig jaren (art. 2004); die van meesters enz. verjaren door verloop van één, twee of vijf jaren (art. 2005 volg.); die ter vindicatie van roerend goed behoeft geen tijdsverloop om vervallen te zijn, zij kan nimmer voorkomen. Waarom zou dat geen logisch verband zijn? Maar geheel ongegrond is dan ook de bewering van GOUDSMIT: «als «bepierking van de revindicatie ware *alleen* de plaatsing «achter art. 629 geregtvaardigd.» Dat werkelijk ons artikel daar het best zou geplaatst zijn, leerde ik zelf reeds vóór tien jaren; maar dat de plaats, die het nu inneemt, onverdedigbaar zou zijn, ontken ik. Eerst (art. 629) het algemeene beginsel der actie; vervolgens hare beperking door tijdsverloop (art. 2004 volg.); eindelijk hare beperking ook zonder tijdsverloop (art. 2014), dat moge ik niet voor de schoonste orde houden, wanorde kan ik er evenmin in zien.

Waaraan is het toe te schrijven, dat GOUDSMIT onmiddellijk op de aangehaalde woorden deze uitspraak laat volgen: «Vat men het bezit van art. 2014 op als een «modus acquirendi op zich zelve, zoo behoort het zeker «elders, niet bij de verjaring te huis?» Die uitspraak

toch is de beste bevestiging van mijne leer, daar ik nu slechts zoo behoef te besluiten: ware het bezit van art. 2014 een *modus acquirendi*, dan moest het artikel elders staan; maar het staat niet elders; derhalve is het bezit van art. 2014 geen *modus acquirendi*, zooals Goudsmit wil, maar geeft alleen het regt om de revindicatie af te slaan, zooals door mij is geleerd.

Als Goudsmit mij den raad geeft, vooral in het oog te houden, «dat in den C. N. het met ons artikel overeenkomende art. 2279 voorkomt in de afdeeling, welke «tot opschrift heeft: *de quelques prescriptions particulières*, in tegenoverstelling niet van de *ususapio*, «maar van de *prescription trenténaire* en die per dix et «vingt ans, welke in de vorige afdeeling zijn behandeld «geworden,» dan is het mij niet regt helder, wat hier «des Pudels Kern» is. Art. 2279 C. N. volgt op de artikelen, die een korteren termijn van praescriptie vaststellen, en geheel hetzelfde geldt van ons art. 2014. Er is hier geen zweem van verschil te vinden, en er is ook niemand die het heeft beweerd. «In tegenoverstelling «niet van de *usucapio*, maar van de praescriptie,» juist dat is het waarop ik mij beroep, want daaruit volgt, dat er verband te zoeken is niet met de *usucapio*, die tot eigendom leidt, maar met de praescriptie, die slechts een actie doet afwijzen.

Mijn 4de bewijs ontleende ik aan de onmogelijkheid, dat hier, waar over de uitsluiting van regtsvorderingen door verjaring wordt gehandeld, plotseling een artikel zou voorkomen, dat een nieuwe wijze van eigendomsverkrijging invoerde, te meer daar er vroeger (B. 2, tit. 3) opzettelijk over de wijzen, waarop eigendom verkregen wordt, was gesproken, en zij daar geheel on-aangestipt was gebleven. Ik geloof nog, dat aan dit bewijs groote kracht moet worden toegekend. Goudsmit zoekt het te ontkennen door op art. 665 te wijzen, «dat

«met uitdrukkelijk bewoordingen verwijst naar de verjaring als middel van eigendoms-verkrijging, *overeenkomstig de voorwaarden en onderscheidingen*, welke bij den zevenden titel van het vierde Boek zijn vastgesteld.» Alsof art. 665 hier iets ter zake deed! Het spreekt, mijn vriend zelf erkent het, van de verjaring als middel van eigendomsverkrijging, dus van de usucapio, terwijl de geheele afdeeling, waarin ons artikel staat, van de verjaring als middel om van een verpligting bevrijd te worden handelt, dat is van de praescriptie. Naar die afdeeling is dus zeker in art. 665 niet verwezen. Men ziet, mijn antwoord luidt niet, zoo als GOUDSMIT het van mij verwachtte, «deze toeëigening als het «ware heeft met de verjaring niets gemeens, omdat geen «tijdsverloop vereischt wordt,» maar het luidt eenvoudig zoo: het bezit van art. 2014 staat met de praescriptie in verband, niet met de usucapio, en kan dus alleen tot het gevolg der praescriptie, niet tot eigendom, leiden. Als daarom GOUDSMIT meent, dat ook naar mijne stelling, «art. 2014 met de verjaring in verband wordt «gebracht,» moet ik hem alleen dit antwoorden: niet met usucapio, maar met de praescriptie, niet met eigendomsverkrijging, maar met het afslaan eener regtsvordering.

5°. noemde ik de stelling, dat bezit, zonder meer, waar het namelijk geen res nullius geldt, eigendom zou geven, zoo paradox, zoo in strijd met uitdrukkelijke wetsbepalingen, dat ze niet ligt mag worden aangenomen. Ook van dit oordeel heb ik te vergeefs bij GOUDSMIT een bestrijding gezocht.

Hiermede zijn de bewijzen, die ik vroeger in het midden bragt, op nieuw aangedrongen en gestaafd. Mijne taak zou geëindigd zijn, zoo het niet noodig ware, nog te overwegen, wat door GOUDSMIT voor zijn stelset en tegen het mijne wordt aangevoerd. Hieraan zij het laatste deel van mijn onderzoek gewijd.

III. Bijzondere waarde hecht mijn vriend Goudsmit: 1°. aan de woorden van ons artikel, dat het bezit *als volkomen titel geldt*, nog sterker dan art. 2279 C. N., waar het heet: *la possession vaut titre*. Dat door *titel* hier eigendomstitel, *titre de propriété*, moet worden verstaan, en MARGADÉ het ten onregte raadselachtig noemde, «*quel est le titre que cette possession vaut et remplace,*» stel ik met hem op den voorgrond. Maar al staat er dus, dat het bezit als titel van eigendom geldt, dan meen ik nog, dat die uitdrukking voor mijn gevoelen pleit. Er wordt niet gezegd, dat het bezit titel van eigendom *is*, maar alleen dat het als zoodanig *geldt*. De vraag wordt dan: waarin geldt het als zoodanig? En het antwoord daarop geeft de plaatsing van ons artikel: in het bevrijd worden van eene verpligting, het afslaan eener actie. De zin is dus: de revindicatie van den eigenaar kan door den houder van roerend goed met even zeker gevolg worden afgewezen alsof hij zelf de eigenaar ware. Heeft dat nu «met een eigendomstitel niets gemeen?» is dat nu «het aanwenden eener door niets «gemotiveerde vergelijking?» wint nu «hij, die door zijn «bloot bezit beschermd is,» daar «hoegenaamd niets bij, dat «dit zijn bezit met een volkomen titel van eigendoms- «verkrijging op ééne lijn wordt gesteld?» Zou hij dan alleen door zijn bezit, door zijn houden van de zaak, ook zonder die gelijkstelling, de revindicatie kunnen afweren? Volgens Goudsmit had de wetgever, als hij mijn stelsel had gehuldigd, «de vroeger zoo bekende «uitdrukking *roerende goederen hebben geen gevolg,*» moeten kiezen. In die uitdrukking zou dus mijn vriend zelf niets meer dan een beperking der revindicatie zien, en toch is hem vier bladzijden vroeger het «*mobilia non habent sequelam,*» dat «in sommige oorden van ons Vaderland gold,» identisch met hetgeen thans door onzen wetgever, in navolging van den Franschen, is vastgesteld!

2°. verzekert ons GOUDSMIT: «inderdaad staat art. «2014 niet in verband tot art. 2004, maar bevat het veel eer eene tegenstelling van art. 2000.» Doch juist de plaatsing van ons artikel, om nu mijne andere bewijzen te laten rusten, spreekt tegen die verzekering. Art. 2014 zal in verband staan niet met een artikel uit dezelfde afdeeling, waarin het staat, maar met een artikel uit een afdeeling, waarin het staat. Ik kan dien sprong over het opschrift onzer afdeeling hem niet nadoen.

3°. tref ik de volgende opmerking aan: «Ziet men «in art. 2014 slechts een middel van verdediging, zoo «is er geene tegenstelling, daar ook voor de praescriptie «der zakelijke regtsvorderingen, die op onroerende goe- «deren betrekking hebben, geen titel vereischt wordt, «en men laat eigenlijk den wetgever dit zeggen: alle «regtsvorderingen, zoowel zakelijke als persoonlijke, «verjaren door dertig jaren, zonder dat er een titel noo- «dig zij, *maar* de vordering, waarbij een roerend goed «wordt opgeëischt, vereischt evenmin een titel.» Dit zou zeker al bijzonder belagchelijk zijn. Maar zal mijn vriend durven ontkennen, dat hij hier een zonderling spel met het woord *titel* heeft gedreven? Iemand koopt en ontvangt te goeder trouw een onroerend goed van een niet-eigenaar; na twintig jaren is hij *usucapione* eigenaar geworden; na dertig jaar daarentegen slaat hij de revindicatie door praescriptie af, zonder dat hij zich er op behoeft te beroepen, dat het goed hem verkocht en geleverd is, dat is zonder dat hij verpligt is *eenigen titel aan te toonen* (art. 2004). In dien zin spreekt art. 2004 van een *titel*; maar ook art. 2014? Het zegt, dat hij roerend goed bezit als volkomen titel geldt. Ik wil nu, om het mijn vriend zoo ligt mogelijk te maken, voor een oogenblik aannemen, dat *bezit* daar alleen civiel bezit beteekent, en *geldt als* titel gelijk staat met *is* titel, zoodat de bepaling luidt: bij roerend goed is

civiel bezit titel. Maar wil dit dan zeggen, dat de civiele bezitter niet verplicht is een titel te toonen, zich er op te beroepen, dat het goed hem verkocht en geleverd is? Neen, volgens Goudsmit zelf wil het zeggen, dat de civiele bezitter eigenaar is. In art. 2014 is titel een titel *van* eigendom, waaraan onmiddellijk en onvoorwaardelijk de eigendom verbonden is; in art. 2004 daarentegen is het een titel *tot* eigendom, een regts titel van eigendoms-overgang, zooals art. 639 het noemt, die alleen dan tot eigendom kan leiden, als hij afkomstig is «van dengene, die gerechtigd was over den eigendom te beschikken.» Maar aan wat ijdel woordenspel heeft zich mijn vriend dan schuldig gemaakt, en hoe geheel ten onregte beweert hij, dat de wetgever in ons artikel gedrukt heeft, «op de misbaarheid van een titel, die «evenzeer bij de overige regtsvorderingen plaats grijpt!» In de «misbaarheid» van het tijdsverloop zit de tegenstelling, en in niets anders. Afwering der revindicatie bij onroerend goed na dertig jaren, bij gestolen of verloren roerend goed na drie jaren, bij ander roerend goed terstond, dat is de loop der gedachten van onzen wetgever.

Om mijn beroep op de woorden *vaut* en *geldt als* te verzwakken, maakt Goudsmit mij opmerkzaam op art. 692, *C. N.* Waarom ook niet op art. 747 *B. W.*? Maar daar staat de bepaling in een afdeeling, die aanwijst, «comment s'établissent les servitudes,» «op hoe «danige wijze erfdienstbaarheden worden vastgesteld,» en het punt, waarin de bestemming als titel geldt, kan dus geen ander zijn dan de vaststelling eener erfdienstbaarheid. Volmaakt hetzelfde wil ik hier toepassen. Art. 2014 staat in een afdeeling over de verjaring als middel om van een verpligting bevrijd te worden. Het punt alzoo, waarin het bezit als titel geldt, moet zijn de bevrijding van een verpligting, het afslaan der revindicatie.

4^o. zegt Goudsmit: «Ziet men in het bezit geen «eigendoms-verkrijging, maar alleen een verdedigings-«middel, zoo ware voor roerende goederen geen eigen-«doms-verkrijging door verjaring denkbaar, hoe lang «men ook het bezit moge hebben voortgezet.» Mijn antwoord is eenvoudig: zij is ook volstrekt onnoodig, wanneer er van roerend goed in het geheel geen revindicatie kan zijn. Maar waarom dan, vraagt mijn vriend, naast de dertigjarige praescriptie van onroerend goed nog de dertigjarige usucapio er van? Omdat het bij onroerend goed geheel anders is dan bij roerend. Kan ik bij het eerste mij alleen op de dertigjarige praescriptie beroepen, en ben ik dus geen eigenaar geworden, dan zal, zoodra ik het goed verkoop, de eigenaar terstond tegen den koper kunnen opkomen. Bij roerend goed is dit het geval niet, omdat daar alle revindicatie is uitgesloten. Bij onroerend goed is er dus, «wel degelijk «een hemelsbreed verschil, te kunnen zeggen: hanc rem «meam esse ajo. zijn goed gerustelijk te kunnen ver-«vreemden, in vruchtgebruik of verbruikleening te «kunnen geven, in één woord de volstrektste wettige «beschikking daarover te hebben, of wel zich angst-«vallig te moeten vastklemmen aan een tijdelijken en «toevalligen feitelijken toestand.» Maar bij roerend goed, dat uit zijn eigen natuur nooit eenige revindicatie gedooft, bestaat dat verschil niet. Een roerende zaak kan ik, als ze maar nooit kan gerevindiceerd worden, even goed vervreemden, wanneer ik geen eigenaar ben, als wanneer ik zeggen kan: hanc rem meam esse ajo.

Met deze opmerking is dan ook de bedenking uit den weg geruimd: «Kan het bevordering van zekerheid genoemd worden, als een roerend voorwerp door verskillende handen van den een op den ander kan worden overgedragen, terwijl een derde, geheel onbekende «en als het ware mystieke persoon daarvan den eigen-

«dom behoudt?» Het regt, om de revindicatie af te weren, dat der roerende zaak overal aankleeft, is een geheel voldoende bevordering van zekerheid.

5°. werpt mij Goussmit de vraag voor: «quo jure «zal b. v. de bezitter van roerende goederen, die gestolen of verloren zijn, deze terugvorderen van den «houder, die hem in den geest van het bestreden stelsel «zal toevoegen: als bezitter kondet gij u alleen tegen «eene actie verdedigen, maar de wet kent u als zoodanig geene vordering toe.» Ik geloof die zwaarigheid te kunnen oplossen met niets anders te zeggen dan: «nullo jure;» er is geen actie; want § 2 van ons artikel geeft die alleen aan den eigenaar, die «het gestolene of verlorene als zijn eigendom terugvordert.»

Maar wat beteekent 6°. «dat nudum dominium quitarium, waarvan steeds en het genot, en de mogelijkheid om daarin te worden gehandhaafd zullen zijn «afgescheiden?» Die beteekenis is ligt aan te geven. Men vindt haar, zoo als ik reeds vroeger opmerkte, in de mogelijkheid, om zulke overeenkomsten te sluiten, waarbij, trots de overgave van het goed, de eigendom er van niet verloren gaat. Als zoodanig noemde ik bewaargeving en uitleenen. Goussmit heeft mij niet regt begrepen, en werpt mij daarom tegen, dat «beide die «overeenkomsten alleen door de overgave der zaak worden voltrokken (art. 1734 en 1777 B. W.) en derhalve «hij die deponceert of de commodans tijdens het aangaan dier «verbindtenis moet zijn in het bezit geweest.» Er is wel niemand die hieraan zal twifelen; maar wat bewijst het tegen mij? Als ik in het bezit eener roerende zaak ben en ze aan u in bewaring geef, door welke overgave de overeenkomst voltrokken wordt, dan is er een regtsbetrekking tusschen ons geboren, waaruit later de depositi actio kan voortvloeijen. Maar die regtsbetrekking nu is onmogelijk, als ik door die overgave den eigendom aan

u verloren had. Ofschoon ik dus geen revindicatie heb, zoo maakt mijn nudum dominium Quiritium, zoo als mijn vriend het gelieft te noemen, het bestaan dier regtsbetrekking, en dus ook der overeenkomst, waaruit zij geboren wordt, mogelijk. Verloor ik mijn eigendom door de overeenkomst, die eerst met de overgave voltrokken is, dan zou ik nooit met mijne depositi actio de u gegeven zaak kunnen terugvorderen, maar alleen haar aequivalent, met andere woorden het zou niet de depositi actio zijn, zoo als ons regt, in overeenstemming met het Romeinsche, die alleen kent.

«Bovendien,» zegt Goudsmit 7°. «pleit tegen de door ons bestreden opvatting nog dit, dat hare voorstanders «moeten aannemen twee eigenaren van dezelfde zaak in «haar geheel.» Hij werkt die gedachte uit, maakt dan in mijn naam, niet als mijn mandataris, zich zelve een tegenwerping, en slaat die moedig terug. Ik kan hem tot mijn leedwezen niet als een trouwen negotiorum gestor aanmerken, maar bepleit mijne zaak liever met mijn eigen bewijzen. Tegen zijn bezwaar voer ik dit aan, dat hij het uitsluiten van de revindicatie en het eigendomsregt verwacht. Ik beweer niet, dat de bezitter van roerend goed eigenaar is; dat is integendeel het stelsel van mijn vriend; in het mijne heeft de bezitter slechts de bevoegdheid om, als ware hij eigenaar, de revindicatie af te weren. Hoe kan hier dus ooit van «duo ejusdem rei domini in solidum» sprake zijn? Wat Goudsmit, met verwijzing naar art. 604 en 605, in het midden brengt omtrent den bezitter, die tot het tijdstip der terugvordering als eigenaar wordt aangemerkt, houd ik in ieder opzigt voor valsch, maar ik wil er hier alleen tegen aanvoeren, wat hier ter zake dient, dat namelijk die te veel bewijst niets bewijst. Moest toch daaruit, dat elk bezitter bij voorraad als eigenaar wordt aangemerkt, volgen, dat er duo ejusdem rei domini in solidum zijn,

dan ware datzelfde het geval, wanneer de eigenaar van een onroerend goed dat door revindicatie opeischte. Dat het hier slechts voor een tijd, bij voorraad, bij roerend goed daarentegen voor altijd plaats zou hebben, maakt geen verschil, want het regt verbiedt niet alleen voor altijd, maar ook voor een korten tijd, al ware het maar een oogenblik, het bestaan van duo ejusdem rei in solidum domini. Doch ik kan van dit punt wel afstappen, want bij nader overweging zal mijn vriend zeker niet volhouden, dat de regtsregel van art. 604 en 605 een tijd lang twee eigenaars zou maken. Zoo lang toch de bezitter als eigenaar wordt aangemerkt, zoo lang wordt de eischer niet als eigenaar aangemerkt; daarin ligt juist een groot voorregt van het bezit.

Een 8ste bewijs ontleent Goudsmit aan de woorden van § 2 van ons artikel. De bestolene kan hetgeen hem ontnomen is *als zijn eigendom* terugvorderen; «wat «beteekent dit anders, dan dat hij zelfs in dit geval «geen eigenaar meer is, maar juris fictione daarvoor «wordt gehouden tot behoud van een regtsmiddel, dat «anders als een uitvloeisel van het regt daarmede tege-«lijk zoude zijn verloren gegaan?» Een revindicatie dus door den niet-eigenaar tegen den eigenaar! Vooral Goudsmit, die eigendom en revindicatie zoo onafscheidelijk rekent, dat hij van het eerste zonder de laatste niets wil weten, moest zoo iets niet aannemen. Mij gaat het juist omgekeerd. Een eigenaar, die hetzij om den aard van zijn goed, hetzij om iets anders niet kan revindicieren, is mij niet vreemd; ik kan mij hem even goed voorstellen als een stem die niet zingt; maar een niet-eigenaar die revindiceert is mij een even groot raadsel als een gezang zonder stem, en dan nog een revindicatie tegen den eigenaar zelve, want als de bestolene geen eigenaar meer is, dan moet toch zeker de dief

eigenaar zijn geworden; of heeft de zaak in het geheel geen eigenaar meer? is zij een *res nullius*? Het is waar, met een *juris fictio* kan men wonderen doen, even als met de wetgevende almacht van Mr. PHILIPS, waartegen mijn vriend zoo te regt ijvert. Neen! de woorden *als zijn eigendom terugvorderen* duiden geen *juris fictio* aan, maar geven alleen te kennen, dat het hier een revindicatie, geen persoonlijke regtsvordering is. Juist daarom spreekt dan ook de wet in het geval van *réclame*, dat Goudsmit als voorbeeld aanvoert, in art. 1191 niet van «als eigendom terugeischen,» maar eenvoudig van «terugeischen.» De eigendom is daar op den kooper overgegaan, de verkoper is een eigenaar meer, maar zijn actie van *réclame* is dan ook geen revindicatie, al spreekt art. 2102 C. N. in oneigenlijken zin van *révindicacion*. En moge al, minder naauwkeurig, in art. 2230 C. N. de bestolene «le propriétaire *originnaire*» heeten, het eenvoudige *révendiquer* van art. 2279 zou ik daartegen overstellen, als niet de C. N. het somtijds oneigenlijk gebruikte.

Ik mag van dit punt niet afstappen, zonder eerst aan ieder, die Hollandsch verstaat, een eenvoudige vraag te hebben voorgelegd. Wanneer ik tot iemand zeg: ik vorder het door u bewoonde huis als mijn eigendom terug, beteekent dit dan, dat ik het terugvorder omdat het mijn eigendom is, dus uit kracht van mijn eigendomsregt? of beteekent het, dat ik het terugvorder, als ware het mijn eigendom, ofschoon het dat inderdaad niet is? Ik ben geen oogenblik bevreesd, dat iemand het laatste zal durven beweren.

Het 9de en laatste bewijs van Goudsmit is de geschiedenis van het dogma, die volgens hem ons leert, «dat de bedoeling geene andere is geweest, dan om het «bezit tot eigendom te verheffen.» Vooral op Bourjon, «aan wien de bepaling grootendeels is te danken,» en

op de beraadslagingen over den C. N., dien « onze wetgever op den voet gevolgd is, » beroept hij zich. Zou men echter op dit veld wel rijke vrucht mogen verwachten, wanneer men tweecërlei bedenkt? *a.* de « wisseling en onzekerheid, die ook onder de Fransche « regtsgeleerden heerschen, » zoodat MARCADÉ van de bepaling in den C. N. zei: « C'est vraiment parler à la « manière des sibylles. » *b.* de verwarring van verloren eigendom en van behouden eigendom zonder regt tot revindicatie, een verwarring die Mr. PHILIPS tot zijn *quod idem est* bragt, die ook mijn vriend soms in bare strikken ving, en waarvan de Fransche wetgever, blijkens art. 2279 en 2280 C. N., zich evenmin wist rein te houden. Kan, in dien stand van zaken, uit de woorden van sprekers of schrijvers wel veel licht opgaan? Daarbij, waarom was het eigenlijk bij de geheele zaak te doen? Om « den bloei van den handel en de levensdigheid van het vertier. » En wat vorderden die? GOUDSMIT zelf heeft het met de woorden van JOAN DE WITTE gezegd; zij deden de noodzakelijkheid beseffen, om « door de beperking der revindicatie volkomen confusie van den koophandel te voorkomen. » Inderdaad, de beperking der revindicatie was daartoe geheel voldoende, al had er geen eigendomsovergang plaats. Er is niets meer noodig dat dat, het zijn de termen van BOURJON, « la simple possession produit tout l'effet d'un « titre parfait, » of « vaut titre de propriété. » Bij onroerend goed revindicatie van den eigenaar, tenzij de bezitter de praescriptie voor zich kan aanvoeren; bij roerend goed geen revindicatie, al kan zich de bezitter op geen praescriptie beroepen; zijn bezit alleen slaat de regtsvordering af. En niets anders leerde BOURJON in de woorden: « relativement aux meubles la prescription « n'est d'aucune considération, puisque par rapport à « ces biens la simple possession produit tout l'effet d'un

«*titre parfait.*» Wat Goudsmid blz. 482 vlg. daaruit afleidt, en waarbij hij weer, nu in gezelschap van twee Fransche regtsgeleerden, in zijn oude spel met het woord *titel* vervalt, gaat mijn begrip te boven. Of doelt hij op die zwaarigheid, dat er dan geen eigendomsverkrijging van roerend goed door verjaring mogelijk is, zoo vlei ik mij, die voor goed uit den weg te hebben geruimd.

Wanneer ik hiermede, omdat mijn vriend zelf niet dieper in de geschiedenis van het dogma is ingegaan, van haar afscheid neem, doe ik het onder voorbehoud van het regt, om later, zoo het noodig is, op haar terug te komen.

Denkbeelden over regterlijke organisatie (1).

Bij het ontwerpen van een nieuw plan van regterlijke organisatie, komen voornamelijk *twee* vragen in aanmerking:

a. ten aanzien der *burgerlijke zaken*, of het middel van *cassatie* zal behouden blijven, zoo als dat thans bestaat?

b. ten aanzien van *strafzaken*, of daarin *hooger beroep* zal worden toegelaten?

Beide die vragen zijn dan ook reeds vroeger ter sprake gebracht, en het vóór en tegen heeft meermalen een onderwerp van overweging uitgemaakt.

Iets geheel nieuws is er dus moeilijk van te zeggen;

(1) Om te voldoen aan het verlangen van den kundigen schrijver, die niet behoort tot de Haagsche balie, plaatsen wij dit stuk tegen onze gewoonte, naamloos. Het gewigt van het onderwerp deed ons daartoe besluiten, hoezeer wij daardoor niet willen geacht worden alle de denkbeelden van den geachten schrijver te deelen.

RED.

en wat hier volgt, is weinig meer dan eene verzameling van reeds gemaakte bedenkingen.

Maar, bij één brengende, wat niet dan verspreid was te vinden, en daarbij voegende wat bovendien aanmerking scheen te verdienen, als nader aandringende wat, ook naar mijne overtuiging, juist en gegrond is, meende ik evenwel geen nutteloos werk te doen.

Alzoo zijn ontstaan de volgende aantekeningen.

A.

In alle, ook de meest belangrijke, burgerlijke zaken is een onderzoek in *twee* instantien voldoende.

Die als eischer optreedt, waartoe hij zelf het oogenblik kiezen kan, moet met zijne bewijzen gereed zijn.

Doch bovendien geeft de wet niet alleen aan den verweerder, maar algemeen en dus aan beide partijen, het vermogen, om door het vragen van schorsing of uitstel zich den tijd te bezorgen, dien zij behoeven mogten om bijeen te brengen en mede te deelen, wat zij ter regtvaardiging harer beweringen noodig achten. Art. 151 W. v. B. R.

Over te snellen voortgang van procedures is trouwens nooit geklaagd: altijd over te langen duur. Het is ook bij ons gebleven bij het oude: «pauvre plaideur, prenez patience.»

En wanneer dan, na eene eerste behandeling en beslissing, de zaak nogmaals in haar geheel aan het regterlijk oordeel kan worden onderworpen, hebben de partijen zeker al den tijd en overvloedig de gelegenheid, om wederzijds alles aan te voeren en bij te brengen, wat gevorderd wordt om de gerezen verschillen met juistheid aan den regter te doen kennen.

Maken zij dien tijd en die gelegenheid zich niet ten nutte, dan hebben zij dit zich zelve te wijten.

Welke is nu de reden, die reeds vroeger elders en later ook hier is geoordeeld te bestaan, om de in tweede instantie gevallen uitspraak nog aan een nieuw, ofschoon dan meer beperkt regterlijk onderzoek te onderwerpen?

Die reden was niet en kon niet zijn, een minder vertrouwen op de juistheid van het oordeel der eerdere regters, dan van den lateren.

Ware dit het geval, dan moest geen lagere regter immer het vermogen hebben, uitspraak te doen zonder hooger beroep;

en dan moest algemeen en zonder uitzondering een beroep in cassatie zijn toegelaten.

Doch men ging niet uit van dat denkbeeld.

Bij elken regter is en moest eene gelijke mate van bekwaamheid en ijver worden verondersteld, om de aan hem bij de wet ter beslissing opgedragene zaken behoorlijk te onderzoeken en te beoordeelen.

Langduriger studie en meerdere ondervinding mogen een vermoeden ten voordeele van ouderen boven jongeren van jaren kunnen doen ontstaan, en de bepalingen der artt. 48, 64 en 86 der tegenwoordige wet op de regterlijke organisatie regtvaardigen; maar evenwel:

in de werkelijkheid zijn de verschillende regterlijke collegien niet naar ouderdom bezet.

In dat opzigt staat het personeel bij allen genoegzaam gelijk; het eigenlijk verschil ligt in den titel en de bezoldiging, en heeft dus niets gemeen met de regtspraak.

Er moest derhalve zijn, en er was dan ook eene andere reden, voor het toelaten van een *derde* onderzoek: het bevorderen namelijk van eenheid in de jurisprudentie: van eenstemmigheid in de uitlegging en toepassing der wetten.

Men had op het oog het algemeen, niet enig bijzonder belang.

En het was dan ook niet te doen om betere, maar om

gelijke beslissingen te verkrijgen, in gelijkstaande gevallen.

Om dat doel te bereiken, moesten zooveel mogelijk alle regterlijke uitspraken aan het oordeel van één en hetzelfde collegie ten slotte kunnen onderworpen worden.

En van daar de instelling van het middel van het Hof van cassatie, zoo als dit in der tijd in Frankrijk werd georganiseerd; — en hier te lande mede is in het leven geroepen; echter met eene hoogst gewigtige wijziging, die op de gevolgen van grooten en zeker niet gunstigen invloed is; zoo als dit laatste met juistheid werd aangemerkt door Mr. W. SIEWERTZ VAN REESEMA, in zijne *Brieven over de burgerlijke regtsvordering*, blz. 37 en 38.

Als van zelve rijst de bedenking op, of niet op eene meer eenvoudige wijze het doel ware te bereiken geweest: door namelijk het appel, de tweede instantie, in alle zaken door hetzelfde collegie te doen beoordeelen?

In Frankrijk echter moesten twee redenen daarvan terug houden.

De eerste en voornaamste was de uitgestrektheid van dat Rijk, waardoor onmogelijk werd gemaakt het appel in alle zaken bij hetzelfde collegie ter beslissing te brengen, zoo om het aantal regtsgedingen, als om de groote afstanden.

De tweede reden was beduchtheid, dat zoodanig collegie, hetwelk in alle zaken onherroepelijk uitspraak deed, te veel invloed zou verkrijgen en te groote magt zou bezitten.

Zie MEIJER, *de la nécessité d'une Haute Cour provisoire*, pag. 92, 93.

Daarom werden Hoven van appel behouden; en is het Hof van Cassatie daarnevens gesteld; echter alleen met de bevoegdheid om vonnissen te vernietigen; —

het vermogen, om in de zaken zelve uitspraak te doen, werd niet gegeven, om niet de gevreesde te groote magt toe te kennen.

Doch wat is er nu van de zaak in het tegenwoordig Rijk der Nederlanden?

Ontegenzeggelijk bestaat hier de mogelijkheid, om alle voor hooger beroep vatbare vonnissen aan het oordeel van een enkel Hof te onderwerpen, indien slechts het personeel daarnaar worde bepaald.

Noch te groot aantal zaken, noch te groote afstanden, zouden dit hier verhinderen.

Van 1814 tot in 1838 werden alle appellen van vonnissen der Regibanken aangebragt, behandeld en afgedaan bij het toenmalig Hoog-Geregtshof; ook ofschoon eene der drie Civile Kamers van dat Hof was opgeheven en onderscheidene vacatures werden onvervuld gelaten, en hoezeer tot het presideren der Hoven van assises eenige leden zich van tijd tot tijd moesten verwijderen.

Het ressort van dat Hof was slechts weinig kleiner dan thans de omvang van het geheele Rijk.

Terwijl nu de middelen van gemeenschap oneindig verbeterd en veel minder kostbaar zijn.

Althans bestaat die mogelijkheid buiten eenigen twijfel, indien men de appellabele som, die men in 1838 tot *f* 400 heeft verminderd, weder als vroeger op *f* 500 of *f* 600 brengt, hetgeen, ook op zich zelve beschouwd, hoogst nuttig zou wezen.

Eene afdoende reden, waarom gelegenheid gegeven is over *f* 400 te procederen in twee instantien, die *f* 800 en meer kosten kunnen, zou moeilijk te vinden zijn zoodat zelfs de onderstelling is geuit, dat dit kon geschied zijn om aan de talrijke Hoven eenige meerdere bezigheid te verschaffen.

Wel is door de verdedigers der Hoven aangevoerd, dat er geklaagd werd over den langen duur der instantiën in appel bij het voormalig Hoog-Geregtshof.

Maar zelfs dan, wanneer men de gegrondheid van zoodanige klagten toegeven wil, ligt de oplossing der zwarigheid voor de hand.

Men zorge slechts dat, niet als destijds, alleen op het papier, maar in wezenlijkheid het noodig persooeneel aanwezig zij.

Het eerste bezwaar, dat in Frankrijk als onverkomelijk was te beschouwen, bestaat dus in Nederland niet.

En het tweede bezwaar, de te groote magt van één Hof van appel, heeft men reeds getoond hier te lande niet te erkennen of te duchten; want men heeft het renvoyenstelsel, het onthouden aan den regter in cassatie van de beslissing der zaken, dat hieraan te gemoet moest komen, verworpen.

Onze Hooge Raad beslist een aantal zaken onherroepelijk ten principale.

Noodzakelijkheid bestaat dus niet, om ook hier het middel van cassatie in burgerlijke zaken te behouden, zoo als dat thans bestaat.

En dit reeds zou tot de afschaffing moeten doen besluiten.

Maar daarenboven, het behoud is bezwarend en na-deelig.

Niet alleen voor de schatkist, maar ook voor de gedingvoerende partijen.

Voor zoover die stelling eenig bewijs behoeft, is dat reeds in onderscheidene vertoogen geleverd.

Laatstelijk is nog daarop gewezen in *Themis*, tweede verzameling, 1^e D., blz. 673 en volgg., naar welk opstel ik ook meer in het algemeen kan verwijzen.

Mijns inziens kan geen deskundige, die onpartijdig oordeelt, daarover anders denken. Zeer aanzienlijke

vermeerdering van kosten en groote vertraging van de afdoening der zaken, zijn het gevolg van de tegenwoordige instelling.

Juist het tegenovergestelde van hetgeen als wenschelijk te beschouwen is en algemeen verlangd wordt: minder kostbaar en meer spoedig regt.

Alleen eene onvermijdelijke noodzakelijkheid zou de voortdoring van dien staat van zaken kunnen regtvaardigen.

Wat wordt nu tegen deze in het afgetrokkene waarlijk onloochenbare waarheden overgesteld?

Men doet opmerken:

I. dat bij de Kanton-geregten en regtbanken ook vonnissen gewezen worden in het eerste en hoogste ressort tevens;

dat er dus burgerlijke zaken zijn, die slechts in ééne gewone instantie worden behandeld en afgedaan;

en men beweert, dat er voor de partijen een middel behoort te bestaan, om tegen die eerste en eenige regterlijke beslissing op te komen.

II. dat het appel der vonnissen van de kantonregters, die in het eerste ressort gewezen zijn, wordt gebracht bij de regtbanken; en dat dus, zonder het middel van cassatie, ook deze zaken niet zouden komen bij den Hoogen Raad;

zoodat ten aanzien van deze zaken de beoogde eenheid in de regtsbedeeling, bij het vervallen van het middel van cassatie, niet zou worden verkregen.

III. dat zelfs hierdoor zou worden gehandeld in strijd met art. 162 der Grondwet, bepalende dat de Hooge Raad het toezigt heeft op de nakoming der wetten bij *alle* regterlijke collegiën.

IV. Terwijl eindelijk nog uit datzelfde artikel der Grondwet wordt afgeleid, dat het den gewonen wetgever

niet zou vrijstaan den Hoogen Raad te doen oordeelen in hooger beroep.

Wat de bezwaren betreft, sub I en II vermeld, is zeker de vraag niet ongepast, of die in de daad genoegzaam wegen, om uit dien hoofde het middel van cassatie te behouden, ofschoon dit ook in het algemeen belang niet wordt gevorderd en voor de betrokkene partijen meer schadelijk dan nuttig is?

Ten aanzien van het I^e punt verdient toch te worden in het oog gehouden, dat het onherroepelijk afdoen in ééne enkele instantie van sommige, en daaronder zelfs van meer belangrijke zaken, dan die bij de Kantonregters worden behandeld, ook nu plaats heeft, en dus geoordeeld is te kunnen worden toegelaten.

Immers :

a. tegen de in het hoogste ressort door de kantonregters gewezene vonnissen is niet onbepaald of zonder beperking het aanwenden van het middel van cassatie toegestaan (art. 99 der wet op de R. O.), zoodat de meeste dier vonnissen reeds nu zijn onherroepelijk ;

en *b.* de Hooge Raad, tegen wiens arresten nimmer cassatie toegelaten is (art. 94 derzelfde wet), doet in sommige zaken regt in het eerste en hoogste ressort tevens, zonder dat zelfs het middel van revisie tegen die uitspraken kan aangewend worden (art. 360 Wetb. van Burg. Regtsv.);

terwijl daarenboven ook het laatstgemeld middel, waar dit gegeven is, niet gezegd kan worden met een hooger beroep voor een' anderen volkomen onzijdigen regter gelijk te staan (cf. art. 368 Wetb. van Burg. Regtsv.).

En met betrekking tot het II^e punt, het bezwaar namelijk, dat zonder voorziening in cassatie bij den Hoogen Raad, de eenheid van regtspraak ten aanzien der zaken, die door de Regtbanken in het hoogste ressort beslist worden, niet zou verzekerd zijn; valt op te merken :

dat ook nu die gewenschte eenheid meer in schijn dan in wezenlijkheid gewaarborgd is.

Reeds is herinnerd, dat niet alle vonnissen door de kantonregters in het hoogste ressort gewezen, aan cassatie onderhevig zijn, maar slechts in uitgezonderde gevallen dat middel tegen die vonnissen kan aangewend worden. Zoodat reeds de meeste van die uitspraken blijven buiten de censuur van den Hoogen Raad.

En wat nu verder en in het algemeen betreft de regterlijke uitspraken, waartegen eene voorziening in cassatie toegelaten is, heeft de ondervinding bewezen, dat slechts tegen een betrekkelijk zeer klein gedeelte dat kostbaar en onzeker middel wordt beproefd.

De overgrootste meerderheid der in het Rijk gevoerde regtsgedingen loopt geheel af, zonder dat de Hooge Raad er ooit iets van verneemt, ook niettegenstaande de tevens aan het Openbaar Ministerie toegekende bevoegdheid, om cassatie te vorderen in het belang der wet.

Trouwens, de bevoegdheid om te appelleren is aan het Openbaar Ministerie niet gegeven, en in hoe vele door de kantonregters en regtbanken in het eerste ressort gewezen vonnissen wordt niet door de partijen berust?

De theorie der eenheid van regtspraak is fraai, maar in de practijk van zoo geringe waarde, dat zij gerustgesteld kan worden ter zijde gesteld. Te regt werd die eenheid, bij het verslag, in de Tweede Kamer der Staten-Generaal uitgebragt, betrekkelijk het in 1851 ingediend Ontwerp van wet op de Regterlijke Organisatie, «een louter droombeeld» genoemd.

Ten slotte op dit punt houde men nog in het oog, dat de uitspraken van den Hoogen Raad geenerlei gezag noch gevolg hebben, verder dan in de zaak waarin zij zijn gegeven;

dat zij dus op de regtspraak bij de andere collegiën geen noemenswaardigen invloed kunnen uitoefenen;

en dat derhalve de beoogde eenheid thans niet verder kan worden verkregen, dan:

met betrekking tot de regtsquaestien, die zich voordoen in de weinige zaken, waarin het middel van cassatie wordt aangewend, en dan nog alleen voor zoo ver de Hooge Raad zich in zijn oordeel gelijk blijft; welk laatste de ondervinding heeft doen zien dat niet altijd het geval is.

Wat de hierboven vermelde III^e bedenking betreft, op art. 162 der Grondwet berustende, daaraan kan gereedelijk en voldoende worden te gemoet gekomen, door te behouden de bepaling van art. 98 der wet op de R. O., voor zoo veel betreft de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie, om zich tegen in het hoogste ressort gegevene uitspraken in cassatie te voorzien in het belang der wet.

Hierdoor toch behoudt werkelijk de Hooge Raad het toezigt op de nakoming der wet bij *alle* regterlijke collegiën.

Te dien aanzien stem ik geheel in met de denkbeelden van Mr. W. SIEWERTZ VAN REESEMA, ontwikkeld in zijne *Brieven over de zamenstelling der regterlijke magt*, blz. 19 en vlg.:

Aan het Openbaar Ministerie, belangloos en onpartijdig oordeelende, behoort het waken voor de juiste uitlegging en toepassing der wetten te zijn opgedragen en overgelaten;

en niet behoort aan de gedingvoerende partij, die haar proces heeft verloren, het vermogen te zijn gegeven, om hare wederpartij met eene kostbare nieuwe instantie voor den Hoogen Raad te bekommeren, ook zonder eenigen goeden grond en somtijds alleen om tijd te winnen, daar, volgens art. 398 van het Wetb. van Burg. Regtsv., de voorziening in cassatie de tenuitvoerlegging der angevallene uitspraak schorst.

Hoe menigmaal voorzieningen in cassatie worden ingesteld om andere redenen, dan die de wet daartoe vereischt, wordt door eene vergelijking van het getal der gegrond geoordeelde met dat der verworpene, overtuigend bewezen; vooral, wanneer men daarbij in aanmerking neemt den niet zelden in de arresten van den Hoogen Raad doorstralenden geest, om de grenzen van het feitelijke zoo veel mogelijk te beperken en in te krimpen, zoodat bij ons de cassatie weinig verschilt van eene gewone nieuwe instantie.

Het beweren eindelijk, in de IV^e plaats, mede uit art. 162 der Grondwet afgeleid, dat aan den Hoogen Raad alleen de regtspraak in cassatie en niet die in appel zou mogen worden opgedragen, is reeds zoo menigmaal grondig wederlegd, dat het zelfs niet meer ernstig wordt volgehouden. Ik meen daaromtrent te kunnen volstaan, met ten overvloede te verwijzen naar de reeds aangehaalde *Brieven over de zamenstelling der regterlijke magt*, blz. 7 en vlg.

Nog een tweetal bedenkingen, die mij zijn ter ooren gekomen, meen ik, ten slotte, te moeten beantwoorden, ofschoon ze mij weinig beduidend voorkomen.

De eerste is, dat door het middel van cassatie de Hooge Raad als het ware de andere regterlijke autoriteiten bij hunnen pligt houdt; dat deze laatsten, bewust dat hun werk nog aan nadere beschouwing door andere scherpsziende oogen kan worden onderworpen, dit met meer zorg zullen verrigten.

Op die wijze redenerende, — voor de regterlijke ambtenaren zeker niet zeer vereerend, — zou men evenzeer kunnen zeggen, dat boven den Hoogen Raad nog wederom een hoogere raad wenschelijk ware; en zoo in het oneindige!

Bovendien is deze redenering eene verdediging van het

middel van cassatie in het algemeen, hetwelk ik niet zou willen doen opheffen, maar uitsluitend laten in handen van het Openbaar Ministerie. En wanneer het Openbaar Ministerie de bevoegdheid behoudt om dit middel aan te wenden, vervalt de gevreesde zwaarigheid.

Maar er ligt ook zelfs in die redenering, wanneer men daaraan eenige waarde wil hechten, een nieuw bewijs voor de juistheid der stelling, dat niet aan de partijen, maar aan het Openbaar Ministerie het aanwenden van het middel behoort te worden overgelaten.

Immers het doel, dat men zich voorstelt door het toezigt van den Hoogen Raad te bereiken, betreft het algemeen belang.

En het behoeft geen betoog, dat het hoogst oneigenaardig, om niet te zeggen ongepast en onbillijk is, te achten, de bevordering van dat belang in de eerste plaats op te dragen aan bijzondere personen, en nog wel aan die weinigen, die tot in cassatie kunnen en willen procederen, en bovendien ten hunnen eigene pericule en kosten.

De tweede en laatste grond, dien ik heb hooren aanvoeren om het bestaande stelsel te verdedigen, bestond hierin, dat bij het voormalig Hoog Gerechtshof, waarin de zaken in appel bij twee civile kamers werden behandeld, is gebeurd, dat in geheel gelijke zaken door eene dier kamers anders werd geoordeeld, dan door de andere.

Dit, meent men, zou evenzeer te vreezen zijn bij den Hoogen Raad, waar noodzakelijk aan meer dan ééne kamer de regtspraak in appel zou moeten opgedragen worden.

Ik antwoord, dat er, van hetgeen men aanvoert, hoogstens twee voorbeelden zouden kunnen worden bijgebracht, gedurende het vijf en twintig jarig bestaan van dat Gerechtshof.

En dat nog wel in zaken, waar het betrof, niet het

regt verstand van eenige wetsbepaling, want daarover was geen verschil hoegenaamd, maar alleen de uitlegging van gelijksoortige contracten; zoodat nog voor het minst twijfelachtig is, of eene voorziening in cassatie daartegen met eenig gevolg had kunnen aangewend worden.

Doch ik antwoord daarenboven, dat zoolang men de regters niet in hun oordeel onwankelbaar en hen tevens onsterfelijk kan maken, verandering in de jurisprudentie zal blijven bestaan;

En het vrij onverschillig is, of die door twee verschillende kamers van hetzelfde collegie, dan wel door verandering van gevoelen in eene en dezelfde kamer ontstaat.

Nu, sedert 1838, is de eenige Kamer van den Hoogen Raad, die kennis neemt van het beroep in cassatie in burgerlijke zaken, reeds omtrent meer dan eene regtsquaestie van oordeel veranderd; onderscheidene lijnregt met elkander strijdige beslissingen heeft zij reeds gegeven. En is er een middel om dat te voorkomen? Immers neen!

In de daad, het gevaar dat gevreesd wordt, bestaat niet minder bij een collegie, dat uit eene, dan dat uit twee of drie Kamers bestaat; terwijl de afwisseling der leden, bij de reglementaire bepalingen voorgeschreven, het bestaan van meerdere Kamers, op zich zelve beschouwd, onschadelijk maakt.

De slotsom is derhalve deze, dat wenschelijk is te achten:

dat aan de Arrondissements-Regtbanken het vermogen worde toegekend, uitspraak te doen in het hoogste ressort, wanneer de waarde van het onderwerp niet meer beloopt dan *f* 600;

dat aan den Hoogen Raad worde opgedragen kennis te nemen van het hooger beroep van alle daarvoor vatbare vonnissen der Arrondissements-Regtbanken;

en dat uitsluitend aan het Openbaar Ministerie worde vrijgelaten zich, in het belang der wet in cassatie te

voorzien tegen de vonnissen, door Kantonregters en Regtbanken in het hoogste ressort gewezen.

Wil men evenwel aan de partijen het vermogen toekennen om *zelf* in *elke* zaak *tweemaal* het regterlijk oordeel in te roepen, dan zou kunnen worden bepaald:

dat van de uitspraken door de Kantonregters en Regtbanken in burgerlijke zaken in het eerste en hoogste ressort gewezen, de partijen zullen kunnen komen in beroep bij den Hoogen Raad, op de gronden en in de gevallen bij art. 99 der tegenwoordige wet op de Regterlijke Organisatie vermeld; met behoud overigens der bevoegdheid van het Openbaar Ministerie, om zich in cassatie te voorzien in het belang der wet tegen alle in het hoogste ressort door Kantonregters en Regtbanken gewezen vonnissen.

B.

Met betrekking tot de vraag, of in strafzaken hooger beroep behoort te worden toegelaten, wordt aangevoerd, dat, terwijl men in burgerlijke zaken dat middel noodig oordeelt, er geene reden bestaat om het ook niet in strafzaken te geven; ja zelfs dat het in deze laatsten nog veel minder zou kunnen geweigerd worden. Zal, vraagt men, indien eene regterlijke beslissing over eigendom aan een nader onderzoek kan worden onderworpen, dit het geval niet zijn waar het geldt de eer, de vrijheid, somtijds het leven?

De vraag schijnt gewichtig, en de beantwoording niet twijfelachtig.

En evenwel is ook eene tegenovergestelde meening op goede gronden te verdedigen.

Men stelt hier als het ware de strafzaken met de burgerlijke rechtsgedingen gelijk, en gaat daardoor uit van eene tastbare dwaling.

De wijze toch waarop de burgerlijke en strafzaken

worden aangebragt, de bewijsmiddelen, die daarbij gelden en de aard van hetgeen te beslissen is, zijn zoo geheel verschillend, dat de gevolgtrekking, van hetgeen in de eene soort mogelijk en noodig is, tot het mogelijke en noodige ook in de andere soort volstrekt niet kan opgaan.

In burgerlijke zaken staan twee belanghebbende partijen tegen elkander over; en ofschoon naar den regel de eischer tot bewijs gehouden is, is in zeer vele gevallen ook de gedaagde tot bewijs verplicht; art. 1902 B. W.

In strafzaken vervolgt de onpartijdige, de belanglooze ambtenaar van het Openbaar Ministerie; rust bij uitsluiting op dezen de last van bewijs; is de beklaagde nooit tot bewijs gehouden; en moet deze laatste bij den geringsten twijfel over de genoegzaamheid van het bewijs, worden vrijgesproken.

In burgerlijke zaken wordt in den regel regt gedaan op schriftelijk bewijs, en indien eenig ander middel is aangewend, daarvan een schriftelijk blijk opgemaakt, dat onder de oogen van eenen lateren regter kan gebragt worden, en ook voor dezen geldig is.

In strafzaken wordt regt gedaan op mondelinge verklaringen.

Verklaringen, die, al wierd daarvan proces-verbaal gehouden, voor den lateren regter, ingeval van een nieuw getuigen-verhoor, — dat toch niet zou kunnen worden uitgesloten, — geen bewijs zouden opleveren, voor zoo ver ze niet voor hem mondeling werden herhaald.

De latere regter zal dan, het is waar, den getuige, die van zijne vroegere verklaring afwijkt, kunnen herinneren en voorhouden wat hij te voren heeft gezegd, volgens hetgeen daarvan is geschreven; maar indien dan die getuige aanvoert en volhoudt, dat het geschrevene onnaauwkeurig is, dat men hem niet heeft

verstaan of begrepen; dat hij alleen als waarheid ondercede kan bevestigen, wat hij nu heeft verklaard, — waarop zal dan de latere regter zijn oordeel kunnen en mogen bouwen?

En nu bedenke men:

dat, na meer verloop van tijd, de getuigen alle omstandigheden niet meer zoo helder als vroeger kunnen voor den geest hebben:

dat zij bij eene eerste behandeling der zaak zijnde tegenwoordig geweest, daarna ligtelijk zouden verklaren onder den indruk, dien zij hierdoor hadden verkregen; dat zij dan ter goeder trouw kunnen verwarren, wat door een ander is opgegeven, met hetgeen door hen zelve is waargenomen;

en dat eene eerste veroordeeling van den beklagde, aan hunne verklaringen toe te schrijven, op hunne latere opgaven almede, en zeker niet minder van invloed zou kunnen zijn;

daargelaten het niet te ontkennen gevaar van onbehoorlijke pogingen intusschen aangewend, om hen het meest bezwarende te doen verzwijgen, of het gebeurde op eene meer verschoonlijke wijze te doen voorstellen, enz.

Waarlijk, de menschen beschouwende, niet zoo als men die wenschen zou, maar zoo als de ondervinding leert dat ze zijn, moet men tot de overtuiging komen, dat, indien men al met genoegzamen grond verwachten kan, dat getuigen in strafzaken, kort na het gebeurde, en vóór dat nog de geheele zaak in haren ganschen omvang en in al haar gewigt aan hen bekend is, met opregtheid, naauwkeurigheid en volledigheid zullen opgeven wat zij hebben waargenomen of ondervonden; men daarop bij eene tweede behandeling der zaak niet meer onvoorwaardelijk en met genoegzaam vertrouwen zou kunnen rekenen.

Uit de getuigen-verhooren in appel in correctionele

zaken zouden voorbeelden kunnen worden bijgebracht, om dit laatste te bevestigen.

Alverder, — in burgerlijke zaken kunnen de bewijzen, door partijen, gedurende den geheelen, maanden-langen, loop van het geding voor den regter, zelfs ook nog in hooger beroep, vermeerderd of aangevuld worden; daarom wordt de tweede instantie voornamelijk ook toegelaten, om aan partijen de gelegenheid te geven hare eigene misslagen en verzuimen te herstellen.

In strafzaken, waar alleen het Openbaar Ministerie bewijzen en bij gebreke daarvan eene vrijspraak volgen moet, kan het geven van gelegenheid tot herstelling van verzuim of tot aanvulling van bewijs het doel van een hooger beroep niet zijn; men zou het dan doen strekken in het nadeel van den beklaagde, terwijl de grond, waarop men verlangt dat dit middel zal worden toegelaten, is ontleend aan zijn verondersteld belang.

In burgerlijke zaken wordt de gedaagde niet zelden met de dagvaarding voor den regter overvallen; geroepen om te antwoorden op eene vordering, die hij somtijds aanvankelijk niet kan beoordeelen; om zich te verklaren omtrent feiten, die welligt hem persoonlijk vreemd zijn; dikwijls wegens handelingen, die voor eene reeks van jaren hebben plaats gehad; —

in strafzaken daarentegen verschijnt de beklaagde voor den regter ten gevolge van omstandigheden, van aanklagt of voorloopig onderzoek, waarvan hij niet onkundig is gebleven; en om zich te verklaren of te verantwoorden over eene bepaalde daad, die kort te voren door hem zelven zou zijn verrigt; terwijl ook de eenige bewijsmiddelen, die zullen aangewend worden, hem vooraf bekend zijn; zoodat hij altijd dadelijk tot zijne verdediging gereed kan wezen.

In de daad, wanneer men dit alles overweegt, is men gedrongen te erkennen, dat van de noodzakelijkheid en

doelmatigheid van hooger beroep in burgerlijke zaken niet tot diezelfde noodzakelijkheid en doelmatigheid in strafzaken kan worden besloten.

Maar, zegt men evenwel, de regter kan zich, even als in burgerlijke zaken, ook in strafzaken vergissen en verkeerd oordeelen, en dus moet ook in deze laatsten een middel gegeven worden tot herstel.

Dat menschen niet onfeilbaar zijn, dat zij dwalen kunnen, is in het algemeen niet tegen te spreken; maar de regter in appel staat in dat opzigt met den eersten regter gelijk.

Doch wanneer men in het oog houdt, wáárover in strafzaken moet worden geoordeeld, en wat dáárin beslist moet worden, dan wordt het duidelijk, dat zelfs deze bedenking de wenschelijkheid van het appel niet kan doen aannemen.

Immers in strafzaken moet worden beoordeeld, of bewezen is, dat de beklaagde gepleegd heeft het feit, hetwelk hem is ten laste gelegd; en of dat feit strafbaar is volgens de wet.

Alleen het eerste, het *feitelijke*, beslist de regter onherroepelijk;

het laatste, de qualificatie en de strafbaarheid, is *juris*, en kan in cassatie op nieuw onderzocht worden.

Voor het laatste is dus geen hooger beroep noodig, ten zij men *drie* instantien mogt willen geven, dat zeker niemand verkieslijk of nuttig zal achten.

Het appel zou inderdaad alleen gegeven worden voor het *eerste*, de *feitelijke* beslissing; alleen dáárvóór kunnen noodig zijn. En nu is reeds opgemerkt, dat de regter, die de getuigen het eerst en het kortst na het gebeurde hoort, nooit minder goed, maar bijna altijd beter zal worden ingelicht, dan een' latere regter; waaruit immers volgt, dat steeds het oordeel van den eersten meer waarborgen voor zijne juistheid zal en moet opleveren, dan dat van den tweeden regter.

Bij dit gedeelte van het onderzoek komt het aan op overtuiging; niet op de verklaring van iets, dat duister en voor verschillende uitleggingen vatbaar is.

En nu vraag ik, en ik doe dat met ernst, en genoegzaam zeker zijnde, dat daarop geen voldoende antwoord kan gegeven worden; welke waarborg is er, of waarom zou men moeten aannemen, dat het al of niet overtuigd zijn van eenen tweeden regter op betere gronden zal steunen, dan dat van den eersten?

Indedaad, voor die veronderstelling bestaat geen de minste reden.

Het denkbeeld zou dan moeten zijn, niet, dat een tweede regter oordeel en uitspraak van den eersten zal verbeteren; maar dat een beklagde tweemaal moet zijn schuldig geoordeeld, om te kunnen worden gestraft.

Ik zeg, het komt aan op overtuiging; die overtuiging moet wel verkregen zijn door hetgeen bij de wet tot bewijs wordt gevorderd, en dus ook op de dááromtrent bestaande bepalingen worden acht geslagen; — maar waar *die* bepalingen mogten zijn uit het oog verloren, is het middel van cassatie daar, om herstel te verkrijgen; dan is de wet geschonden; en om hierop te doen terug komen, behoeft dus het middel van appel niet te worden gegeven.

Elders is aan eene jury, aan de onherroepelijke uitspraak van niet-regtskundige personen, de verklaring van het schuldig of niet schuldig opgedragen.

Daarbij, erkent men, kan van geen appel sprake zijn.

Maar is dit dan zoo geheel anders, waar de regter ook dat punt onderzoekt en beslist?

Ik kan het niet inzien.

Geeft waarlijk de jury een' zoo veel grooteren waarborg voor de juistheid der beslissing?

Het is menigmaal, het wordt door sommigen ook thans nog beweerd; maar bewezen is het nooit.

En de ondervinding raadplegende, zou men veeleer tot het tegendeel besluiten.

Nog onlangs werden twee opmerkelijke gevallen medegedeeld, die de meerdere voortreffelijkheid der instelling van de jury althans niet bevestigen.

Het eerste geval wordt opgegeven in de *Gazette des Tribunaux* van 18 December 1854, (zie VAN HALL en DE GEER, *Nieuwe Bijdragen tot rechtsgeleerdheid en wetgeving IV Deel*, blz. 576—577,) waar een schuldige, wiens misdrijf bewezen was en die het feit erkende, werd vrijgesproken.

Het tweede is vermeld in het *Weekblad van het Regt* van 2 April 1855, n°. 1630, blz. 4, waar een onschuldige schuldig verklaard en tot eeuwigdurende dwangarbeid is verwezen!

Dit laatste was, het is waar, het gevolg van valsehe verklaringen van twee getuigen.

Doch wanneer ik nu toegeef, dat op die wijze ook de regter kan misleid worden, kom ik nog maar tot het besluit, dat het oordeel van regter en jury gelijk staat, niet dat het laatste boven het eerste de voorkeur verdient.

Maar ik meen verder te kunnen gaan, en niet zonder grond te mogen beweren, dat in het algemeen de regter, die gewoon is getuigen te hooren, eerder en beter zal kunnen onderscheiden wat met opregtheid en onpartijdigheid wordt opgegeven, van hetgeen met achterhoudendheid of opgewondenheid wordt verklaard; dat hij met meer juistheid zal kunnen waarden de meerdere of mindere mate van geloofwaardigheid der getuigen, dan de leden der jury, die eene enkele maal, aan hunne gewone daarvan geheel verschillende bezigheden onttrokken, geroepen worden om daarover te oordeelen; — en dat dus niet alleen de mogelijkheid, maar zelfs de waarschijnlijkheid bestaat, dat in het opgegeven geval

de regter zich niet, als de jury, zoo zeer zou hebben laten misleiden, dat hij de verklaringen van twee valsche getuigen voor ontwijfelbare waarheid zou gehouden hebben.

Ik besluit uit al het aangevoerde, dat, althans indien men de tegenwoordige wijze van regtspleging behouden wil, geen appel in strafzaken behoort toegelaten te worden.

Zonder mij nog tevens te beroepen op de bezwaren, die uit de overgrootte kostbaarheid van eene behandeling der strafzaken in twee instantiën, voor verschillende regterlijke collegiën, zouden voortvloeijen.

Want ik erken, dat moeilijkheid en vermeerdering van kosten niet zouden mogen in aanmerking komen, indien het middel waarlijk noodzakelijk of nuttig te achten ware.

Maar, indien geen appel in strafzaken wordt toegelaten, dan zal de uitspraak over schuld of onschuld aan *meer* dan vier regters moeten worden opgedragen, en zullen derhalve niet kunnen behouden blijven de bepalingen der artt. 57 der Wet op de Regterlijke Organisatie en art. 3 der Wet van 29 Mei 1849, *Staatsblad* n^o. 21.

Algemeen, en dus ook met afwijking van art. 100 der eerstgemelde wet, voor zoo veel die de strafzaken betreft, zal dan het getal moeten bepaald worden minstens op zes, zoo als bij art. 71 dier wet voor de Provinciale Gerechtshoven was voorgeschreven.

Tevens zal eene voorziening noodig zijn ten aanzien der strafzaken, die bij de Kantongeregten worden behandeld en afgedaan.

Want daarin één enkel persoon onherroepelijk te laten oordeelen, schijnt niet te kunnen worden goedgekeurd.

Om aan dit laatste bezwaar te gemoet te komen, zou dan kunnen worden bepaald, dat de kantonregter in strafzaken, door zijne plaatsvervangers, of door assessoren, zal worden bijgestaan.

Aannemende nu, dat in burgerlijke zaken het hooger beroep van de vonnissen der regtbanken wordt gebragt bij den Hoogen Raad;

dat in die zaken het middel van cassatie alleen zal worden gegeven aan het Openbaar Ministerie, tegen de vonnissen door kantonregters en regtbanken in het hoogste ressort gewezen;

en dat in strafzaken geen appel zal worden toegelaten, maar alleen voorziening in cassatie, zoo volgt daaruit dat de Provinciale Gerechtshoven zullen kunnen en moeten wegvallen.

Immers die Hoven, of eenigen daarvan, alleen te behouden voor de afdoening van de zoogenaamde criminele zaken, zou zeker niet noodig, ja zelfs niet nuttig noch wenschelijk zijn.

Het bestaan van collegien, die alleen strafzaken behandelen, is steeds, en zeker niet geheel ten onregte, afgekeurd.

Bleven al de Hoven behouden, het zou daarbij bovendien aan genoegzame werkzaamheden ontbreken.

En werd hun getal verminderd, zoo veel als noodig ware om aan dat bezwaar te gemoet te komen, er zou een ander niet gering bezwaar en doellooze vermeerdering van kosten ontstaan, uit den afstand, tusschen de plaats van het misdrijf en de woonplaats der getuigen, en die waar de regter zou zijn gevestigd.

Derhalve zou dan aan de Regtbanken de behandeling der strafzaken, die thans bij de Hoven worden afgedaan, moeten worden opgedragen.

En dit zou in de daad, afgescheiden van elke andere aanleiding om daartoe te besluiten, wenschelijk wezen, omdat die zaken spoediger en meer nabij de plaats van het misdrijf konden worden behandeld en afgedaan, indien het mogelijk ware daarmede al de Regtbanken, ieder voor haar arrondissement, te belasten.

Tegen dit laatste verzet zich evenwel het te gering getal leden.

Kon die zwaarigheid worden weggenomen door overal het personeel der Regtbanken te vermeerderen, dan was zij met geld uit den weg te ruimen, en de meerdere kosten zou de zaak waardig zijn.

Maar er is een ander niet weg te nemen bezwaar, namelijk dat een vermeerderd personeel bij al de Regtbanken geene genoegzame bezigheid hebben zou; en dat regters, die te weinig werk hebben, voor ernstige inspanning minder geschikt worden en arm blijven aan nuttige ondervinding.

Er blijft derhalve niet anders over, dan het strafwerk aan de *Regtbanken in de hoofdplaatsen* op te dragen, waarvan dan het personeel zoodanig zou moeten worden versterkt, als tot de spoedige en geregelde afdoening dier zaken noodig is.

Er schijnt geene andere uitkomst mogelijk, ten zij men het stelsel der Fransche assises meer of min mogt willen volgen; gelijk dit denkbeeld wordt aangegeven door Mr. L. ASSER, in zijne brochure *Over de toekomstige regeling van het Justitiewezen in Nederland* (1849), blz. 52 sqq.

BUITENLANDSCH REGT (BELGIE).

STAATSREGT. — *Iets over de octrooijen van uitvinding, van verbetering en van invoer, en de deswege bestaande wetgeving in België*, door Mr. W. SASSEN Jz., advocaat te Maastricht.

Jaren achtereen is telkens bij het onderzoek der staatsbegrooting in den boezem der wetgevende Kamers op eene verbeterde wetgeving ten aanzien der octrooijen aangedrongen. De heer Mr. J. B. STOFFELS heeft in den jare 1851 een uitmuntend proefschrift in het licht gegeven, waarin hij, na over de octrooijen in het algemeen gehandeld te hebben, de vreemde wetgevingen over dat onderwerp doet kennen, en eindelijk zijne aanmerkingen mededeelt op de thans bestaande wet van den 25 Januarij 1817 (*Stbl.* n^o. 6), welke aanmerkingen, zoo als hij zelf zegt, nog met vele andere kunnen vermeerderd worden. Van verschillende zijden is meermalen het wenschelijke eener spoedige en doeltreffende verandering ter sprake gebracht. In hare algemeene vergadering van den 8 Augustus 1855 besloot de *Vereeniging ter bevordering van Fabrijk- en Handwerksnijverheid in Nederland*, op voorstel eener commissie, tot het indienen van een adres aan den Koning, waarin, — onder overlegging eener vertaling der Belgische Verordening van 24 Mei 1854, zoodanig als zij hier te lande zou kunnen worden ingevoerd, en het daarbij behoorend Koninklijk besluit van denzelfden dag, — wordt verzocht die verordening met de noodzakelijke wijzigingen ook in Nederland tot wet te verheffen. Dit adres, hetwelk door den Minister van Oorlog, als president der Vereeniging, onderteeekend en in afschrift, zoowel aan de Nederlandsche Maatschappij tot bevordering van Nijverheid, als aan de Kamers van Koophandel

is verzonden, met verzoek om ondersteuning, heeft aanleiding gegeven tot een advijs van de Kamer van Koophandel te Rotterdam aan Zijne Excellentie den Heere Commissaris des Konings in Zuidholland, waarbij aan de Regering in overweging wordt gegeven geene nieuwe wet op de octrooijen te maken, daar, welke verbeteringen ook op sommige bepalingen te maken zijn, het beginsel van iedere octrooiwet haar schadelijk voorkomt en dit beginsel alleen door eene eenvoudige intrekking der wet van 1817 voor een beter zal kunnen plaats maken. (Zie *Rotterdamsche Courant* van 24 Nov. 1855, n^o. 325). Tegen dit advijs en het daarin vervatte betoog, alsof iedere octrooiwet schadelijk en met het beginsel van handelsvrijheid in strijd zoude zijn, hebben eenige fabrijkanten en industriëlen te Maastricht vermeend te moeten opkomen in een verzoekschrift aan Zijne Excellentie den Heere Minister van Binnenlandsche Zaken, bewerende, dat de octrooijen, vroeger in den handel bestaan hebbende en met name de privilegiën van onze Oost- en West-Indische en andere Compagniën, waarin door de Kamer min of meer dezelfde beginselen worden gevonden, niets gemeens hebben met de octrooijen, welke op het gebied der Nijverheid verleend worden. De adressanten deelen overigens het gevoelen van de Vereeniging ter bevordering van fabriek- en handwerksnijverheid en hebben ten slotte hetzelfde verzoek gedaan.

Het is te hopen, dat de pogingen der Vereeniging ook van elders meerdere ondersteuning mogen vinden en wij zouden het betreuren indien tot eene eenvoudige intrekking van de thans bestaande octrooiwet werd overgegaan. Om zich te overtuigen hoe verkeerd dusdanige intrekking zoude zijn, behoeft men slechts de geschiedenis der wetgeving op het stuk der octrooijen in Frankrijk te raadplegen.

Vóór de groote Fransche omwenteling konden in dat

land de uitvindingen, even als de aanzienlijkste en belangrijkste ondernemingen van handel en nijverheid, het voorwerp van uitsluitende regten zijn. Maar die voorregten waren hoogst willekeurig en moesten veelal op andere afstuiten, welke het gebied van kunst en handwerksnijverheid ontoegankelijk maakten en niet zelden de uitvinders noodzaakten een ander vaderland te gaan zoeken, waar zij meer erkentelijkheid en de gelegenheid vonden om aan hunne industrie ontwikkeling te geven. Dikwijls werden zij door de reglementen of verordeningen der gilden en meesterschappen belet hunne uitvinding in werking te brengen en moesten zij, om vrijheid van arbeid te verkrijgen, zich aan de bestaande corporaties aansluiten. In den nacht van den 4 op den 5 Augustus 1789 werden alle privilegiën en gilden door de nationale vergadering afgeschaft. Op het oude stelsel volgde nu een stelsel van onbepaalde vrijheid, doch weldra werden de nadeelen hiervan ondervonden en niet lang duurde het of men gevoelde de noodzakelijkheid eener wetgeving, die, zonder al het willekeurige in het leven terug te roepen van de oude privilegiën, eene redelijke en doelmatige bescherming aan den uitvinder verzekerde. Engeland had sedert het jaar 1623 een systeem van aanmoediging en bescherming ten gunste der uitvinders aangenomen, hetwelk de heilrijkste vruchten had gedragen. In de Vereenigde Staten was, kort geleden, dezelfde weg ingeslagen, en dit voorbeeld, zoolwel als de advysen van gevestigde lichamen en de klagten der belanghebbenden, deden den Franschen wetgever besluiten den uitvinder gedurende zekeren tijd de voordeelen zijner uitvinding te waarborgen, onder voorwaarde dat de maatschappij, na het verstrijken van dien tijd, het genot daarvan zoude hebben. Hierdoor werd de zaak op eene billijke wijze geregeld en het willekeurig stelsel der oude privilegiën door een beter ver-

vangen. Het spreekt van zelf dat de eerste regeling hare leemten en gebreken had en de ondervinding daarover uitspraak moest doen. Vrij algemeen is men het thans eens, dat de wet van 7 Januarij 1791 te ver ging met in den aanhef te zeggen: «*que ce serait attaquer des droits de l'homme dans leur essence, que de ne pas regarder une découverte industrielle comme la propriété de l'inventeur.*» De wet was zich zelve in dit opzigt niet gelijk gebleven, want aan den anderen kant verklaarde zij, in strijd met het begrip van eigendom, dat het regt van den uitvinder slechts *tijdelijk* zoude zijn. Men is dan ook later daarvan teruggekomen en in de meeste wetgevingen wordt aan den uitvinder niets anders toegekend dan een regt om gedurende eenen bepaalden tijd zijne uitvinding, met uitsluiting van anderen, te exploiteren. Indien er evenwel verschil van gevoelen bestaat hoedavig dat regt moet beschouwd of gequalificeerd worden, zooveel is zeker dat de noodzakelijkheid en de nuttigheid eener wetgeving op de octrooijen schier overal wordt erkend. «*Bornons nous,*» zeide de Minister van Koophandel in Frankrijk, tijdens de beraadslagingen over de wet van 1844, «*à constater ce qui existe, et ce qui existe sans contestation depuis 1791. L'inventeur ne peut exploiter sa découverte sans la société; la société ne peut en jouir sans la volonté de l'inventeur; la loi, arbitre souverain, est intervenue; celle a garanti à l'un une jouissance exclusive, temporaire, à l'autre une jouissance différée, mais perpétuelle. Cette solution, transaction nécessaire entre les principes et les intérêts, constitue le droit actuel des inventeurs, et droit naturel ou droit concédé, propriété ou privilège, indemnité ou rémunération, ce résultat a été regardé universellement comme le règlement le plus équitable des droits respectifs; la raison publique l'a accepté et il est devenu dans cette matière*

«la base de la législation chez tous les peuples.» De bevoorregte compagnien, die voorheen bestaan hebben, mogen, volgens SAY (cours d'économie politique, pag. 305) eenigermate met de octrooijen van uitvinding te vergelijken zijn; zij zijn echter in menig opzigt geheel verschillend van aard (1). Het is waar dat bij de octrooijen van uitvinding evenzeer een privilegie of monopolie verleend wordt, maar wij zeggen met DUPIN: «Ces mots «n'ont rien d'odieux quand ils n'ont point pour effet de «concentrer dans une main favorisée des procédés con- «nus, quand ils ont au contraire pour but d'ouvrir de «nouvelles voies, dont tous doivent profiter, et d'étendre «le domaine des arts et de l'industrie. Avec ces idées «simples et claires, il devient facile de donner à la loi

(1) Volgens de dagbladen heeft de heer Mr. J. HEEMSKERK Az., onlangs bij de afdeeling Koophandel van de Maatschappij *Felix Meritis* te Amsterdam, eene voorlezing gehouden over den eigendom van voortbrengselen van den geest en in het bijzonder over octrooijen van uitvinding, waarbij hij insgelijks betoogt dat eene uitvinding, uit den aard der zaak zelve, onvatbaar is voor eigendom, en tevens het advys van de Kamer van Koophandel te Rotterdam bestrijdt. Wat betreft het gevoelen, dat de octrooijen een overblijfsel zouden zijn van het oude beschermingstelsel, de geschiedenis, heeft hij gezegd, wijst overtuigend aan, hoe juist het verleenen van dergelijke privilegiën zich ontwikkeld heeft naar mate men het beschermingstelsel liet varen. Engeland toch heeft, bij dezelfde acte waarbij het aan de Kroon het regt ontnam van monopolien te verleenen, in 1623 het beginsel van octrooijering ingevoerd, terwijl in Frankrijk GUIZOT, de groote bestrijder van het gildenwezen, juist de eerste is geweest, die eene poging tot regeling van de octrooijen van uitvindingen gedaan heeft. Buitendien is het beginsel van het beschermingstelsel een geheel ander dan dat van het verleenen van een octrooi. Bij het eerste wordt iemand naar willekeur boven een ander voorgetrokken, door hem uitsluitend het debiet van eene zekere zaak te geven, die hij evenmin als elk ander heeft uitgevonden, terwijl bij het laatste slechts eene billijke belooning toegewezen wordt aan hem, die voor het eerst eene zaak heeft uitgevonden, welke hij, door geheimhouding, aan het algemeen had kunnen onthouden, en die zonder hem in zekeren zin niet zou bestaan.

«un caractère logique et de mettre toutes ses parties «d'accord avec son principe. Le droit de propriété, avec «son caractère absolu et sa prérogative de perpétuité, «est désintéressée dans la question. Il ne s'agit que d'un «contrat sous la tutelle et la foi duquel le génie de «l'invention livre à la société ces précieuses découvertes. «Le problème à résoudre se réduit à savoir si les con- «ditions du contrat sont équitables, c'est-à-dire si la «société s'est montrée assez reconnaissante envers l'in- «venteur et si les intérêts du pays sont suffisamment «protégés.»

De beginselen en de behoefte aan handelsvrijheid dienen niet overdreven te worden. Ligt zouden de Kamers van Koophandel, die zoo vele nuttige diensten bewijzen, gevaar kunnen loopen, even als in Frankrijk ten jare 1791, om in die overdreven zucht naar vrijheid medegesleept te worden. Dat er geene aanmoediging door middel van geldverstrekkings wegens nijverheids-ondernemingen, geene premiën voor in- en uitvoer of tot steun van het eene of andere bedrijf worden gegeven, wie zal het afkeuren? Maar is het brevetieren van nuttige uitvindingen met het begrip eener gewenschte handelsvrijheid in strijd? Is vrijheid zonder beperkingen in het belang der maatschappelijke vereeniging denkbaar? Eene goede wetgeving op de octrooijen schijnt ons veeleer eene gepaste vrijheid van arbeid in de hand te werken. Den nijveren werkman aan te moedigen, hem vrijheid van handelen te laten, den weg van vooruitgang gemakkelijk te maken; ziedaar het doel eener octrooiwet. Het vooruitzicht van loon naar werken te erlangen, zal hem tot prikkel strekken om zich op uitvindingen en verbeteringen toe te leggen, waardoor meer gemakkelijke, spoedige en zuinige middelen van productie, en bij gevolg goedkooper prijzen, verkregen, en de bloei van den handel, de welvaart der verbruikers, in een woord,

de nationale rijkdom zullen bevorderd worden. Octrooijen laten de reeds aanwezige uitvindingen even vrij, als of de nieuwe niet bestond, en mogt voor het overige eenige belemmering daaruit ontstaan, van den anderen kant vindt de Maatschappij voor de geringe opoffering, die zij in dit opzigt doet, ruimschoots vergoeding in het genot, dat zij van de nieuwe uitvinding verkrijgt. Door den uitvinder gedurende eenigen tijd uitsluitend de voordeelen eener industrieele zaak te laten trekken en na het verstrijken van dien tijd, wanneer hij voor zijne kosten en moeite genoegzaam beloond is, aan de Maatschappij het genot der uitvinding te verleenen, worden beider belangen met elkander in overeenstemming gebracht. Er is op die wijze een middenterm gevonden tusschen de ongelegenheden eener onbepaalde mededinging, die den uitvinder zoude ontmoedigen en de eischen van het privaat belang, dat voor handel en nijverheid nadeelig zou zijn. Het zou, naar ons inzien, niet goed wezen dien middenterm te laten varen en Nederland zou gewis op dit oogenblik eene uitzondering maken, indien het tot afschaffing der octrooijen overging. Het valt niet te ontkennen dat de Nederlander in de laatste jaren weinig uitvindingsgeest getoond heeft en in vele opzigten ten achteren is, terwijl hij vroeger op het gebied der nijverheid eene eerste plaats bekleedde. De wereldtentoonstellingen hebben, helaas, de treurige bewijzen geleverd, hoe zeer wij op dit punt gedaald zijn. Is evenwel daarin eene reden te vinden, om de octrooijen af te schaffen? Moeten wij niet veeleer de middelen aangrijpen om dien geest van uitvinding aan te wakkeren en zijn niet de octrooijen bij uitnemendheid geschikt om dat doel te bereiken? Bij de laatste discussiën over de Staatsbegroting werd te regt gezegd, dat een goed industrieel onderwijs in dit Rijk behoefte is en in de eerste plaats gevorderd wordt, om uit den

toestand van apathie te geraken, die bij ons schijnt toe te nemen naar mate in den vreemde meer vooruitgang en ontwikkeling der industrie openbaar zijn. De octrooijen nu zullen naast een doelmatig onderwijs, naast de verspreiding van kennis en wetenschap, krachtadig medewerken om den ouden, doch verloren, luister te herwinnen. Zonder vooruitzicht op belooning of billijke schadeloosstelling zal iemand, hoe ervaren ook, weinig lust en geneigdheid gevoelen zich aan moeilijke nasporingen te wijden, proefnemingen te wagen en, met opoffering van tijd en geld, zijne theoretische kennissen tot het doen van ontdekkingen in praktijk te brengen. Schaars zijn zij te vinden, die, enkel uit eigenliefde of uit zucht tot de wetenschap, arbeid, moeite en kosten ten beste willen geven. Hoop op voordeel is het sterkste lokaas om den mensch uit de hem aangeboren traagheid op te wekken, zijn vernuft te scherpen en hem de noodige zielskracht en volharding tot het volbrengen van groote werken in te boezemen. Is het waar dat, ook zonder octrooi, de uitvinder uit den aard der zaak altijd eenigen tijd de vruchten zijner vinding zal plukken, alvorens anderen haar navolgen, die vruchten zullen evenwel zelden van dat belang zijn, om hem voor de aangewende kosten en onderzoekingen eene genoegzame vergoeding te verschaffen. Navolging is gemakkelijker dan eigen vinding en, hetgeen uiterst moeilijk te vinden was, zal veeltijds hoogst eenvoudig in de toepassing en zonder moeite voor namaak vatbaar zijn. Onjuist is dus de bewering van de Kamer van Koophandel te Rotterdam, dat iedere wezenlijke verbetering of uitvinding in het vak der industrie hare geldelijke belooning steeds in zich zelve zal vinden. Geen twijfel of de zucht naar vooruitgang op stoffelijk gebied zou, met het wegvallen der privilegiën, verflaauwen in een land, waar reeds nu die zucht naar vooruitgang, volgens de getui-

genis der Kamer, zoo uitermate gering is. Meer dan elders is hier aanmoediging noodig en, willen wij den Nederlandschen uitvindingsgeest niet geheel uitdooven, laat ons dan ten minste den laatsten prikkel behouden om den sluimerende op te wekken, opdat men niet met grond aan onze natie verwijte dat zij niet inventief is.

Of echter de wet van 1817, bij ons van kracht, onveranderd moet blijven bestaan, is eene vraag, welke eigenlijk geene vraag kan zijn en waarop geen regtsgeleerde of industrieel een bevestigend antwoord zal geven. Zoowel om hetgeen er in staat, als om hetgeen er niet in staat, moet die wet afkeuring vinden.

Bij het verlenen van octrooijen moet drieërlei oogmerk voorzitten. Zij moeten strekken: 1°. tot vergoeding van schade aan geld en tijd, door den uitvinder ter verkrijging zijner uitvinding geleden; 2°. tot belooning van bewezen dienst aan de maatschappij, 3°. tot aanmoediging ter ontwikkeling van kunst en nijverheid. De wet van 1817 heeft grootendeels dit beginsel aangenomen, en zich zeer juist gewacht om aan den uitvinder een *regt van eigendom* toe te kennen, maar zij heeft door onderscheidene bepalingen, als door de verleening der octrooijen facultatief te maken, het voorafgaande onderzoek der uitvindingen voor te schrijven, deze aan al te hooge regten te onderwerpen, het beginsel van billijkheid, dat op den voorgrond dient te staan, uit het oog verloren. Bij de thans bestaande wet is aan de Regering de onbepaalde bevoegdheid gegeven om de octrooijen toe te staan of te weigeren. Om octrooi te kunnen verkrijgen moet de uitvinding *binnen* het Rijk gedaan zijn. De daarvoor te betalen regten mogen de som van *f* 750 niet overschrijden of beneden die van *f* 150 gesteld worden. Er is niet bepaald, dat, bij niet-betaling der regten, het octrooi van regtswege

nietig zal zijn. Octrooijen van invoer kunnen verleend worden aan hen, die eene buiten 'slands gedane of in werking zijnde uitvinding invoeren, onder uitdrukkelijke voorwaarde dat de geoctrooijeerde voorwerpen binnen het Rijk zullen vervaardigd worden. In het algemeen wordt een octrooi onder anderen vervallen verklaard, wanneer de bezitter, binnen den tijd van twee jaren na de dagteekening van hetzelfde, geen gebruik daarvan gemaakt heeft, ten zij om gewigtige redenen ter beoordeeling van het Gouvernement.

Het behoeft nauwelijks betoog, dat deze en andere bepalingen, mede in het reglement ter uitvoering der wet voorkomende, verbetering en aanvulling behoeven. En tot welke jurisprudentie heeft niet de ongelukkige redactie of de bepaling van art. 6 der wet aanleiding gegeven? Eenige regterlijke collegiën, en daaronder de Hooge Raad der Nederlanden (zie arrest van 20 Maart 1846 in *Weekbl.* n°. 691), zijn van gevoelen, dat het voorregt, volgens dat artikel alleen bestaande in het regt om de geoctrooijeerde voorwerpen te vervaardigen *en* te verkoopen, geene andere bevoegdheid geeft dan om diegene te vervolgen, die het nagemaakte voorwerp te koop stellen. De industrieel, die enkel houder is der zaak, is dus voor alle vervolging gevrijwaard. Hij, die voor eigen gebruik namaakt, het nagemaakte voorwerp wegschenkt, verhuurt of uitleent, maakt geen inbreuk op het octrooi, mits hij maar niet verkoopt. Op die wijze is het uitsluitend regt, dat den uitvinder verleend wordt, geen regt meer, niets anders dan een ijdele klank, zonder effect of beteekenis. Veel is er op die jurisprudentie te zeggen. Het woordje *en*, voorkomende in art. 6, schijnt hier eene disjunctive beteekenis te hebben en zoowel het doel der wet, als het verband, waarin hare bepalingen moeten beschouwd worden, alsmede de zin der fransche vertaling, pleiten voor eene

tegenovergestelde meening. De Regtbank te Brussel heeft het, bij hare uitspraak van den 3 December 1845, dan ook anders begrepen dan de Hooge Raad der Nederlanden. Maar genoeg is het, dat de bewoordingen der wet tot dusdanige opvatting aanleiding *kunnen* geven en, al waren er geene andere redenen, deze alleen zou genoeg zijn om haar hoe eerder hoe beter te herzien en te verbeteren.

De Belgische wet van 24 Mei 1854 heeft in menig opzigt vele verbeteringen aangebragt of leemten aangevuld en kan hier veilig tot rigtsnoer genomen worden. Onze Belgische naburen hebben eene der meest vrijgevige wetgevingen tot stand gebragt en zijn ons, gelijk met vele andere zaken, ook wederom met betrekking tot deze aangelegenheid vooruit.

Al dadelijk gaat de Belgische wet van een beter beginsel uit door het octrooi niet als een *gunstbewijs*, maar als een *regt* te beschouwen. In haar eerste artikel zegt zij gebiedend: «*er ZULLEN uitsluitende regten verleend worden,*» zoodat de verkrijging daarvan niet afhangt van de willekeur der Regering. De Belgische wetgever heeft ook te regt begrepen, dat het geheel onverschillig is, *waar* de uitvinding gedaan zij, en alleen de ontdekking, niet *de plaats* waar dezelve geschied is, eene beweegreden moet zijn om het octrooi te verleenen. Van daar dat de uitvinding, om geootroojeerd te kunnen worden, niet meer behoeft gedaan te zijn *binnen* het Rijk, hetgeen ook door den uitvinder, die doorgaans in het geheim werkt om de zaak niet ruchtbaar te maken, in de meeste gevallen zeer moeilijk te bewijzen is.

Eene eigenlijke definitie of omschrijvende bepaling van het octrooi wordt in de Belgische wet niet gevonden. Zij gaat echter uit van het beginsel, dat het regt

van den uitvinder niet is een regt van eigendom, maar dat het hier geldt een voorregt, eene belooning, eene billijke schadeloosstelling, eene aanmoediging, zoowel door het particulier als door het algemeen belang geboden. Voor elke uitvinding of verbetering, geschikt om als voorwerp van volksvljht of handel geëxploiteerd te worden, wordt, op aanvraag, een regt van uitsluitenden en tijdelijken aard verleend, en dat regt strekt zich tot twintig jaren uit, terwijl het in andere landen veel korter, in Engeland en in de Vereenigde Staten op veertien, in Frankrijk, in Oostenrijk en bij ons op vijftien jaren is gesteld.

België heeft zoo wel de octrooijen van invoer als die van verbetering behouden. De Kamer van Kooph. te Rotterdam trekt voornamelijk tegen de eerste soort te velde, en ziet daarin eene groote belemmering voor de ontwikkeling der nijverheid. SAY wijst in zijn *Cours d'économie politique* (pag. 295), op de misbruiken, die daarvan het gevolg zijn, en is mede van gevoelen dat de octrooijen van invoer stellig dienen afgeschafte te worden. In Frankrijk is dit dan ook geschied door de wet van 4 Julij 1844, die daarentegen aan alle vreemdelingen de bevoegdheid geeft om een brevet van uitvinding te verkrijgen, al mogten zij ook in hun land gebreveeteerd zijn, in het laatste geval echter slechts voor den tijd van het oorspronkelijk verkregen brevet. Zoo als de octrooijen hier te lande verleend worden, onder voorwaarde, dat de geoctrooijeerde voorwerpen binnen 'slands moeten vervaardigd worden, en met bepaling, dat de bezitter zijn regt gedurende twee jaren zonder gevolg kan laten, en daarvan vervallen verklaard wordt, wanneer hij na het verkrijgen van hetzelfde voor hetzelfde voorwerp in een ander land een uitsluitend regt mogt hebben verkregen, zijn zij zeker niet goed te keuren. De Belgische wet heeft in art. 14 een beter

stelsel gehuldigd. Volgens dat artikel kunnen alleen de uitvinder, die bereids een buitenlandsch octrooi verkregen heeft, of zijne regtverkrijgenden een octrooi van invoer bekomen. Is dus de uitvinding niet in den vreemde geoctrooijeerd, dan kan men geen octrooi van invoer, maar wel van uitvinding daarvoor erlangen, indien zij overigens daarvoor vatbaar is. De duur van het octrooi van invoer kan dien van het in den vreemde verkregen octrooi voor den langsten termijn, en in geen geval het tijdperk van twintig jaren, in art. 3 der wet bepaald, te boven gaan. Zoo zal bijv. iemand, in de Vereenigde Staten voor veertien, en in Frankrijk voor vijftien jaren geoctrooijeerd zijnde, in België een octrooi voor vijftien jaren, zijnde het langste tijdperk, kunnen verkrijgen. Hierdoor is aan den uitvinder zijn regt gewaarborgd en heeft hij niet meer te vreezen zich van zijne vinding door een octrooi van invoer, aan een derde verleend, beroofd te zien, daar niemand dan hij of zijne regtverkrijgenden op zoodanig octrooi aanspraak kunnen maken. Behalve dat de wet op die wijze getrouw is gebleven aan haar beginsel, om den uitvinder te beloonen en zijne regten in bescherming te nemen, heeft zij buitendien de vreemde uitvinders aangemoedigd om een brevet van uitvinding te nemen alvorens dit in andere landen te doen, daar in dit geval hun voorregt van langeren duur is. Het verleenē van een octrooi van invoer levert, in dier voege geregeld, geen bezwaar op en heeft die nadeelen niet, welke de Kamer van Kooph. te Rotterdam tegen het stelsel onzer wet aanvoert. Wij geven aan de Belgische wetgeving de voorkeur boven de Fransche, hoezeer deze in de gevolgen weinig daarvan verschilt, omdat daarin al wederom een spoorslag te meer gevonden wordt om uitvindingen van vreemden bodem herwaarts over te brengen.

Beide wetgevingen wijken op een ander gewichtig punt

van de onze af, doordien zij niet vorderen *het voorafgaand onderzoek*. Teregt heeft men begrepen, dat de uitvinder niet moet blootgesteld zijn om zijn verzoek te zien verwerpen of eene vertraging in het bekomen van een octrooi te ondervinden, hetzij omdat zijne uitvinding een langdurig onderzoek vordert, hetzij omdat de Regering nadere plans of beschrijvingen ter inlichting noodig heeft. Het voorafgaand onderzoek stelt eene vrijheid belemmerende censuur daar, die onmogelijk door de Regering te vervullen is. Deze moet zich bepalen om het verzoek te registreren en acte te geven van de nederlegging der gedane aanvraag. Hiermede is hare roeping afgeloopen en zij heeft niet te beslissen of de uitvinding van aard is om geoctrooijeerd te worden. Zij onderzoekt alleen of de formaliteiten in acht genomen zijn, die in art. 17 der Belgische wet voor de nederlegging der aanvraag zijn voorgeschreven. Daarentegen geschiedt de verleening der octrooijen ten schade en bate der aanvragers, zonder dat van staatswege, hetzij voor de wezenlijkheid, hetzij voor de nieuwhed of de waarde der uitvinding, hetzij voor de juistheid der beschrijving, wordt ingestaan en onverlet de regten van derden (art. 2 der Belg. wet). Vermits aldus de Regering niets anders te doen heeft dan na te gaan of de nederlegging regelmatig heeft plaats gehad, zoo is eene ministeriële beschikking, in plaats van een Koninklijk besluit, voldoende geacht om den geoctrooijeerde tot titel te verstreken, wordende de wettelijke dagteekenig der uitvinding geconstateerd door het proces-verbaal, dat bij de nederlegging van het verzoek om octrooi opgemaakt, en bij afschrift, kosteloos aan den verzoeker uitgereikt moet worden (art. 18 en 19 der Belg. wet).

Bij de Belgische wet is ook eene zeer doeltreffende bepaling gemaakt omtrent de taxe of te betalen regten. Voor elk octrooi moet een jaarlijksch en opklimmend regt

worden voldaan, te weten: voor het eerste jaar tien, voor het tweede jaar twintig, voor het derde jaar dertig franken, en zoo vervolgens tot het twintigste jaar, waarvoor het regt twee honderd franken bedraagt. Het regt moet bij vooruitbetaling voldaan en het betaalde kan in geen geval teruggevorderd worden. Voor de octrooijen van verbetering wordt geen regt geheven, wanneer die geligt zijn door den titularis van het hoofdoctrooi (art. 3 der Belg. wet). Bij niet-voldoening van het regt binnen de maand na den vervalldag is het octrooi van rechtswege nietig (art. 23). Er is dus een matig regt bepaald, dat zich gemakkelijk laat betalen en allengskens vermeerdert, omdat de uitvinding moet verondersteld worden ook allengskens meer voordeelen af te werpen. De geoctrooijeerde is overigens meester om, wanneer hij geen heil vindt in zijne ontdekking, of om andere redenen, zich van de verdere betaling der nog verschuldigde termijnen te ontslaan door het verkregen voorregt te laten varen. Wel is waar vermeederen de werkzaamheden en schriften der administratie, bij het invoeren van een regt, in jaarlijkse termijnen te betalen, eensdeels, uit hoofde van de inning der gelden, als ten andere, omdat bij niet-betaling der taxe het octrooi vervalt en daarvan openbare aankondiging moet geschieden (art. 22); doch dit zal in ons land minder zwaar wegen dan in België en Frankrijk, waar de nijverheid eene veel grootere uitbreiding heeft verkregen en evenwel zoodanige taxe is aangenomen op grond van het voordeel dat de industrieel in deze taxe vindt. Daardoor is het ook onnoodig octrooijen van verschillenden duur in te voeren en behoeft alleen het maximum bepaald te worden van den tijd, waarvoor dezelve mogen loopen.

Meer andere voorschriften worden in de Belgische wet aangetroffen, die de aandacht verdienen. Zoo is, onder anderen, eene wijziging gebragt in art. 6 der wet

van 1817, en daarvoor in de plaats gesteld een artikel (4) van den volgenden inhoud: «De octrooijen verschaffen aan de houders of hunne regtverkrijgenden het «uitsluitend regt: *a.* om ten eigen voordeele het ge-«octrooijeerde voorwerp te exploiteren of te doen ex-«ploiteren door de personen, die zij daartoe magtigen; «*b.* voor den regter te vervolgen de personen, die hetzij «door het vervaardigen van voorwerpen of het bezigen «van kunstmiddelen, in het octrooi begrepen, hetzij «door het voorhanden hebben, verkoopen, te koop «stellen of op het grondgebied des Rijks invoeren van «een of meer nagemaakte voorwerpen, inbreuk op hunne «regten maken.» Dit artikel geeft aan de octrooijen kracht en beteekenis, terwijl zij bij ons door de interpretatie, waartoe de wet aanleiding geeft, geene de minste waarde hebben. Onze Belgische naburen hebben zich niet bepaald om aldus het regt van den uitvinder tot eene waarheid te maken; zij hebben buitendien de uitoefening daarvan verzekerd en de middelen aan de hand gegeven, om van iedere inbreuk op dat regt naar behooren te doen blijken en de verduistering of vernietiging der voorwerpen te verhinderen. De houders van octrooijen of hunne regtverkrijgenden kunnen, volgens art. 6 der Belgische wet, met, op rekwest verkregen, vergunning van den Voorzitter der Regtbank van eersten aanleg, door een of meer deskundigen eene geregtelijke beschrijving laten opmaken der toestellen, werktuigen en voorwerpen, die zij beweren nagemaakt te zijn. Bij het bevelschrift kan de Voorzitter aan den houder der voorwerpen verbieden zich daarvan te ontdoen en den geoctrooijeerde verlot geven eenen bewaarder te stellen of zelfs de voorwerpen te doen verzegelen. Het bevelschrift wordt door eenen daartoe te benoemen deurwaarder beteekend (art. 6). Ter voorkoming van misbruiken, en om van den anderen kant voor het belang van den

derden houder te zorgen, *kan* in het algemeen aan de vervolgende partij, en *moet* in ieder geval aan den vreemde deling het stellen van zekerheid door den Voorzitter der Regtbank bevolen worden (art. 8). Hiermede heeft men in eene leemte voorzien, die in de wet van 1817 bestaat, en een middel aan de hand gegeven om zich, zonder al te groot bezwaar voor den houder der voorwerpen, en tevens in het belang van den geotrooijéerde, te overtuigen of er werkelijk namaak heeft plaats gehad. Bij eene eenvoudige beschrijving van het voorwerp, dat als nagemaakt beschouwd wordt, ondergaat de houder geene belemmering in de voortzetting van zijn bedrijf en is de uitvinder niet blootgesteld, om zich uit dien hoofde tot schadevergoeding te zien veroordeelen. Het doen verzégen en onder bewaring stellen, ofschoon veel gelijkende op, is echter niet hetzelfde als eene beslagneming, zoo als in Frankrijk is toegelaten en buitendien geheel facultatief gesteld. Alléén naar gelang van omstandigheden, ter beoordeeling van den voorzitter der Regtbank, zal tot de andere meer ernstige maatregelen, ter bewaring van het regt van den uitvinder, worden overgegaan. Ook is aan dien ambtenaar het oordeel voorbehouden, of tot het doen eener beschrijving het binnentreden in de woning van een particulier kan worden toegelaten, en zal dit, blijkens de beraadslagingen over de wet, niet kunnen geschieden, wanneer de houder te goeder trouw is en zich alléén tot eigen gebruik van het nagemaakte voorwerp bedient. Aan de Regtbanken is mede de bevoegdheid ontzegd om, wanneer er geen kwade trouw bestaat, de verbeurdverklaring der nagemaakte voorwerpen en van de werktuigen en gereedschappen, tot de vervaardiging bestemd, uit te spreken, of aan den geotrooijéerde eene geldsom toe te wijzen, gelijk staande met den prijs der bereids verkochte voorwerpen. Art. 5 der Belgische wet zegt daaromtrent uitdrukkelijk: «Indien

«de personen, uit kracht van art. 4, litt. *b*, vervolgd, «wetens gehandeld hebben, zullen de Regtbanken de «voorwerpen, in strijd met het octrooi nagemaakt, en «de werktuigen en gereedschappen, tot de vervaardiging «der voorwerpen, ten behoeve van den geotrooijeerde «of diens regtverkrijgende verbeurd verklaren, of aan «dezen eene geldsom toewijzen, gelijkstaande met den «prijs (dat is de opbrengst en niet *de waarde*) der be- «reids verkochte voorwerpen. Indien de vervolgte per- «sonen te goeder trouw zijn, zullen de Regtbanken «hun, op de bovenvermelde straffen, verbieden de werk- «tuigen en vervaardigingstoestellen, als nagemaakt er- «kend, *tot eenig handelsoogmerk* te gebruiken, zoowel «als om, met gelijk doel, zich te bedienen van de «werktuigen en gereedschappen, strekkende tot vervaar- «diging der geotrooijeerde voorwerpen.» Men heeft echter gemeend, dat zelfs de bezitter te goeder trouw niet van de verpligting tot schadevergoeding kon worden vrijgesteld, omdat hij, ofschoon zonder opzet handelende, niettemin inbreuk maakt op eens anders regt en daardoor nadeel toebrengt. Van daar het slot van art. 5: «In het een en het ander geval (hetzij wetens, «hetzij te goeder trouw gehandeld wordt) kan aan den «geotrooijeerde of diens regtverkrijgenden vergoeding «van kosten, schade en interessen toegewezen worden.»

De Belgische wet schrijft wijders eene verkorte procedure voor en wil de zaken, betreffende de octrooijen, als summiere en spoedeisende zaken behandeld hebben. Van den eenen kant moest de mogelijkheid benomen worden om de voorloopige maatregelen, hierboven aangehaald, te kunnen rekken en een derde zijns ondanks langer te bemoeijelijken dan volstrekt noodig scheen, en van den anderen kant was het ook voor den geotrooijeerde wenschelijk niet in een kostbaar en al te langdurig proces gewikkeld te worden, en inmiddels, en hangende

het geding, den termijn van zijn octrooi voor een groot gedeelte te zien verstrijken. Binnen de acht dagen na de beschrijving moet dáárom eene dagvaarding geschieden voor de Regtbank, binnen wier ressort zij heeft plaats gehad. Bij gebreke van dien, houdt het bevelschrift, bedoeld bij art. 6, van regtswege op eenige kracht te bezitten, en kan de houder der beschreven voorwerpen de afgifte van het oorspronkelijk procesverbaal van beschrijving vorderen, met verbod aan den geotrooijeerde om van den inhoud daarvan gebruik of het openlijk bekend te maken, onverminderd de vergoeding van kosten, schaden en interessen. Is de zaak binnen den bepaalden termijn vervolgd en voor de Regtbank gebracht, dan kan de geotrooijeerde spoedig regt verkrijgen door de wijze van behandeling, die de wet heeft voorgeschreven (zie artt. 12 en 13).

In het reglement ter uitvoering van de wet van 1817, heeft men zich niet alleen veroorloofd van de wet af te wijken, maar men heeft daarenboven bij art. 17, in strijd met art. 171 der Grondwet, een regt of eene belasting ingevoerd van *f*9 bij den afstand of het erven van een octrooi. Daarentegen vordert in Belgie *de wet* een registratieregts voor iedere overdracht van een octrooi, bij acte onder de levenden of na doode, en wel een vast regt van tien franken.

Wat betreft de gevallen, waarin de octrooijen vernietigd of vervallen verklaard worden, deze worden vrij naauwkeurig door de Belgische wet opgegeven. Hierboven is reeds vermeld dat het octrooi van regtswege nietig is, wanneer de taxe niet binnen de maand na den vervaldag wordt betaald. Bij gebreke van de uitvinding binnen het jaar of binnen den verleenden termijn van uitstel te exploiteren, nadat de exploitatie in het buitenland is aangevangen, wordt de vervallenverklaring bij Koninklijk besluit uitgesproken. Zulks geschiedt insge-

lijks wanneer de exploitatie binnen 's lands van het geoctrooijeerde voorwerp, gedurende een jaar zal zijn gestaakt, nadat de exploitatie daarvan in het buitenland is aangevangen, ten zij de bezitter van het octrooi geldige redenen voor deze staking weet aan te wijzen. Het octrooi wordt door de Regtbanken vervallen verklaard: *a*, wanneer het bewezen mogt worden, dat vóór de wettelijke dagteekening der uitvinding, invoering of verbetering, het geoctrooijeerde voorwerp binnen het Rijk, met handelsoogmerk door derden gebezigt, in werking gebragt of geëxploiteerd is; *b*, wanneer de geoctrooijeerde in de beschrijving, bij zijn verzoek gevoegd, met opzet, een gedeelte van zijn geheim verzwegen of het op onjuiste wijze voorgesteld heeft; *c*, wanneer het mogt bewezen worden, dat de volledige beschrijving en naauwkeurige afteekeningen van het geoctrooijeerde voorwerp, vóór de nederlegging ter griffie, in een gedrukt en openbaar gemaakt werk of verzameling zijn medegedeeld, behoudens, voor zoo veel de octrooijen van invoer betreft, het geval dat die openbaarmaking het gevolg zij van een wettelijk voorschrift. Ook zal de vervallenverklaring van een octrooi van uitvinding of van verbetering door de Regtbanken worden uitgesproken, indien voor het voorwerp, waarvoor het verleend is, reeds bevorens binnen het Rijk of in het buitenland octrooi verkregen was. In het laatste geval kan evenwel het octrooi van uitvinding als octrooi van invoer in stand gehouden worden indien de titularis de uitvinding gedaan heeft. De wet geeft te dien aanzien aan de Regtbanken eene discretionnaire magt en laat het geheel aan haar oordeel over, om de verandering van den titel, naar mate der omstandigheden, al of niet toe te staan. Met afwijking van art. 1351 *Code Civil*, gelijkkluidende met art. 1954 van het Burg. Wetb., heeft men gewild, dat het regterlijk gewijsde,

houdende vervallenverklaring of nietigheid van het octrooi, niet alleen voor partijen, maar ook voor derden van uitwerking zoude zijn. De vernietiging wordt, om die reden, nadat het vonnis kracht van gewijsde heeft bekomen, openlijk bekend gemaakt. (Zie de artt. 23, 24, 25 en 26.)

Bij eene transitoire bepaling (art. 27) huldigt de Belgische wet het beginsel, dat de wet geene terugwerkende kracht kan hebben. De octrooijen, die op het tijdstip van de afkondiging der wet niet geëindigd of vernietigd waren, worden beoordeeld naar de wet, die van kracht was op het oogenblik dat zij verkregen zijn. Niettemin kunnen de houders van dergelijke octrooijen het beneficie der nieuwe wet genieten door binnen het jaar na de afkondiging der wet eene nieuwe aanvraag om octrooi te doen. In dat geval zullen zij den duur hunner octrooijen tot twintig jaren kunnen uitrekken, in dier voege dat, indien er bijv. vijf jaren van het oorspronkelijk octrooi verstreken zijn, hetzelfde nog gedurende vijftien jaren zal kunnen loopen. Deze aldus op nieuw verkregen octrooijen worden naar de nieuwe wet beoordeeld. De regtsgedingen echter, vóór de afkondiging der nieuwe wet aangevangen, moeten overeenkomstig de vroegere ten einde gebracht worden. Zij, die het vroeger regt reeds geheel gekweten hebben, betalen, zoo zij van het beneficie der nieuwe wet gebruik maken, na afloop van den tijd, waarvoor hun oorspronkelijk regt verleend was, de regten, voor de volgende jaren verschuldigd. Wat aangaat de houders van octrooijen, die het regt, ter verkrijging van het oorspronkelijk octrooi gevorderd, nog niet ten volle betaald hebben, hun wordt rekening gehouden van de vroeger gedane betalingen, en de door hen verschuldigde regten worden geregeld naar de stortingen, die zij bereids gedaan hebben overeenkomstig art. 3 der wet.

In 27 artikelen, waarvan wij de hoofdbepalingen hebben doen kennen, heeft de Belgische wetgever, met vermijding van allen omslag en zonder zoo uitvoerig te zijn als de Fransche wet van 5 Julij 1844, de geheele regeling der octrooijen zamengevat. Bij Koninklijk besluit zijn algemeene maatregelen genomen ter uitvoering der wet. Wij wenschen dat een en ander hier te lande navolging zal vinden en, indien men mag afgaan op de omstandigheid, dat het daartoe strekkend verzoekschrift van de Vereeniging ter bevordering van fabriek- en Handwerksnijverheid in Nederland de handteekening draagt van haren voorzitter, die tevens lid der Regering is, dan mag men zich eenigzins daarop verwachten, ofschoon de Ministers niet homogeen behoeven te zijn met hunne ambtgenooten in hetgeen deze in andere hoedanigheid verrigten.

December 1855.

BOEKBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

(NEDERLANDSCHE LITERATUUR.)

Table générale chronologique et alphabétique du répertoire historique et chronologique des traités conclus par la Hollande (1789—1845), par Mr. H. A. VAN DIJK, docteur en lettres et en droit. — Utrecht, KEMINK ET FILS. 1855. 44 bl. in 8o.

Door de uitgaaf van deze registers is aan een der vereischten voorzien van eene verzameling van tractaten, die echter, zoo als ook wij (1), in de in dit tijdschrift

(1) Eerste verzameling, deel VII, bl. 584—592.

Themis, D. III, 1ste St. [1856].

geplaatste aankondiging, deden opmerken, er aan ontbrak. De uitgever heeft nu de volgende registers vervaardigd: het eerste (bl. 11—21): *Table chronologique générale des traités et conventions conclus par les Pays-Bas* (1789—1845), waarachter nog de capitulatiën zijn vermeld. Daarop volgt (bl. 22—34) een register dier tractaten, *classés suivant l'ordre alphabétique des états*; aan het slot zijn de overeenkomsten der verschillende takken van het Huis van Nassau over hunne bijzondere belangen opgegeven. Dan (bl. 35—40) eene chronologische opgaaf der *autres actes diplomatiques, ainsi que des lois, arrêtés et réglemens mentionnés dans le répertoire*. Eindelijk (bl. 40—44), onder het opschrift: *Navigation des fleuves et rivières*, eene opgaaf der overeenkomsten omtrent het bevaren der door meer dan één land loopende stroomen, volgens artt. 104—117 van het tractaat van Weenen, gesloten. Door eene meer verklaarbare dan aangename drukfout is, onder de opschriften, de Rijn, waarover toch natuurlijk uitvoerig gehandeld wordt, vergeten.

In de Inleiding (bl. 3—10) wordt de bibliographie aangevuld, en zijn eenige feilen in het werk aangewezen en de tractaten, die vervallen zijn, vermeld.

Wij betreuren het dat de uitgever zijne hier geleverde chronologische lijst niet tot het tijdstip der uitgave heeft bijgewerkt, waardoor deze registers eene veel grootere en op zich zelf staande waarde zouden verkregen hebben. Nog meer is het te bejammeren, dat hij niet van de gelegenheid gebruik heeft gemaakt om, behalve de weinige verbeteringen in de inleiding, zijne lijst aan te vullen door hetgeen hij sedert de uitgave van het werk konde vernomen hebben. Zelfs met het *Staatsblad* heeft hij echter zijn werk nog niet vergeleken. Men mist, onder anderen, nog steeds de vermelding van het koninklijk besluit van den 28ⁿ Febr. 1838 (*Stbl.* n^o. 5) nopens

de toetreding van Wurtemberg tot een gedeelte van het op den 3ⁿ Junij 1837 met Pruisen gesloten tractaat van scheepvaart; de toetredingen van andere staten zijn ondertusschen vermeld. Het ware ondertusschen wel der moeite waard geweest, om althans te beproeven van eene volledige lijst der door Nederland gesloten tractaten te leveren, die nog altijd ontbreekt. Wij maken van de gelegenheid gebruik om ook van onze zijde een verzuim te herstellen en te doen opmerken, dat dit werk ook in zoo verre niet beantwoordt aan zijnen titel, door dat de tractaten met de inlandsche vorsten in Oost-Indië daarin niet zijn vermeld. Wij herinneren ons dat, kort na het schrijven onzer aankondiging van dit *Répertoire*, de toenmalige minister van koloniën in de Kamer gezegd heeft, dat de regering daar geen geheim van maken zoude; het is te hopen dat die tractaten ook nu niet verborgen zullen gehouden worden.

Hoewel door deze registers het werk van den heer VAN DIJK nog niet de gewenschte volledigheid verkregen heeft, zoo is het er toch veel bruikbaar door geworden, waarvoor men hem dank weten mag, even als omdat hij, in de opschriften der registers, den naam *Pays-Bas* in plaats van *Hollande* gesteld heeft.

J. DE WITTE VAN CITTERS.

(BUITENLANDSCHE LITERAATUUR.)

De la reconvention, par P. J. TEMPIER, avoué près le tribunal de première instance de Marseille etc. — Marseille, BARLATIER-FEISSAT et DEMONGHY. 1853. 78 pag. in 8°.

Groote en, zoo ik meen, niet onverdiende lof wordt

aan deze verdienstelijke verhandeling toegezwaaid in de *Revue crit.* van het vorige jaar.

De reconventie in Frankrijk, hoezeer algemeen toegelaten en erkend, is echter daar niet door de codificatie geregeld, maar berust enkel en alleen op algemeene beginselen van wetenschap en praktijk. Een geschiedkundig en wetenschappelijk onderzoek moet daardoor winnen en in omvang, en in belangrijkheid, en in nut.

Het geschiedkundig gedeelte is gewijd aan het onderzoek van de regelen voor de reconventie naar Romeinsch, canoniek, féodaal en costumier regt. Onder het canoniek regt vooral, dat zich hoofdzakelijk de vereenvoudiging en vermindering van regtsgedingen voorstelde, was een zeer ruim gebruik van de reconventie toegelaten. Het féodaal regt daarentegen, dat onder geen voorwendsel en in geen geval eenige regtspraak van den heer kon gedooogen buiten zijn grondgebied of over hen, die daaraan vreemd waren, kon geen ander dan een zeer beperkt gebruik van de reconventie toelaten. Het later costumier regt heeft echter die grenzen weder uitgebreid; en vooral over het regt van de *coutume de Paris* is de verhandeling van den heer TEMPIER zeer uitvoerig en niet minder belangrijk.

Wetenschap en praktijk hadden onder haar vrij algemeen den regel aangenomen, dat niet alleen de reconventie *ex eadem causa* was toegelaten, maar ook die *ex dispari causa*, zoo dikwijls deze leiden kon tot compensatie van twee liquide vorderingen, ofschoon voor dat laatste geval het geheele middel eigenlijk minder noodig was, vermits de kracht der compensatie juist is, dat zij de beide vorderingen van regtswege vernietigt. Voor het overige was de reconventie *ex dispari causa* uitgesloten.

Vrij algemeen bleef men deze regelen volgen onder den *Code de Procédure*. Hoezeer de wet er over zweeg, bestond er echter bij niemand twijfel, of de reconventie

was, als incidentele vordering, geoorloofd. Ik zeg, *hoezeer de wet zweeg*. Want ik zou gelooven, dat de schrijver, al zij het in navolging van anderen, te ver gaat, indien hij de uitdrukkelijke erkenning en toelating van het middel vindt in de exceptie van verknochtheid van art. 171 voor den eersten aanleg, en in de geoorloofde nieuwe weren van regten tegen den oorspronkelijken eisch van art. 464, voor het hooger beroep.

Eene vraag echter, die nog lang de schrijvers en de jurisprudentie verdeeld heeft gehouden, is die van den invloed der reconventie op de appellabiliteit van het vonnis; met andere woorden, die, of indien de eisch in conyentie en die in reconventie, ieder op zich zelve het bedrag van het hoogste ressort *niet*, doch te zamen vereenigd *wel* te boven gaan, het vonnis aan hooger beroep is onderworpen? — Het hof van cassatie beantwoordde de vraag met TOULLIER en CARRÉ, doch tegen HENRION DE PANSEY en MERLIN, bevestigend.

De wet evenwel van 11 April 1838, die tot eigenlijk onderwerp heeft de uitbreiding van het hoogste ressort, heeft ook dien strijd beslist tegen de leer van het hof van cassatie, door te bepalen, dat in dat geval geen appel is toegelaten,

Voor het overige wordt ook in die wet alleen vooronderstellenderwijze van de reconventie gesproken, zonder dat daarvoor echter eenige regelen gegeven worden, zoodat men in Frankrijk ook nu nog blijft volgen de regelen van de oude praktijk en van de *coutume de Paris*.

A. DE PINTO.

Disquisitionum de fontibus iuris Romani historicarum fasciculus I. Scripsit Dr. G. M. ASHER, Petropolitanus. — Heidelbergae. Sumtibus J. C. B. MOHR. 1855. 30 pag. in 8°.

Ofschoon uitgegeven zonder voorrede die over des schrs. plan eenig licht verspreidt, schijnt toch, naar den titel te oordeelen, dit stukje bestemd om de voorlooper te wezen die straks door meerdere zal worden gevolgd. Het bevat twee, in onderwerp zeer onderscheidene, verhandelingen. In de eerste namelijk, die tot opschrift voert: *de vestigiis primae codicis Iustiniani editionis quae in libro IX eiusdem codicis inveniuntur*, tracht de schr., voornamelijk uit de vergelijking met lib. IX Cod. Theod., ter wier vergemakkelijking eene tabel, aan het werkje toegevoegd, dient, de volgende stellingen te bewijzen:

A. Constat lib. IX Cod. Just. ex duabus partibus.

1) Ex titulis qui cum Cod. Theodosiano conveniunt.

2) Ex titulis qui cum C. Theod. non conveniunt.

B. Constat et ipsa repetita praelectio duabus partibus.

1) Parte quae ad l. editionem pertinet, quaeque nulla Digestorum vestigia habet.

2) Parte quae ad repetitam praelectionem pertinet et Digestorum vestigia habet.

C. In Codice vero Justiniano.

1) Illis l. IX titulis qui cum Cod. Th. conveniunt nihil continetur, nisi ius criminum quod VI saeculo aptum est, nec nulla in illis Digestorum vestigia apparent.

2) His vero qui cum Cod. Theod. non conveniunt titulis ius criminum continetur quod propter Digesta in Codicem receptum vel in eo mutatum est.

Waaruit hij dan de slotsom trekt, dat de eerstgenoemde titels reeds in de eerste redactie van den Cod.

Just. voorhanden geweest, de laatstgenoemde daarentegen eerst bij de herziening daarin opgenomen zijn.

In de tweede verhandeling wordt de beteekenis onderzocht die aan de uitdrukking *privilegium exigendi* in de verordeningen van keizer Marcus, ten behoeve eens geldschieters voor de herstelling van een gebouw, moet worden toegekend. Acht het algemeen gevoelen daarvoor een voorregt op alle de goederen des schuldenaars bedoeld, de schr. rekt zich in staat uit eene kritische ontleding der op dit *privilegium* betrekkelijke plaatsen aan te toonen, dat daaronder niets anders dan eene wettelijke hypotheek op het gebouw zelve mag worden verstaan.

Het ontbreekt den schrijver niet aan vernuft en zijn betoogtrant is klaar en bondig, maar zijn latijn niet bijster fraai.

J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO.

*Étude historique sur le pacte comissoire et la
résolution de la vente pour défaut de paiement.*

Thèse pour le doctorat par J. A. ACCARIAS. Grenoble 1855, 138 pag. in 8°.

Hoe nationaal de CODE NAPOLÉON in Frankrijk zij, stond het sinds lang vast, dat de regeling van het stuk der hypotheeken dringend om hervorming riep. Intusschen noch onder LOUIS PHILIPPE, noch onder de republiek van 1848 slaagden de pogingen die men in het werk stelde om de gewenschte verbetering te verkrijgen. Ook hier openbaarde het zich, hoe van nature ongeschikt de parlementaire regeringsvorm voor wetgeving is; beraadslagen, belangrijk zonder wederga, liepen op niets uit. Het krachtig keizerlijk bewind deed meer. In verband

met de maatregelen tot vestiging van het gronderediet, bragt het de wet van 23 Maart 1855 sur la transcription en matière hypothécaire tot stand, waarbij een eerste en groote stap op den goeden weg gedaan werd door invoering van het beginsel, dat, althans tegen derden, de overdragt van eigendom van onroerend goed niet werkt dan door de overschrijving der acte in de openbare registers. Art. 7 dezer merkwaardige wet bevat omtrent de aan den verkooper, bij wanbetaling van den koopprijs, toekomende resolutoire actie de navolgende bepaling:

«L'action résolutoire, établie par l'article 1654 du CODE NAPOLÉON, ne peut être exercée, après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver.»

Dit nieuwe beginsel lokte den schrijver der aangekondigde dissertatie tot een historisch onderzoek naar de *lex commissoria* en de ontbinding van den verkoop wegens wanbetaling uit. Hij splitst zijn geschrift in twee deelen. In het eerste behandelt hij de *lex commissoria* van het Romeinsche regt, op eene wijze die, zonder diep te gaan, eene kennis van dat regt verraadt welke alles behalve ongunstige denkbeelden omtrent het onderwys aan de Académie van Grenoble inboezemt.

Daarna gaat de schr. den loop na dien de zaak in het Fransche regt genomen heeft. Voor de invoering van den CODE NAPOLÉON bleef men in het Zuiden, of zoogenaamde *pais de droit écrit*, het zuivere Romeinsche regt toepassen; maar in de landstreken waarin het costumier regt heerschte gaf men aan de *lex commissoria* eene dubbele wijziging. Men nam namelijk aan, dat, ook alware zij bedongen, de ontbinding in regten gevraagd worden moest en door den regter den schuldenaar een uitstel verleend worden kon en veronderstelde van den anderen kant de ontbindende

voorwaarde, ook al mogt zij niet uitdrukkelijk zijn gemaakt. De CODE NAPOLÉON ontleende aan dat costumiere recht zijn stelsel, hetgeen dan door den schrijver nader in zijne bijzonderheden en gevolgen ontwikkeld wordt. Ten slotte bespreekt hij nog de wijzigingen door de wet van 3 Junij 1841 in art. 717 CODE DE PROCÉDURE CIVILE en de wet van 23 Maart 1855 in den CODE NAPOLÉON gebragt.

Eigenlijk nieuws leert men hier niet, daar hetgeen over het ontstaan der resolutoire actie in het Fransche recht gezegd wordt niet veel meer is dan men reeds vindt bij POTHIER. Desniettemin bezit deze dissertatie vele en wezenlijke verdiensten en is zij tot de niet zeer rijke litteratuur over een zeer belangrijk onderwerp eene gewenschte bijdrage te meer.

J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

ZAMENSTELLING DER REGTERLIJKE MAGT IN ZWEDEN (1).

Zweden is een der weinige landen van Europa, die nooit geheel onder het juk van een buitenlandschen vijand werden gebragt. Het was ook bevrijd van allerhande onderdrukking binnen 's lands, welke van duurzamen aard was. Zag het al soms een alleenheerscher opstaan, gewoonlijk was zijne magt van korten duur, zoodanig, dat hij slechts ten halve zijne aanslagen op de aloude vrijheden der natie kon doen gelukken. De adel heeft, wel is waar, in zekere tijdperken heerschappij gevoerd; maar de natie heeft zich nooit de wetten laten voorschrijven. Nooit was het land aan eenigerlei leenpligtigheid onderworpen. In weerwil der pogingen van de heeren,

(1) Ontleend aan den arbeid van een der beroemdste publicisten van Zweden, den heer DALMAN.

is een groot gedeelte der bevolking van het platte land volkomen meester van den grond gebleven, en zij had haar aandeel zoowel in de verkiezing van Koningen als van de Rijksdagen. Bijkans in den ganschen loop der middeleeuwen vormde Zweden, als het ware, een bondsstaat, zamengesteld uit verschillende vereenigde gewesten, alle onder het gemeenschappelijk gezag der Koningen. Iedere provincie had hare bijzondere wet, in de volksvergaderingen (*ting*) vastgesteld door het volk, met medewerking van den regter-vertegenwoordiger (*lagman*). Deze, door het volk gekozen, moest de zoon zijn van een eigenaar van vrij vast goed. In de algemeene volksvergaderingen (*husherrmjarting*) was hij de vertegenwoordiger des volks bij den Koning en opperste regter van het gewest; hij las het geheele samenstel van wetten der vergadering voor, welke zeer talrijk was. De wetten werden aldus in volkomen nationalen zin ontwikkeld, en het volk werd daarmede op eene gemakkelijke wijs gemeenzaam. Later heeft, wel is waar, het Romeinsche regt en het Germaansche regt der middeleeuwen invloed uitgeoefend op de Zweedsche wetgeving; maar, in weerwil dier vermenging, zijn verschillende hoofdbeginselen er van in onze dagen nog bewaard gebleven als eene erfenis der oude landswetten: zij zijn als het ware vereenzelvigd met het gevoel van regt en billijkheid der natie.

Ten gevolge dezer omstandigheden, zijn de burgerlijke wetten van Zweden van zeer eenvoudigen aard. Zij zijn in overeenstemming gebleven met de volksoverleveringen, zoodanig, dat zij in hare algemeene hoofdbeginselen kunnen begrepen en zelfs uitgelegd worden, door lieden, die geene wetenschappelijke regtskennis bezitten. Die eenvoudigheid, waarschijnlijk eenig in Europa, heeft een krachtigen invloed uitgeoefend op de regtsvormen. Er bestaat in Zweden geene bijzondere orde van advokaten; partijen pleiten gewoonlijk in persoon voor de lagere Regtbanken, ja dikwerf zelfs voor de hooge Gerechtshoven, waardoor de geregtskosten betrekkelijk veel minder aanzienlijk dan in andere landen zijn.

Dezelfde vermindering van allen noodeloozen omslag treft men ook aan in de samenstelling der Regtbanken.

In Zweden is de Regtbank van eersten aanleg, op het platte land, de *haerads-raett*. Zij komt te gelijker tijd overeen met hetgeen in Frankrijk en elders de Arrondiss.-Regtbank en het Hof van assises is; haar regtsgebied omvat een zeker district; in den regel spreekt zij regt uit over: 1°. alle burgerlijke zaken en alle twistgedingen betreffende onroerende goederen binnen de grenzen van het *haerad* of district, en alle regtsgedingen tegen personen die aldaar hun domicilium hebben; 2°. de overtredingen, wanbedrijven en misdaden, in datzelfde district gepleegd. De *haerads-raett* bestaat uit: 1°. een enkel regter (*haeradshofding*), door den Koning

benoemd, of wel uit een plaatsvervanger die, ingeval van verbinding van den eigenlijken titularis, door den *hofraect* (Hof van appel) wordt gemagtigd; 2°. de 12 adjuncten, die den *naemnd* uitnaken, en van welke er minstens zeven moeten aanwezig zijn, zal het Hof bevoegd zijn zich met eene zaak bezig te houden. De regter moet de lessen in het regt hebben bijgewoond en den ouderdom van ten minste 25 jaren hebben bereikt. De leden van den *naemnd* worden kantonsgewijze gekozen uit de landlieden, die eigenaars van onroerende goederen zijn, die ter *goeder naam en faam* staan en ook den ouderdom van ten minste 25 jaren bereikt hebben.

Bij die verkiezingen, heeft iedere boer gelijk stemregt, onverschillig de waarde en de uitgestrektheid zijner bezittingen.

De *naemnd* is eene instelling uit de grijze oudheid; evenwel is de hedendaagsche opvatting van dat woord eene geheel andere dan de oorspronkelijke. In lang verloopene tijden, was de pligt van den *naemnd* de feiten te constateren, die der regters, integendeel, om volgens de wet regt te spreken. De *naemnd* was aanvankelijk niet van bestendigen aard; hij werd voor elk regtsgeding door beide partijen gekozen, die wederkeerig het regt hadden om de van de andere zijde aangestelde *naemde-maen* (*mannen* ter zitting van den *naemnd* geroepen) te wraken. Ieder harer leden moest zijne verklaring met eede bevestigen; vervolgens sprak de regter het vonnis uit.

In de XVIde eeuw werd de *naemnd* van bestendigen aard; maar hij schijnt eerst van de XVIIde eeuw af het regt van vonnissen te hebben erlangd. Evenwel is dat regt beperkt door de stem der regters, die overwegende is, althans indien *al* de leden van den *naemnd* niet eenparig een ander gevoelen toegedaan zijn.

De *haerads-raett* moet in de meeste plaatsen als *ting* of assises zamengesteld worden, zoo wel voor burgerlijke als criminele zaken, en wel drie malen 's jaars, te weten, gedurende den winter tusschen 13 Januarij en 1 April, den zomer tusschen 1 Mei en 24 Junij, en in het najaar tusschen 15 September en 24 December. In weinig bevolkte streken, hebben de zittingen twee malen en in de minst bevolkte, een enkele maal 's jaars plaats. De duur der zittingen hangt van het getal zaken af. Bovendien hebben de buitengewone *ting* plaats voor twistgedingen, zoodra een der partijen zulks eischt; dit is ook het geval voor zoo verre het criminele zaken betreft, ten aanzien van personen die zich in hechtenis bevinden. Het hooger beroep van de uitspraak van den *haerads-raett* behoort bij den *hof-raett* t'huis.

Voor het platte land moet er in elken *haerad* eene bijzondere Regtbank bestaan, *egodelningsraett* genoemd, welke zich bezig houdt met regtsgedingen betreffende de wettelijke verdeling van landeigendommen, dat is met de verdeling dezer bezittingen onder de

inwoners naar gelang van het deel aan de gemeente-gronden , waarop zij aanspraak hebben. De verdeeling geschiedt aanvankelijk door den ingenieur van het kadaster, bijgestaan door twee deskundigen in zaken van den landbouw, door het gemeente-district gekozen. Vervolgens wordt de zaak voor den *egodelningsraett* gebragt. De *haeradshofding* bekleedt het voorzitterschap bij die Regtbank ; heeft tot adjuncten drie bewoners bekwaam in de landhuishoudkunde , eigenaars van vaste goederen in het district, en voor den haerads-raett gekozen door de afgevaardigden van het district. Het beroep van de uitspraak van den *egodelningsraett* behoort regtstreeks bij den Koning , in zija hof , het opperste gegerstshof (1).

In de steden maakt de *raedstufore-raett*, eene Regtbank in het raadhuis zitting hebbende, de eerste instantie uit. Zij is zamengesteld uit een burgemeester en adjuncten , *raadmaen* (schepens of raden) genoemd, waarvan het getal naar den omvang der steden verschilt.

De tegenwoordigheid van ten minste drie leden wordt vereischt, wil de Regtbank voltallig worden geacht.

Te Stockholm en in de andere groote steden bestaat de Regtbank uit verschillende kamers (*afdelningar*), onder welke de zaken verdeeld worden, het zij soortsgewijze of bij het lot. De Regtbank onderzoekt en spreekt in het algemeen regt uit over twistgedingen betrekkelijk den eigendom en de personen der stedelingen, alsmede over de in de stad gepleegde misdrijven. Zij komt des Maandags bijeen, en, zoo noodig, meerdere malen.

(1) Deze regeling is van zeer jonge dagteekening ; zij werd eigenlijk eerst tot stand gebragt bij een Koninklijk besluit betreffende de wettelijke verdeeling van landeigendommen, in den jare 1327 uitgevaardigd. In Zweden bouwden de grondeigenaars, gelijk elders, hunne huizen naast elkander, en legden aldus in het belang der gemeene veiligheid dorpen aan. De gemeenschappelijke eigendom van bouwlanden, van weiden en bosschen ging weldra te loor bij eene verdeeling in blokken of perceelen, al naar mate van de uitgestrektheid van den grond, welchen het dorp bevat. Die loten of perceelen waren aanvankelijk talrijk en klein, ieder dorpsbewoner had zijn deel in het heiden veld, in elke weide tot het dorp behoorende ; maar in 1712 werd een besluit uitgevaardigd, waarbij de regter gemagtigd werd, om aan iederen eigenaar, in *grootte* loten of blokken, toe te wijzen eene uitgestrektheid gronds, gelijk staande met al de perceelen, welke hij vroeger in het geheel grondgebied der gemeente bezat. In 1807 verleende een ander besluit den bezitters van gemeenschappelijke landerijen volmagt, om hunne onderscheidene loten te sorteren, om ze tot enkele loten te vereenigen, een beginsel dat ook later werd vastgehouden bij het besluit van 1827, en zoo zeer bijdroeg tot de verbazende voortschreden welke de landbouw in Zweden, vooral in de laatste vijf-en-twintig jaren, gemaakt heeft.

De burgemeester wordt door den Koning benoemd uit drie kandidaten tot de regtsmagt behoorende, door de burgerij der stad aanbevolen. De raedmaen worden in alle steden door de burgerij gekozen, nitgezonderd in Stockholm; in die stad worden zij door den Koning benoemd, uit drie kandidaten door de burgerij aanbevolen. In de meeste steden is het geen vereischte, dat zij regtsgeleerden zijn; in sommige andere steden, moet een bepaald getal hunne bewijzen overleggen, dat zij een regtsgeleerd examen hebben ondergaan.

Beroep op de uitspraken van den *raedstufore-raett* behoort bij den *hof-raett*.

De *raedstufore-raett* is eene instelling, die aan Duitschland ontleend is. Zij werd in de XVde eeuw in Zweden ingevoerd. Men vindt haar terug in het oude Urbanische wetboek, waar gesproken wordt van een stedelijken raad, door de ingezetenen gekozen, om voor het stadsbestuur te waken. De raad met den oppersten Koninklijken regter maakte de regering der stad uit, zoowel voor aangelegenheden van bestuur als die, het regtswezen betreffende. Eene afdeeling van dezen raad hield zitting als regtbank van justitie en is de *raedstufore-raett* geworden. Thans is het administratief gezag of de magistraat zamengesteld uit den burgemeester met de raden, en strekt zich de werkring daarvan uit tot alle aangelegenheden van algemeen huishoudelijk belang.

De zaken in tweeden aanleg worden gebragt voor den *hof-raett* (Hoog Geregts hof van appel). In Zweden bestaan slechts drie *hof-raetter*, te weten: 1^o. die van Svea, zijn zetel te Stockholm hebbende, 2^o. van Gothland, zijn zetel te Jenkoping hebbende, beide deze hoven bestaan uit een voorzitter en 25 leden, van welke 9 den naam van *hof-raetts-raed* (raden van het Hoog Geregts hof) voeren, en 16 die van assessoren; 3^o. die van Scandinavie en Bleking, waarvan de zetel te Christianstad, in het zuidelijk gedeelte des Rijks, gevestigd is; het bestaat uit een voorzitter en 10 leden, waarvan 4 raden en 6 assessors. Al deze regters worden door den Koning benoemd.

Het Hoog Geregts hof van appel van Svea en dat van Gothland bevatten elk vijf *afdeelingen*, dat van Scandinavie twee. Iedere *afdeeling* is zamengesteld uit een hoofd en vier leden. Voor de *hof-raetter* is een getal van vijf leden voldoende, om regt te spreken, of wel vier, zoo drie hunner van eenparige zienswijze zijn.

De *hof-raetter* vonnissen in eersten aanleg over de misdaden tegen de godsdienst, zoo als bijvoorbeeld, godslastering, alsmede over die van staat. Die hoven zijn steeds de *fora privilegiata* der edellieden in zake van twistgedingen over erfenissen, testamenten, voogdijschap, afstand van goederen, faillieten enz. Mis-

drijven wegens tweegevechten behooren insgelijks tot hunne regtsbevoegdheid. Eindelijk houden de *hof-raetter* het toezigt over de Regtbanken van lagere rang. Zij onderzoeken ook onwettige handelingen, door ondergeschikte registers in hunne betrekkingen begaan en spreken daaromtrent in eersten aanleg regt uit. De verzoekschriften tot voorziening in cassatie of verbetering der beslissingen van de hof-raetter worden voor den Koning in zijn opperste geregtshof gebragt.

Het Hoog Geregtshof van Svea werd in 1614 opperigt, dat van Gothland in 1634, dat van Scandinavie eerst in 1820. Tot de oprigting van het Hoog Geregtshof door Koning GUSTAAF ADOLF, werden de zaken gebragt voor den *lagmans-raett* (Regtbanken van gewestelijke registers), thans afgeschaff, voor de *raft* en *raettar-ting* (opperste geregtshoven, die zoowel in criminele als civiele zaken uitspraak deden).

De derde en laatste instantie, is de *konungens hoegsta domstol*, het opperste Koninklijk Geregtshof. Het bestaat uit 12 leden, mannen ervaren in de wetten en die *justitiae-raad* genoemd worden. Zij spreken in naam des Konings regt; deze heeft twee stemmen in de aangelegenheden ter zake waarvan hij de debatten meent te moeten bijwonen. Bij den hoegsta domstol kunnen de aangelegenheden van minder gewigt worden onderzocht en beslist door 5 en zelfs door 4 leden, zoo zij in hunne beslissing eenparig zijn. Zaken van meer gewigt moeten minstens door 7 leden worden beregt. Er mogen te gelijker tijd niet meer dan 8 leden in werkelijke dienst zijn. Het behoort tot de bevoegdheid van den hoegsta domstol om verklaringen te geven omtrent den zin eener duistere wet, welke verklaringen van kracht blijven tot dat zij ingetrokken zijn door de *rikets staender*, dat zijn de rijksstaten of algemeene vertegenwoordigers. Deze gevallen moeten echter ter kennis des Konings gebragt worden, en de beide Koninklijke stemmen ook voor deze aangelegenheden worden opgenomen en geteld.

Het regt van gratie staat aan den Koning, evenwel moet het advies van den hoegsta domstol gevraagd worden ten aanzien van alle verzoeken om gratie, vóór dat zij aan den Koning onderworpen worden. Het staat den veroordeelde echter vrij de verleende gratie al of niet aan te nemen.

De *speciale Regtbanken*, van tijd tot tijd in Zweden opgeigt, zijn thans afgeschaff, uitgezonderd voor misdrijven betreffende personen, die tot den militairen stand behooren; deze worden eerst onderzocht en gevonnisd door den *kriigs-raett* (krijgsraden of militaire commissiën). Voor elk regement of korps bestaat er een krijgsraad. Hij is zamengesteld uit een regtsgeleerd lid (den auditeur) en een zeker getal officieren. De zaken, aan de krijgsraden onder-

worpen, worden in tweede instantie beregt door den *krigs-hof-raett* (militair Hoog Gerechtshof van appel). Voor militaire zaken, is de hoogsta domstol insgelijks de laatste instantie; evenwel worden door den Koning beide hoofdofficieren gemagtigd, om, in tijd van vrede, deel te nemen aan de behandeling van deze soort van zaken. In tijd van oorlog bestaat te dezen aanzien eene exceptionele wetgeving.

Wat de zoogenaamde executeire aangelegenheden betreft, zoo als vervolgingen ter zake van verbindtenissen bij geschrifte en vraagstukken wegens uitvoering, daaromtrent beslissen geheel alleen de *konogens befallningshofvande* of anders genoemd *landshoefding* (landdrost) van elk *laen* (landschap of gewest), onder medewerking van een secretaris of van een kamerling, die de stukken mede onderteekenen. Bij ontstentenis van de *landshoefding*, worden de zaken behandeld door de *landshoefdinge-embete*, dat is door den secretaris en den kamerling gezamenlijk, die als landshofding fungeren. Tegen deze uitspraken kan men zich in hooger beroep voorzien bij den hof-raett, en vervolgens bij den *hoogsta domstol* des Konings.

Te Stockholm is gevestigd een *oefverstathaallare-embete* (opperregeringsambt, hebbende twee afdelingen, te weten: 1°. de *kanselarij*, waarbij de *understat-haallare* (onder-gouverneur) zijne functiën uitoefent en burgerlijke zaken behandeld worden; 2°. de *policekammare* (kamer van politie), waar correctionnele misdrijven en politie-overtredingen worden beregt door een commissaris van politie, daarvoor bepaaldelijk aangesteld. In vier andere steden zijn kamers van politie, te weten in: Gothenburg, Carlsrona, Eskilstuna en Norrköping, waar zij eene onder-aldeeling van den raedstuforaett uitmaken. De uitspraken der kamers van politie kunnen gebracht worden voor den hof-raett, en, in sommige gevallen, voor den hoogsta domstol.

Het opperste hoofd van het Openbaar Ministerie is de kanselier (justitiae-canzler). Als oppersten vertegenwoordiger des Konings is hem de taak opgedragen, toezigt te houden over het beleid der justitie en het is in die hoedanigheid, dat hij de onwettigheden vervolgt, welke door de regters en de ambtenaren in de uitoefening van hunne betrekkingen mogten zijn begaan. De kanselier benoemt zoowel voor de steden als voor het platte land, *procureurs-fiscaal*, wier taak het is om het woord te voeren over aangelegenheden rakende de openbare veiligheid en de regten van den Staat. De onder-officieren van justitie hebben insgelijks het regt om vervolgingen in te stellen, wegens criminele zaken. Bovendien stelt de Koning bij den hof-raett en bij de administratieve autoriteiten *advocaten-fiscaal* aan, belast met het vervolgen uit eigen beweging, van de openbare ambtenaren,

alsmede met de vervolgingen te leiden, welke op bevel van den kanselier van justitie bevolen zijn.

Daarenboven is, toen in 1809 de tegenwoordige van kracht zijnde staatsregeling werd aangenomen, een nieuw ambt ingesteld, namelijk, dat van *rikets staender justitiae-ombudsman* (algemeen justitie ambtsman in den rijksdag). Deze magistraat wordt in elke zitting van den rijksdag op nieuw benoemd. Ieder particulier die meent onrecht of nadeel geleden te hebben door de officiële handeling van een ambtenaar of eener regtbank, kan bij hem vervolging eischen; de *justitiae-ombudsman* is insgelijks verplicht, om uit eigen beweging toe te zien of eenige bevoegde magt zich in de uitoefening van zijn gezag heeft schuldig gemaakt aan verwaarloozing of overtreding der wetten; in dat geval moet de *ombudsman* een proces instellen tegen de betrokken magt.

De regtsvordering in Zweden is veel eenvoudiger dan in de meeste andere landen van Europa. In burgerlijke zaken kunnen partijen zelve hunne belangen verdedigen, zonder bijstaad van procureurs of advocaten. De regtskosten zijn dus in het algemeen weinig aanzienlijk. In strafzaken is de beschuldigde niet alleen verplicht te verschijnen, maar ook om zelve zijne verdediging te leveren. Het voorloopig verhoor door de politie, een verhoor dat elders het verzenden der zaak naar den regter voorafgaat, bestaat hier niet. De uitspraken van den *hof-raett* in zaken waar de doodstraf mede gemoeid is, moeten altijd aan den Koning onderworpen worden, en geen vonnis waarbij eene *doodstraf* wordt opgelegd, kan worden ten uitvoer gebracht zonder door den Koning in rade te zijn bekrachtigd.



THEMIS, REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

TWEEDE VERZAMELING.

Derde Deel.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH),

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — *Over aard en wezen van gemeenschap, (vervolg)*; door Mr. B. J. GRATAMA, Substituut-Officier van Justitie bij de Arrondissements-Regtbank, te Leiden.

V.

Persoonlijke vorderingen en verplichtingen die zich uit het zakelijk regt ontwikkelen.

Zakelijk regt stelt op zich zelf nimmer verbindtenis daar van een bepaald persoon. Hiervan, en daardoor van persoonlijke vorderingen en verplichtingen, van volkomen gevormde schulden, bevat het slechts de kiem, die tot haar ontwikkeling de medewerking eischt van andere omstandigheden. In zoover staat het zakelijk regt gelijk met leven, gezondheid en eer. Spreken wij, ten zij liefde voor een eenmaal opgevatte theorie ons het gewone spraakgebruik doet ter zijde stellen, van een zakelijk regt, van een regt op zaken, en nimmer van een regt op leven, gezondheid en eer, het is omdat wel het eerste, onze betrekking tot zekere zaak, maar niet ons leven, gezondheid en eer tot het gebied van het regt behooren, op zich zelve reeds het onderwerp zijn van regelen die het

regt stelt. Nader staat het zakelijk regt in dit opzigt aan den persoonlijken stand, aan ban- en veerregten, regten van begeving van betrekkingen, van predikantsplaatsen enz., aan het copieregt ook en het octrooi, die instellingen van later eeuw. Op zich zelve reeds tot het gebied van het regt behoorende, stellen zij geen persoonlijke verbindtenis daar, dragen daarvan slechts de kiem in zich. Geen onderscheid werkt het, dat van die regten sommige wel, andere niet voor overdragt vatbaar zijn. Beschermde dus het Romeinsche regt *en* zakelijk regt *en* den persoonlijken stand door *actiones in rem*, het is niet een bloote eigenaardigheid van de vormen van het procesregt die dit medebragt, maar een diepe waarheid die daaraan ten gronde ligt.

Het zakelijk regt, gelijk wij zagen, heeft ieder der deelgenooten in vollen en gelijken omvang. Bij schulden daarentegen kunnen niet alleen de tegenover elkander staande schuldeischer en schuldenaar, maar steeds ook hun deelgenooten, al is het in geval van hoofdelijkheid of ondeelbaarheid slechts voorzoover het verandering en wijziging geldt in de bestaande regtsbetrekking, de schuldsplitsing inroepen en doen gelden.

Wat beginsel moet de plant, die uit de kiem opgroeide, beheerschen? Ongetwijfeld het laatste. De schuld, hoe ook ontstaan, is schuld, deelt in alle eigenschappen aan deze soort van regten en pligten eigen.

De aard der schuld, de maatstaf waarnaar zij gesplitst wordt, verschillen naarmate van de omstandigheden, wier medewerking tot ontwikkeling van haar kiem gevorderd werd.

1°. Zoodanige omstandigheid is in de eerste plaats, overgang zonder grond uit het vermogen van den een in dat van den ander. Wat zonder grond uit mijn vermogen in het uwe overging, zijt gij persoonlijk verplicht terug te geven, ben ik persoonlijk gerechtigd terug te vorderen.

Dit is het groot beginsel der conditiones van het Ro-meinsche regt, al werd in dat regt het beginsel niet tot volkomene ontwikkeling gebragt, verg. l. 33 D. de cond. ind. 12. 6. Waar door inlijving of verwerking mijn eigendom te loor gaat en gij daardoor gebaat wordt, moet gij, al kan u geen schuld hoegenaamd geweten worden, het voordeel dat gij genoot, aan mij uitkeeren, artt. 657, 658, 659, 660, 661, 663 B. W. Dat voordeel moet vergoed worden, zoo en op den voet als het bij den overgang in uw vermogen genoten wordt, bij inlijving en verwerking, dus tot het bedrag van de waarde der bouwstoffen en van het werkloon. Kan de eigenaar in geval van art. 658 seq., tegenover hem, die ter goeder trouw handelde, volstaan met de vergoeding van het meer blijvende voordeel dat hij geniet, van de meerdere waarde der zaak, het is omdat hij tegenover dezen het regt mist, dat hij tegenover den bezitter ter kwader trouw heeft, om de wegneming der werken te eischen, en zich dus moet laten opdringen wat hem misschien geheel ondienstig is.

Op hetzelfde beginsel rust de verpligting van den bezitter ter goeder trouw om, voor zooverre het begrip niet reikt van vrucht, en geen uitkeering in natura geschiedt, alle voortbrengselen en andere van de zaak gescheiden gedeelten te vergoeden. Evenzeer het regt van iederen bezitter, behalve den geweldenaar, om terug te vorderen alles wat hij tot behoud aanwendde der zaak, of ter verkrijging der vruchten die hij teruggeeft of vergoedt. Hier gingen arbeid en zaad uit het vermogen van den bezitter in dat van den eigenaar over, gelijk in geval van art. 657 bouwstoffen en werkloonen.

Ten koste van een ander genoten voordeel is dus grond en maatstaf dezer schulden, der vorderingen zoowel als der verpligtingen. De aard der vermindering van vermogen aan de eene zijde, der vermeerdering aan de andere

zijde , moet dus ook den aard dier schulden bepalen. Is het een gemeenschap door wie , of ten koste waarvan het voordeel genoten wordt , ook de schuld zal een gemeene schuld zijn , en met de gewone werkingen zal ten haren aanzien de schuldsplitsing kunnen worden ingeroepen. Daar de onderlinge verhouding tusschen de deelgenooten een huishoudelijke zaak is , die derden niet aangaat , kan hier voor de schuldsplitsing geen andere evenredigheid worden aangenomen , dan die in 't algemeen bij gemeene schulden geldt , dan de gelijke evenredigheid voor allen. Waar , zoo als naar art. 658 en 659 een regt van keuze gegeven wordt , moet ook hier door of tegen alle deelgenooten de keuze in denzelfden zin bepaald worden.

2°. Een tweede omstandigheid , waardoor zich tot schuld ontwikkelt de kiem , die in het zakelijk regt ligt opgesloten , is de verkorting , krenking en aanranding daarvan , aan arglist of bloote schuld te wijten. Herstelling wordt dan persoonlijke verplichting , en die herstelling wijzigt zich naar den aard der zaak die het geldt. Zoo de krenking in een voortdurende handeling bestond , zoo b. v. den eigenaar genot en gebruik zijner zaak des bewust wordt onthouden , is het ophouden dier handeling , is teruggave der zaak , inhoud ook van persoonlijke verplichting. Zoo de handeling van voorbijgaanden aard is , en alleen schade werd toegebracht , is het vergoeding daarvan alleen , waartoe de schuldige persoonlijk verplicht is.

Ouregmatige daad , schuld of arglist alleen is de grond der *verplichting*. Deze is dus nooit de gemeene verplichting van meerderen. Zoo tot de aanranding van het zakelijk regt meerderen medewerkten , en hun handeling één is in wezen en strekking , dan wordt die handeling in haar geheel aan ieder hunner geweten , en is herstelling en vergoeding van schade het eenzelvig onderwerp van hun aller , ieder op zichzelf staande en afzonderlijke schulden ,

verg. boven p. 60. Opus enim quod a pluribus pro in

diviso factum est singulos in solidum obligare, zeide reeds LABEO, l. 15, § 2, D. quod vi aut clam, 43, 24.

Opheffing der verkorting, herstelling, vergoeding der schade, geleden nadeel dus, niet genoten voordeel, is de maatstaf der schuld. Die maatstaf zal ook hier, als overal naarmate het toegebracht nadeel aan arglist of schuld te wijten is, in het quidquid interest of in het quanti ea res bestaan. Zoo zal de bezitter ter kwader trouw *en* ten aanzien der vruchten, *en* ten aanzien zijner zorg voor het behoud der zaak, tot aan den aanvang van 't proces, niet verder dan naar de regelen van het quanti ea res gehouden zijn. Later daarentegen, en voor den dief en den geweldenaar van af den aanvang van hun bezit, zal het quidquid interest de maatstaf zijn. En aan de verpligting van den bezitter ter kwader trouw *vóór* de litis contestatio, is in alle opzichten gelijk die van den bezitter ter goeder trouw *na* de litis contestatio, al steunt deze op geheel anderen grond, al wordt zij alleen daardoor geregtvaardigd, dat men van hem vergen mag, dat hij de mogelijkheid bedenke van een ongunstigen uitslag van het proces.

Is geleden nadeel de maatstaf der schuld, zij is tevens de grond der vordering. De aard van datgene waaraan de schade toegebracht werd, moet dus ook even als bij genoten voordeel, den aard der vordering bepalen. Is het een gemeenschap waaraan het nadeel werd toegevoegd, ook de vordering tot herstel en vergoeding zal gemeen zijn en naar gelijke aandeelen tusschen de deelgenooten splitsbaar.

3°. Een derde omstandigheid, waardoor zich uit het zakelijk regt persoonlijke vorderingen en verpligtingen ontwikkelen, is de regtshandeling waardoor dat regt wordt aanvaard. Het zakelijk regt kan de eigenschap bezitten, dat ieder verkrijger, door de aanvaarding zelve

en alleen, vorderingen verwerft, verplichtingen op zich neemt, die niet bloot op de zaak zelve, maar op het geheel vermogen kunnen worden verhaald, voor wier voldoening persoonlijk moet worden gezorgd en gewaakt. Onverschillig is het in zooverre, of die verplichtingen reeds dadelijk volkomen gevormde schulden daarstellen, dan wel dit eerst worden onder den invloed van andere gebeurtenissen of door verloop van tijd. Steeds toch is de persoonlijke betrekking, waaruit dan de schuld ontstaat, geboren geworden door de aanvaarding van het regt.

Hieruit volgt, dat hetgeen tijdens mijn voorganger het zakelijk regt bezat, verviel, volkomen gevormde schuld werd, de schuld is van mijn voorganger, nimmer van mij, verhaalbaar is op zijn geheel vermogen, niet op het mijne, zelfs niet op de enkele zaak in het regt waarop de kiem der schuld lag, ten zij daarop voor die schuld regtens een stilzwijgend pandregt verzekerd is. Wanneer art. 5 der wet van 22 Mei 1845, de grondlasten over het loopend en het vorige jaar, op het geheel vermogen van den nieuwen verkrijger verhaalbaar verklaart, dan is dit een geheel op zich zelf staande bepaling, die wel zal blijven spotten met alle pogingen die men mogt willen aanwenden, om haar te verklaren en met andere verschijnselen van ons regsleven in verband te brengen. Maar kan mijn voorganger, door de persoonlijke betrekking waarin hij stond te verbreken, door de zaak aan mij over te dragen, of wel door bloot van haar afstand te doen, haar kennelijk te verlaten, zich niet ontslaan van de schuld, die gedurende zijn bezit volkomen gevormde schuld werd, van alle schuld die dit eerst in de toekomst moest worden, bevrijdt hij zich daardoor ten eenenmale. Dit bepaalt uitdrukkelijk art. 66 der wet van 3 Frimaire an VII, omtrent den afstand van aan grondbelasting onderworpen land. MARGADÉ leert het

II, n°. 519, op treffende wijze, omtrent de door den vruchtgebruiker te doene herstellingen.

Van de bevoegdheden in het zakelijk regt zelf opgesloten, vooral zoo dat zakelijk regt meer op de waarde der zaak kleeft, waarvan boven p. 39 sq., moeten dus scherp, hoe naauw ook anders verwant, onderscheiden worden de persoonlijke vorderingen en verpligtingen, waarvan het zakelijk regt alleen de kiem in zich draagt.

De voorstelling, dat de aanvaarding van het zakelijk regt van zelf een persoonlijke betrekking tot anderen medebrengt, is in strijd met den vasten, eenvormigen, onveranderlijken inhoud van het eigendom en der jura in re aliena, die in zoo hooge mate het Romeinsch regt kenmerkt. Toch komen er in dat regt beslissingen voor, die met deze voorstelling in overeenstemming schijnen te staan. Zoo volgen de bedingen bij vervreemding van een slaaf omtrent zijn verblijf en zijn vrijlating, het beding ook dat hij niet aan ontucht zal worden overgegeven, hem ook in de derde en vierde hand, voor zooverre die bedingen ten voor- of nadeele van den slaaf zelven strekken en moeten werken. De slaaf zelf, als geheel regteloos, kan uit die bedingen geen regten ontleenen, daardoor niet met verpligtingen worden bezwaard. Die bedingen worden daarom beschouwd, als tot een eigenschap te worden van het op den slaaf verkregen regt, waaruit, onder bepaalde omstandigheden, zich de persoonlijke verpligting ontwikkelt, ook van den derden en vierden eigenaar, om te doen of te gedoogen wat het beding medebrengt. Met hem echter, die het beding vestigde, komt de derde of verdere eigenaar in geen persoonlijke betrekking, zelfs dan niet, wanneer hij iedere overdragt het beding werd herhaald. Ten bewijze kan strekken, dat, wanneer op overtreding van het beding een poenaliteit is bedreigd, deze verbeurd wordt, niet ten behoeve van hem die het eerst dat beding maakte,

maar ten behoeve van den lateren verkooper, die het herhaalde l. 9 D. de serv. exp. 18. 7.

Hier was het 't belang van zedelijkheid en mensche-lijkheid, der billijkheid ook, die de strenge beginselen van het regt deden wijken. Andere inzigten, het belang der schatkist, der openbare orde, deden de verpligting tot betaling van belastingen en schattingen, tot onderhoud van of tot uitkeeringen voor wegen, waterleidingen, riolen, enz., op latere verkrijgers overgaan.

Ook tusschen den eigenaar en hem die regten op de zaak bezit, komen in het Romeinsch regt voorbeelden voor van persoonlijke vorderingen en verpligtingen, die zich uit het zakelijk regt ontwikkelen. Zoo wordt de eigenaar van het erf, dat met de servitus oneris ferendi bezwaard is, persoonlijk verplicht tot het doen der herstellingen die noodzakelijk worden.

Maar dit zijn dan ook alle zoo vele afwijkingen van het strenge jus civile. Was in zijne latere ontwikkeling het Romeinsch regt genegen, den hechten en stevigen grondslag die het daarin vond, voor allerhande inzigten van practisch nut en belang te verlaten, bij die afwijking waren het deze inzigten, geen bepaald stelsel, die tot leiddraad en maatstaf strekken. Het kan dus geen bevreemding wekken, dat men in die afwijkingen geen eenheid van beschouwing, geen vastheid van gevolgtrekking kan hervinden. Zoo wordt in l 7 pr. D. de public. 39. 4 gezegd: in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri, maar daaruit de gevolgtrekking afgeleid, dat late re verkrijgers in hun geheel vermogen voor de achterstellen aansprakelijk zijn. In l. 15 D. de distr. pign. 20. 4 daarentegen, schijnt den eigenaar op het met opstal bezwaarde erf een stilzwijgend pand- en voorregt voor het solarium te zijn toegekend. Bij ususfructus schijnt men zich den eigenaar en den vruchtgebruiker gedacht te hebben als elkander geheel vreemd te zijn,

als op zich zelve tot elkander in geen persoonlijke betrekking hoegenaamd te staan, l. 13 pr. § 1 en 2 D. de usufr. 7, 1 (verg. SCHULTING, op de woorden *actionem polliceri*) l. 3 § 4 usufr. quemadm. cav. 7. 9, l. 5 § 1, l. 7 D. usufr. ear. rer. 7. 7. Die persoonlijke betrekking wordt eerst gevestigd door de *cautio*, waartoe de praetor belooft den vruchtgebruiker te zullen dwingen. Ieder nieuwe verkrijger van den eigendom kan en moet voor zich die *cautio* vorderen. Zonder dien heeft hij tegen den vruchtgebruiker geen andere regten en vorderingen, dan die hij ook tegen derden, die geen regt hoegenaamd op de zaak bezitten, zou kunnen doen gelden, verg. de aangeh. wetten en l. 66. D. de usufr. 7. 1. Den erfpachter en opstaller daarentegen schijnt men steeds beschouwd te hebben als met den eigenaar in persoonlijke betrekking te staan. De praetor die hen tuetur secundum legem locationis, l. 3 § 9. D. uti poss. 43, 17, en die iedere andere actio die verlangd zal worden, *causa cognita* belooft te geven, l. 1 pr. D. de superf. 43, 18 zal ook voor of tegen hen gehandhaafd hebben alle persoonlijke vorderingen en verpligtingen, die uit de *lex locationis* voortvloeiden, verg. l. 15 D. de distr. pign. 20. 4, l. 7 pr. D. comm. div. 10. 3, l. 16 § 2, l. 17 D. de pign. act. 13. 7.

Hoe behandelt het Romeinsch regt de schulden, die zoo door aanvaarding van het zakelijk regt ontstaan, wanneer door deelgenooten het regt werd aanvaard? Een bepaald getuigenis hieromtrent herinner ik mij niet. En bij het onzekere en wankelende zijner beginselen omtrent deze schulden, acht ik iedere gevolgtrekking daaruit gewaagd.

In het Germaansche regt daarentegen veroorlooft de buigzaamheid zijner begrippen, dit ontstaan van persoonlijke vorderingen en verpligtingen, door de aanvaarding van zakelijke regten als algemeen beginsel aan te nemen, en gedooft de rekbaarheid naar vorm en inhoud

zijner zakelijke regten daarin de kiem neêr te leggen van allerlei schuld. Zelfs GERBER, de meest Romaniserende schrijver misschien over Germaansch regt van onze dagen, moet dit erkennen, *System des Deutschen Privatrechts*, 4de uitg., p. 382 en 385, verg. ook v. SAVIGNY, *Oblig.* I, p. 134.

En zoo ontwikkelen zich dan bij ons uit het zakelijk regt door de aanvaarding daarvan, niet alleen op zich zelve staande vorderingen en verplichtingen bij de grondbelasting, b. v. bij de regten op den overgang, bij de dijkslasten, onderhoud van wegen, voetpaden, wateren, enz., maar evenzeer wederkeerige verbindtenissen. Dit laatste vooral bij de deeling van het regt van weer, bij de verheffing tot zelfstandige zakelijke regten van enkele bevoegdheden, in het volle regt van eigendom opgesloten. Al is naauwkeurig de grens aangewezen waarbinnen, de rigting bepaald waarin, ieder die in de «were» werd opgenomen, het zakelijk regt zal uitoefenen, dit zakelijk regt is voor ieder in den grond ééne hetzelfde. Dat bezitten en uitoefenen van hetzelfde zakelijk regt, al vestigt de wijze waarop zij daartoe geroepen zijn, een verschil van regt in inhoud of kracht, naar aard of tijd, brengt noodwendig de verschillende personen met elkander in aanraking, en doet daardoor een persoonlijke betrekking ontstaan, waardoor alle wederkeerig aan elkander verbonden zijn. Zoo bij vruchtgebruik, erfpacht, opstal, bij jagt- en vischregt, bij regt van weiden en grazen, hout te hakken, turf te graven, bij vroom- en banregten. Ook bij zakelijke regten, die op de verkoopwaarde der zaak drukken, kunnen op gelijke wijze persoonlijke nevenverplichtingen ontstaan. Zoo het verhaal voor verbeteringen en aangelegde werken, dat art. 1251 B. W. den derden bezitter tegen den pandhouder geeft. En deze beschouwing verzekert van zelve den derden bezitter de volle betaling, waartoe de Fransche schrijvers zoo

vruchteloos een regt van voorrang voor hem inroepen.

Op een regtshandeling rusten dus deze persoonlijke vorderingen en verpligtingen, ook dan, als daardoor aanvankelijk slechts een persoonlijke betrekking geboren wordt, waaruit eerst later, door medewerking van andere omstandigheden, volkomen gevormde schulden ontstaan. Steeds zijn dus die persoonlijke vorderingen en verpligtingen gemeene schulden, waarbij naar de gewone regelen en met de gewone werkingen de schuldsplitsing zal werken, alle deelgenooten voor het geheel of voor hun deel aansprakelijk en verantwoordelijk zijn zullen.

Kan, even als bij de overeenkomst, waardoor gemeene schuld wordt aangegaan, ook bij de regtshandeling, waardoor het zakelijk regt wordt aanvaard, een andere evenredigheid voor de schuldsplitsing worden aangenomen, dan de gelijke verdeeling die in den regel geldt, art. 1680 B. W.? Ik geloof het niet. Die aanvaarding is een eenzijdige handeling, waarbij niet, zooals bij overeenkomst, ook de andere partij in de wijziging dier evenredigheid toestemt. Krachtens zijn zakelijk regt mag hij verlangen, dat ieder die de zaak aanvaardt, de daaraan verknochte verpligtingen op zich neemt, en wel ten volle, niet ten deele. Aanvaarden meerderen tezamen, dan moge de schuld gemeene schuld worden, en als zoodanig aan schuldsplitsing onderworpen, het gemeene regt brengt dit mede. En daaraan moet hij zich onderwerpen, niet aan hetgeen de deelgenooten buiten hem om gelieven te bepalen. Minder nog kan de bloote aanvaarding van het zakelijk regt slechts voor bepaalde aandelen de gewone evenredigheid, waarnaar de schuld gesplitst wordt, veranderen. Men moge daarin de aanwijzing vinden van het belang dat op het tijdstip der aanvaarding de enkele deelgenoot bij de zaak heeft, een oogenblik later kan die verhouding omgekeerd zijn.

Door het genieten van voordeel, door het lijden van

nadeel, krachtens zijn aanvaarding, ontwikkelen zich zoo uit het gemeene zakelijke regt gemeene schulden.

Geen zakelijke regtsvordering zal wel worden ingesteld, zonder dat tevens, als accessoir, althans eenige op die wijze uit het zakelijk regt voortgesproten schulden, aan 's regters oordeel worden onderworpen. Voor zoover het zakelijk regt reikt, voor zooverre het de bevoegdheden geldt, in het zakelijk regt zelf opgesloten, is ieder der deelgenooten in vollen omvang daartoe gerechtigd. Voor zoover het schulden betreft, kan de schuldsplitsing tegen hem worden ingeroepen. Dit moet zeker tot verwickelingen en moeilijkheden leiden. Maar die moeilijkheden zijn niet onoverkomelijk, die verwickelingen niet onoplosbaar, en in geen geval kunnen zij de opoffering regtvaardigen van het goede regt van den enkelen deelgenoot, om alleen zijn zakelijk regt in vollen omvang te doen gelden. Maar toch zal het ook ter vermijding en voorkoming hiervan voor de deelgenooten steeds raadzaam zijn, zich ter uitoefening en handhaving hunner regten tegenover vreemden te vereenigen.

Behalve gemeene schulden van alle deelgenooten, kunnen echter, krachtens de aanvaarding, uit het zakelijk regt ook afzonderlijke schulden van enkele deelgenooten ontstaan. Dan wordt de in het zakelijk regt gelegene kiem zelve der schuld als 't ware gesplitst, of, wil men liever, de krachten verdeeld, die ter ontwikkeling van de kiem van buiten moeten medewerken.

Ook bij deeling van het regt van weer, is de onderlinge verhouding van de medegerechtigden tot een deel daarvan, tot de erfpacht, b. v. een huishoudelijke zaak tusschen hen, en zijn zij in hun onderlinge schikkingen omtrent genot en gebruik der zaak volkomen vrij. Gelijk zij het geheele erf aan een hunner geheel kunnen overlaten, kunnen zij ook bepaalde gedeelten daarvan aan elk hunner toewijzen, de regten zelf van ieder

hunner op het hem zoo toegewezen gedeelte door algeheele vernietiging van de regten daarop der overigen uitsluitend doen worden. Wanneer nu, naar den aard van het regt en den wil van partijen, *en* de omstandigheid, die uit de betrekking waarin zij allen tot den eigenaar staan de volkomen gevormde schuld zich doet ontwikkelen, *en* de omstandigheid, die haar inhoud en bedrag bepaalt, in dat alleen aan een hunner toegewezen gedeelte gelegen zijn, wordt de schuld de schuld van dezen alleen. Want voor dat gedeelte is het zakelijk regt door hem alleen aanvaard, nam hij alleen de daaruit voortvloeiende verplichtingen op zich. En de inwilliging hierin van den eigenaar ligt in de bepaling van den aard der omstandigheden, die tot het ontstaan der schuld moeten medewerken. Zoo waar *laudimia* moeten betaald worden, is bij verkoop van een gedeelte, de uitkeering alleen voor de waarde van dat gedeelte, door den verkrijger van dat gedeelte alleen verschuldigd. Zoo is bij gebrek van onderhoud alleen die deelgenoot aansprakelijk en verantwoordelijk op wiens gedeelte van het erf dat onderhoud verzuimd wordt.

Maar door hun onderlinge schikkingen kunnen de deelgenooten der erfpacht de regten van den eigenaar op het erf in zijn geheel niet verkorten, noch hun betrekking tot hem veranderen, voor zooverre het zakelijk regt in zijn geheel betreft, voor zoo verre de omstandigheden die, *of* de volkomen gevormde schuld doen ontstaan, *of* haar inhoud en bedrag bepalen in het regt in zijn geheel gelegen zijn, zich over het regt in zijn geheel uitstrekken. Dit laatste geldt bijv. van de jaarlijksche uitkeering aan den eigenaar. Daar de verplichting tot betaling daarvan, de bepaling van haar bedrag, naar den aard van het regt en den wil van partijen in verband staat met het regt in zijn geheel en niet afhankelijk gesteld is van hetgeen op een bepaald gedeelte

voorvalt, kunnen de deelgenooten, schoon zij het erf onder zich verdeelen, niet ieder afzonderlijk zich voor een evenredig gedeelte met die uitkeering belasten. In weerwil der verdeeling blijft de uitkeering de gemeene schuld van allen die eenig gedeelte, hoe gering ook, van het in erfpacht uitgegeven erf bezitten. In dezen zin, maar ook in dezen zin alleen, noemt art. 775 B. W. de verpligting, om de erfpacht te voldoen, « l'obligation d'acquitter la redevance emphytéotique, » fransche tekst van 't Wetb. van 1830, onsplitsbaar. Wat dat art. laat volgen « blijvende ieder gedeelte van den « in erfpacht uitgegeven grond voor de geheele pacht « aansprakelijk » heette in dien franschen tekst, « chaque « partie du fonds donné en emphyléose demeure grevée « de la redevance. »

Bij alles wat tegen den aard van het regt en den oorspronkelijken wil van partijen geschiedt, bewilligde de eigenaar zeker nimmer in splitsing of verdeeling, en moet dus steeds de eenheid van het regt erkend en geëerbiedigd worden. Dit vooral, zal althans niet een der partijen boven de andere bevoordeeld worden, wanneer, om tot vernietiging te geraken van uit vroeger eeuwen dagteekenende, met lateren maatschappelijken toestand niet meer strookende regten, de afkoop daarvan, ook tegen den wil van een der partijen veroorloofd wordt. Ook bij ontbinding der wederkeerige tusschen partijen bestaande verbindtenis, bij vervallen verklaring, bijv. van het erfpachtsregt wegens grof misbruik of wanbetaling, doet zich de eenheid van het zakelijk regt gevoelen. Schoon ik alleen daaraan schuldig ben, zal toch het regt in zijn geheel ook voor mijn mederfpachters vervallen, omdat hier, even als bij alle wederkeerige verbindtenissen, van mijn gedrag als van een voorwaarde het regt in zijn geheel, dus ook de regten der deelgenooten alle afhangen.

Overigens is eenheid, of wil men ondeelbaarheid, in dezen zin een eigenschap van alle zakelijke regten. Wat toch bij vestiging of overdragt van zakelijk regt als een geheel behandeld werd, wat niet dan te zamen en in verband tot elkander het onderwerp was onzer regts-handeling, moet als zoodanig, als geheel, gelden voor en tegen ieder, die die vestiging of overdragt moet erkennen, of daarop zijn regten grondt, voor en tegen ieder regt-verkrijgende dus, hetzij het geheel of slechts een gedeelte daarvan op hem overging, artt. 737, 741, 775, 786, 1209, 1244, 1246, 1247 B. W. Die behandeling als een geheel wordt in het regt van weer opgenomen, wordt deel van het zakelijk regt, does run with the land, zoo als de Engelsche juristen zouden zeggen.

Van die eenheid of ondeelbaarheid van het zakelijk regt, die alleen tegen of voor regtverkrijgende werkt, moet wel onderscheiden worden de eenheid der zaak, die zich doet gelden tegen over ieder, vreemden en derden zoowel als regtverkrijgende en partijen.

De verschillende gedeelten eener roerende ligchamelijke zaak die niet zonder vernietiging van waarde kunnen worden afgescheiden, kunnen bij ons geen verschillende eigenaren hebben, van geen verschillende zakelijke regten het onderwerp uitmaken. Evenmin hetgeen boven, op, of beneden de oppervlakte van den grond zich bevindt, met uitzondering van eigenlijke mijnen in tegenstelling tegen steen- en mijngroeven, verg. de wet van 21 April 1810.

Roerende zaken worden gemeen eigendom van allen of uitsluitend eigendom van hem die de inlijving bewerkte. Bij grondeigendom volgt alles de oppervlakte. Wat als oppervlakte geldt, kan soms twijfelachtig zijn. Zoo wordt algemeen, geloof ik, de grond en niet het bovenveen als oppervlakte behandeld, naar art. 650 B. W., daarentegen het zeeduin en niet de grond waarop het rust. Zoo volgt, naar art. 646 B. W., bij stroomen en

rivieren de grond het water, geldt dus het water als oppervlakte en hoofdzaak. Niet alzoo, naar art. 649, bij verdrongen, d. i. op den duur overstroomde landen, terrains submergés, Fransche tekst Wetb. 1830. In Engeland daarentegen wordt het water beschouwd als roerend goed, waarvan door zijn aard toeëigening, ten zij door het op te scheppen, onmogelijk is. De bodem alleen is voorwerp van eigendom. Men strekt dit zoover, dat de overdracht van een acre water b. v. werkeloos is, die van een acre land bedekt met water alleen eigendom doet overgaan, STEPHEN I. p. 157 sq.

De aard der zaak, het objectieve regt verbindt zoo de oppervlakte met hetgeen daarboven en beneden is tot een geheel. In de lengte en breedte daarentegen wordt die oppervlakte zelve tot een geheel, slechts door de willekeur van menschen. En hoe krachtig ook in den toestand van het erf zelve die willekeur als uitgedrukt zij, door gebouwen en werken, muren en heiningen, die eenheid, dat geheel werkt slechts tegenover regt-verkrijgende, niet tegenover derden. Zij kan slechts, en zal meestal overeenstemmen met de eenheid van het zakelijk regt, nimmer eenheid der zaak vormen.

Die eenheid der zaak werkt zoo krachtig, dat het ingelijfde voorwerp onderworpen wordt aan alle zakelijke regten, die op de zaak, waarin het ingelijfd werd, kleven, dat alle zakelijke regten die alleen dat voorwerp betreffen, vervallen, en hij dus die hierdoor benadeeld wordt, alleen persoonlijke vorderingen behoudt, art. 655 sqq. B. W. Zoo verliest de verkooper van een werktuig, dat op een met hypotheek bezwaard erf wordt geplaatst, daarin wordt ingelijfd, zijn regt van reclame en voorrang, en het werktuig wordt met het erf onderworpen aan de regten van den hypothecairen schuldeischer. Deze gevolgtrekking, waarvan de juistheid evenmin te ontkennen valt als de onbillijkheid, werd in België

afgesneden door art. 20 der wet van 16 December 1851. In veel meer gevallen doet het Engelsch regt bij zoo ingelijfde voorwerpen, bij fixtures gelijk het heet, het strenge beginsel, dat de common law evenzeer erkent, wijken voor inzigten van billijkheid of algemeen belang. STEPHEN, II, p. 260 sqq.

Naar dit beginsel, waarvan het oude «le pied saisit le chef», dat KLIMRATH études sur les coutumes, *Oeuvres* II. p. 274, noemt, «une règle sans exception», een toepassing is, kunnen dus de verschillende verdiepingen van hetzelfde gebouw niet aan verschillende zakelijke regten onderworpen zijn. Dit belet echter niet, dat ook hier het beginsel van de deeling van het regt van weer zijn toepassing kan vinden. Twee personen, wier regten beide het geheele erf omvatten, het geheele erf doordringen, kunnen het genot en gebruik tusschen zich verdeelen naar de verschillende verdiepingen van 't gebouw, daarnaar ook hun gehoudenheid tot onderhoud en herstel regelen. Art. 664 C. N. behandelde deze deeling van het zakelijk regt en gaf daaromtrent sommige voorschriften. Werd het art. bij ons weggelaten, men leide daaruit de gevolgtrekking niet af, dat deze deeling van het regt van weer, die inderdaad bij ons niet zoo zeldzaam is als ASSER, § 376, dit doet voorkomen, naar ons regt zou zijn verboden. Nergens in onze wetten is eenige beperking geschreven van de eeuwen oude bevoegdheid, om het regt van weer naar goedvinden te deelen. Daarenboven ontstaat hier door die deeling eigenlijk slechts een bijzondere soort van het in ons B. W. uitvoerig behandelde regt van opstal.

Moet zoo van de eenheid der zaak wel onderscheiden worden, de eenheid of ondeelbaarheid van het zakelijk regt, evenzeer moet men zich wachten die ondeelbaarheid van het zakelijk regt te verwarren met een andere eigenschap van zakelijke regten, die vroeger meer dan

thans voorkwam en werkte, en waarvoor wij zelfs in onze taal geen juiste uitdrukking bezitten. Ik bedoel de eigenschap van slechts aan een persoon te gelijk te kunnen behooren, van te zijn consortis impatiens, gelijk *NEOSTADIVS de feudis*, cap. V, n°. 67, het uitdrukt. Het goed, dat deze eigenschap bezit, vond ik eens *éénhandsgoed* genoemd.

Uitgifte van gronden ter bebouwing, van onroerende goederen tegen belofte van bijstand in den krijg is veelal de oorsprong dezer eigenschap. Soms echter ook heeft zij een anderen grond. In Duitschland bezitten thans nog vele riddergoederen zoowel als boerengoederen deze eigenschap, *BLUNTSCHLI*, I. p. 314 sqq. II, p. 453 sqq. Bij ons, voor zoover ik weet, slechts de Koninklijke waardigheid, de kroon en . . . in beklemming uitgegeven land.

Hoe ook bij beklemming het regt van den eigenaar in den loop der tijden in omvang en beteekenis verloor, nimmer behoeft hij thans nog, meer dan één persoon als mejer op zijn land te dulden. Worden meerderen door vererving tot het mejerregt geroepen, dan moeten zij onderling een hunner als erfgenaam van het mejerregt aanwijzen en den eigenaar opgeven om door dezen tegen het geschenk op het versterf alleen bepaald, ingeboekt te worden. Alleen de echtgenoot kan en moet nevens den mejer worden te boek gebracht. In geval van minderjarigheid van kinderen of kleinkinderen van den overleden mejer, kan de eigenaar de aanwijzing van den bepaalden erfgenaam niet vorderen voor hun aller meerderjarigheid. Onderwijl worden de *gezamenlijke* kinderen of kleinkinderen als mejers tegen het gewoon geschenk te boek gebracht, terwijl later na de scheiding, bij de inboeking met name van een hunner, wederom een geschenk moet worden betaald. De consortis impatiencia verbiedt ook, dat een zedelijk ligchaam als mejer gelde. Komt daarom het mejerregt in handen van een

zedelijk ligchaam, dan moet dit een levend persoon stellen die tegen over den eigenaar als mejer gelde, gelijk de door den leenman gestelde leendrager tegenover den leenheer als leenman beschouwd werd.

Schoon thans practisch van minder gewigt, wil ik nog eenige oogenblikken stil staan bij het leen en zijn consortis impatientia. Groot toch was zijn beteekenis in de geschiedenis, en niet zonder invloed bleef het op de vorming en ontwikkeling van onzen tegenwoordigen regtstoestand, al is het, gelijk wij later daarvan een voorbeeld zullen zien, dat velen dien invloed te hoog schatten. Treffend vooral is bij het leen de historische overgang van consortis impatientia tot de gemeene schuld van alle deelgenooten, van deze tot de bijzondere schuld van een hunner.

In zijn oorspronkelijke beteekenis en strekking, verzekering van bijstand in den krijg, is het leen bij uitnemendheid consortis impatiens. Dien bijstand onbeperkt en onvoorwaardelijk aan meer dan een te zweren is zich tot ontrouw voor te bereiden. Zoo het leen aan meerderen komt, vermindert het belang, dat de leenman bij het leen heeft, en verzwakt dus de hand die hem aan den leenheer verbindt. En zoo kan de drijfveer, die krachtig genoeg was om een leenman trouw te doen blijven, geheel verlamd zijn wanneer zij te gelijk op meerderen moet werken. Aan beide zijden dus, van den man zoowel als van den heer, al is het bij dezen sterker dan bij genen, bestaat de consortis impatientia.

Ook toen het leen erfelijk werd behoefde dus de heer in den beginne slechts een man aan te nemen. De Saksenspiegel vertoont ons het leenregt nog op dezen trap van ontwikkeling. De zonen of kleinzonen van den overleden leenman, wier erfregt alleen de spiegel kent, moeten onderling een hunner aanwijzen dien de heer beleent. Een onverpligte goedheid van dezen was het

ze allen te beleenen. Even zoo tot aan de omwenteling in Holland. Alleen was het hier steeds van regtswege het oudste manshoofd dat als leenman optrad. Ook in Engeland vererft het leen slechts op den oudsten van meerdere zonen. Nam daar te lande alle grondbezit den vorm van leen aan, vererving alleen op den oudsten zoon, die nog heden voor alles wat geen chattel is geldt, was het noodwendig gevolg. Ook in Lombardije bleef het leen, ook na het erfelijk worden, nog steeds consortis impatiens. Maar hier was het de heer die uit de zonen zijn leenman koos. Maar reeds de libri feudorum stellen dit als een lang verlaten regtsbeginsel voor, «sic progressum, ut ad filios deveniret (het leen), in quem scilicet «dominus hoc vellet beneficium confirmare. Quod hodie «ita stabilitum est, ut ad omnes aequaliter veniat.» I. 1. 1. Met ter zijde stelling der consortis impatientia moest zich dus de leenheer meerdere leenmannen voor hetzelfde leen laten welgevallen. Het gezag dat ook buiten zijn vaderland aan het Lombardisch Leenregt werd toegekend, droeg er toe bij, om ook elders de consortis impatientia te doen wijken. Zoo kon in Zeeland in tegenstelling tegen Holland leen evenzeer als eigen op meerderen vererven. Ter handhaving der consortis impatientia bij keurvorstendommen althans, moest in Duitschland de gouden bul haar daarvoor uitdrukkelijk voorschrijven.

Ook in Frankrijk, waar nog de latere feudisten alle gezag aan het Lombardisch leenregt ontzeggen, was het leen oorspronkelijk consortis impatiens. Veelal aan den oudsten zoon opgedragen, werd hem weldra erfregt toegekend, LOISEL, *Inst. cout.* IV, 3, 60. En zoo bleef steeds het regt ten aanzien van hertogdom, graafschap en baronnie, LOISEL, eod. 87. Maar bij andere leenen kon zich ook hier de consortis impatientia niet staande houden. In Frankrijk had het leenregt te weinig kracht om het landregt geheel te verdringen, te veel omvang

om daarnevens als bijzondere instelling te blijven bestaan. Van hier dat de aanspraken der jongere zonen, naar landrecht medeërftgenamen van hun ouderen broeder, zich ook ten aanzien van het leen deden gelden. Lang en hevig was de strijd tusschen land- en leenrecht, vele en velerlei de pogingen om hem bij te leggen. Zoo erkende soms de oudste zoon zijn broeders als medegeregtigden naar landrecht en gaf hun recht op een deel der vruchten van het leen, waarvan hij alleen hulde en manschap deed, of wel gaf hun daarvan gedeelten ten achterleen. De bekende Assise van GOEFFROY van Bretagne, het uitsluitend erfrecht op het leen van den oudsten zoon handhavende, verplichtte hem tevens voor zijn broeders te zorgen, en erkende dus ook de aanspraken van deze. De ordonnantie van PHILIPPUS AUGUSTUS van 1209 of 1210, geeft daarentegen reeds aan alle zonen erfrecht op het leen, den oudsten alleen voor een grooter deel. Daarbij werd het den jongeren zonen vrijgelaten, wat hun bij verdeling van het leen ten deel viel, van den ouderen broeder ten achterleen te ontvangen, of wel daarvoor rechtstreeks bij den heer te leen te gaan, en zich dus in dadelijke betrekking tot dezen te stellen.

Dat alle die eenig belang bij, eenig recht op het leen erlangden, in rechtstreeksche betrekking tot den leenheer gebragt werden, werd zeker door het belang van dezen gevorderd. In Engeland, het klassieke land van het leenrecht, werd dit dan ook als tegenwigt tegen het algemeen verlot tot vervreemding voorgeschreven, bij het beroemde statuut *quia emptores*, 18 EDWARD I c. 1. In Frankrijk, bij de zoo veel zwakkere kracht van het leenrecht, moest de leenheer het zich laten welgevalen, dat dit aan de keus van den leenman werd overgelaten. Alleen werd hier, al is het misschien eerst in veel later tijd, bepaald, dat in handen van hem, die den heer den leenseed zwoer, een zeker bedrag der waarde van

het leen vereenigd moest blijven. Vervreemding, uitgifte in achterleen enz., die zoo den leenman werd vrijgelaten heette: *jeu de fief*. Alleen tegen belang bij het leen, tegen regt op het leen, zonder den heer den leenseed te doen, werd zoo gewaakt, niet tegen bezit van het leen door meerderen, die hem den eed afleggen. En als gevolg, hetzij van vererving of overdragt aan meerderen te zamen, hetzij van den verkoop van een onverdeeld aandeel door hem die vroeger het leen uitsluitend bezat, moest dus de leenheer zich dit laten welgevalven.

Waar eenmaal de *consortis impatientia* was vervallen, waar de magt van den leenheer niet meer toereikend was om de waarde van het leen in de handen van één leenman vereenigd te houden, en zoo de verslapping te verhinderen van den band die man en heer verbindt, moest het voor den leenheer een punt van ondergeschikt belang zijn, hoe de meerdere leenmannen, die hij zich moest getroosten, het genot en gebruik regelen van het leen, of zij dit onverdeeld te zamen blijven uitoefenen, dan wel daartoe aan ieder hunner bepaalde gedeelten aanwijzen. Die onderlinge schikkingen toch der deelgenooten kunnen de regten van den leenheer niet verkorten noch hun betrekking tot hem wijzigen of veranderen. De leenpligt is voor en na de deeling de schuld van alle deelgenooten, van alle mannen die een deel van het leen, hoe gering ook, bezitten. Alle gezamenlijk moeten zij zorgen, dat de leenpligt yervuld worde. Hoe zij ook hun wederkeerige medewerking daartoe regelen, en van de verschillende wijze waarop dit geschiedde, levert de geschiedenis vele voorbeelden, dit is een zaak die eigenlijk en regtens den heer niet aangaat.

De verdeeling van het leen wordt dan ook overal veroorloofd, waar het leen, hetzij dan door gunst van den heer, hetzij krachtens het gemeene regt, aan meerderen komt. Alleen waar het overheidsregten geldt, werd soms

die verdeeling verboden. De *Saksenspiegel* zegt uitdrukkelijk, dat de meerdere leenmannen, die de heer uit onverpligte goedheid te zamen beleende, mogen deelen zonder verlof van den heer. Evenzeer in Engeland, hetzij de leenmannen het leen bezitten als jointtenants of tenants in common, hetzij, door vererving op dochters, als parceners. In Holland werd in het octrooi tot beleening van meerderen, alleen waar het ambachtsheerlijkheden gold, onverdeeld bezit en genot voorgeschreven, en verdeeling dus bij andere leenen vergund. In Zeeland, waar, gelijk wij zagen, leen even als onleen van regtswege op meerderen vererft, wordt in de keur van 1496, 2, 6, verdeeling veroorloofd van alle goederen, «die tot scheidendom niet en behooren.» Wat het Lombardisch leenregt betreft, de bekende verordening van Keizer FREDERIK I, die nog zoo sterk het verbod van vervreemding handhaafde, zegt: «praeterea ducatus, marchia, comitatus «de caetero non dividatur, aliud autem feudum, si con- «sortes voluerint, dividatur, ita ut omnes, qui partem feudi «habent, jam divisi vel dividendi, fidelitatem faciant.» Feud. II, 55; verg. II, 26, § 4, en II, 77.

In den loop der eeuwen veranderde zeer in aard en wezen de betrekking tusschen leenheer en leenman. De eigenlijke leenpligt verviel. Eenige cerebetooningen en geldelijke opbrengsten was alles wat daarvan overbleef. De hulde en manschap die vroeger tusschen man en heer regt en pligt vestigde, was tot een eenvoudige verpligting geworden. Het dwangmiddel dat den leenman dreigt, die haar binnen zekeren termijn niet vervult, is schorsing van zijn regt, geenszins verval daarvan. Maar die verpligting, en volgens haar oorspronkelijke beteekenis, en naar haar eigen, in zoo verre onveranderden, aard en wezen, moest zij bij verdeeld zoowel als onverdeeld bezit, door iederen leenman vervuld worden, was zij de bijzondere schuld van den enkelen deelgenoot. Aan den

leenseed, zoo door iederen leenman te doen, waren elders dan in Duitschland, HOMEXER, *Sachsenspiegel* II, 2, p. 631, geldelijke opbrengsten verknocht geworden. In Holland en Brabant was veelal haar bedrag gering, maar vast en onveranderlijk. Als niet af te scheiden van den leenseed, moest ieder die dien aflegt, hetzij hij een grooter of kleiner gedeelte van of aandeel in het leen bezit, ze betalen zoo als zij voor het volle leen waren bepaald. VOET, *Digr. de feud.*, n°. 101, Costumen van MECHLEN, X, 1. Veel zwaarder waren die opbrengsten in Frankrijk, en in verband tot de waarde klimmende en dalende. De leenmannen, bij onverdeeld zoowel als verdeeld bezit, betalen dus slechts naar de waarde van hun belang in het leen.

Daarenboven moet de leenman binnen zekeren termijn na den leenseed en als accessoir van die handeling, den heer een denombrement, een staat van het leen aanbieden. Gelijk ieder deelgenoot den leenseed aflegt, moet ook ieder dien staat aanbieden, daarin het leen in zijn geheel omvatten en dan aanwijzen wat zijn bijzonder regt en belang daarin uitmaakt. Zoo ontstaan dan hier, naar dezelfde regelen en op dezelfde wijze als ik dit straks ontwikkelde, uit het gemeene zakelijke regt bijzondere schulden der enkele deelgenooten.

In Frankrijk kon zoo slechts in het denombrement de eenheid blijven werken van het tussehen de deelgenooten verdeelde leen. Men kon dus ligt in die verdeling een splitsing, een demembrement zien van het leen, van de betrekking tussehen de leenmannen en den leenheer. Wel toonde DUMOULIN krachtig en heftig, als gewoonlijk, de ongegrondheid hiervan aan. Wel huldigde ook de Coutume van Parijs, in art. 51, dit gevoelen, door het verbod uit te spreken der splitsing van het leen zonder toestemming van den heer, en van dat verbod de verdeling, die ook zij zekerlijk van die toestemming

onafhankelijk achte, niet uit te zonderen. Andere coutumes maakten die uitzondering. En later zag men algemeen in de verdeeling een splitsing van het leen, ook waar die splitsing overigens zonder vergunning van den heer verboden werd, geoorloofd tusschen hen die eenmaal te zamen in den leenseed zijn opgenomen.

Aan de zijde van den heer moest de consortis impatientia blijven bestaan, zoo lang van de oorspronkelijke beteekenis van het leen iets overbleef. De *Saksenspiegel*, Leenr. 29, § 1, zegt uitdrukkelijk, dat de leenman, na doode van den leenheer, niet meer dan een van zijn zonen als heer behoeft aan te nemen. In het Lombardisch leenregt laat de aangehaalde verordening van Keizer FREDERIK op de vergunning der verdeeling volgen: «ita tamen ut vasallus pro uno feudo plures dominos habere non compellatur.» Maar toen de leenpligt geheel ontaardde, verviel met haar grond, ook aan zijde van den heer, de consortis impatientia. Aan meerderen kunnen eerbetooningen worden bewezen, geldelijke opbrengsten betaald. Maar niet ieder leenheer kan voor zich afzonderlijk hulde en manschap vorderen. Zij moge niet dan door iederen leenman voor zich gedaan kunnen worden, zij kan aan meerderen te zamen geschieden. En toen het leen ook aan zijde van den heer consortis patiens werd, was het zeker de tijd niet meer, dat de verplichting van den man verzaard kon worden. Slechts tot ééne hulde en manschap is dus de leenman gehouden, al is het dat zij aan alle heeren te zamen moet worden gedaan. Hulde en manschap is dus een gemeene vordering van alle leenheeren tegen den enkelen leenman. Die vordering, voor geen voldoening bij gedeelten vatbaar, moest, waar het beginsel der schuldplitsing ingang vond, als ondeelbaar worden beschouwd. De hulde en manschap moest dus steeds voor het geheel voor alle heeren te zamen worden aangenomen door hem, wien de leenman

ze aanbiedt. Wordt echter tot het ontvangen daarvan door de leenheeren een hunner aangewezen, dan is die aanwijzing voor den leenman verbindend. CHRISTINAËUS, *Decis.* VI, 25, 10 sqq. VOET, *Digr. de feud.*, n^o. 103. Ook de verdere verplichtingen, die eigenlijk slechts gevolg en aanhangsel zijn der hulde en manschap, zijn als deze, schoon bijzondere schulden van den enkelen leenman, gemeene vorderingen der leenheeren alle. Op haar werkt, naar de gewone regelen, de schuldsplitsing. Het ééne denombrement dat de man moet inleveren, geeft hij aan den heer dien hij verkiest, de gelden, die hij moet betalen, aan ieder voor zijn deel. Slechts de leenheer, wien hij hulde en manschap doet, kan dan tevens de gelden voor het geheel ontvangen, als accessoir dier plegtigheid.

VI.

Geheel van goederen.

Bij gemeenschap zijn regten en pligten der bijzondere deelgenooten ondergeschikt aan hun onderlinge persoonlijke betrekking. Waar aan zoodanige onderlinge persoonlijke betrekking, één in aard en wezen, regten en pligten, ondergeschikt zijn, hoe ook overigens aan elkander vreemd, worden zij alle toch door die eenheid der persoonlijke betrekking beheerscht, ondervinden alle daarvan de terugwerking. Eenheid der persoonlijke onderlinge betrekking is het dus die de eenheid der gemeenschap daargestelt, die den band vormt, die het geheel te zamen brengt en houdt, en dien geen der deelgenooten ten nadeele der anderen kan verscheuren. De betrekking dus waaraan regten en pligten der enkele deelgenooten ondergeschikt zijn, wordt slechts uitgebreider, meer omvattend. Maar overigens en op zich zelve blijven die

regten en pligten steeds onveranderd en ongewijzigd. Voor de uitoefening en handhaving door of tegen de deelgenooten, bij veranderingen en wijzigingen in de bestaande regtsbetrekking, ten aanzien der verantwoordelijkheid als gemeene verpligting maakt het geen onderscheid hoegenaamd, of de gemeenschap slechts uit een enkele zaak bestaat, dan wel zeer uitgebreid is, een groot aantal zaken omvat.

Waar slechts een enkele zaak gemeen is vervalt met zijn grond alles, wat de volle werkzaamheid van de vervreemding of anderen overgang van mijn regt op de zaak zou kunnen beletten, zoo ook tevens mijn persoonlijke betrekking tot de deelgenooten, mijn regten en verpligtingen in haar geheel, en op den voet als zij thans bestaan, zoo dus mijn aandeel in de gemeenschap wordt vervreemd of overgaat. Ditzelfde moet dus ook gelden waar de gemeenschap uit vele goederen bestaat, waar zij een geheel vormt van baten en lasten.

Maar hoe geschiedt dan die overgang van dat aandeel, wat zijn de werkingen en gevolgen daarvan?

De gemeenschap vormt een geheel, waar de band die het zamen brengt en houdt, in persoonlijke betrekkingen gelegen is, al is daaraan zakelijk regt ondergeschikt, al kunnen de deelgenooten dat geheel ook tegen derden inroepen en doen gelden. Maar evenzeer is ook een geheel het aandeel daarin van den enkelen deelgenoot. Daarvan maakt zijn aanspraak op de baten en voordeelen der gemeenschap den band uit, die het geheel vormt. Tegen ieder vreemden zelf en derden, zagen wij, werkt eenheid der zaak, eenheid daarentegen van zakelijk regt slechts tegen regt verkrijgende, het zij dan op het geheel of een deel daarvan. Zoo nu werkt eenheid van persoonlijk regt, het geheel waarvan als van de gemeenschap, de band die het vormt, louter van persoonlijken aard is, slechts tegen hen die zelve het geheel

als zoodanig erkennen, daarop als zoodanig regten beweren, en op de bezondere tot het geheel behorende voorwerpen geen anderen titel bezitten, dan dat zij gedeelten uitmaken van dat geheel. Regtverkrijgende kan dus die eenheid van persoonlijk regt slechts verbinden, wanneer het geheel als zoodanig op hen overging, niet wanneer zij gedeelten daarvan als bezondere op zich zelve staande voorwerpen verkregen. Is dit laatste het geval, even als andere personen, derden en vreemden, kunnen zij door de eenheid van persoonlijk regt slechts gebaat, nimmer geschaad worden.

Die eenheid van persoonlijk regt werkt tegen hen, die op het geheel als zoodanig regten verkregen of beweren ten aanzien: 1°. van den overgang van regt, 2°. van de opvordering, 3°. van de aansprakelijkheid voor schulden.

1°. Overgang van regt.

De eenheid van persoonlijk regt geldt slechts tegen hen die op het geheel als zoodanig regt verkregen of beweren. Tegen over alle andere personen gaat het regt op de bezondere voorwerpen en goederen, die het geheel vormen, nooit op andere wijze over dan als of die voorwerpen en goederen op zich zelve stonden, alleen het onderwerp uitmaakten der regtshandeling. Bij vererving, bij legaat, maakt dit geen onderscheid. En gelden voor den overgang van een geheel vermogen in bepaalde gevallen, bij 't ontstaan van huwelijksgemeenschap, bij boedelafstand, faillissement, kennelijk onvermogen bezondere regelen, ook voor den overgang der enkele voorwerpen moet de werking dier bezondere voorschriften door ieder geëerbiedigd worden. Maar bij verkoop, schenking, ruiling enz. der mij te beurt gevallen erfenis, b. v., moeten haar bezondere bestanddeelen afzonderlijk worden overgedragen. Zonder feitelijke overgifte bij roerende, zonder overschrijving der akte bij onroe-

rende goederen, zonder beteekening of aanneming bij schulden, kan niemand die het geheel niet als zoodanig erkent, gedwongen worden, de overdragt van dat geheel te eerbiedigen.

Maar tegen hen, die het geheel als zoodanig erkennen, daarop als zoodanig regten beweren, geldt de overdragt als overdragt van het geheel. Feitelijke overgifte, overschrijving of beteekening der akte is tegen over hen geen vereischte. Het regt op het geheel moet gerangschikt worden onder de andere onligchamelijke zaken, waarvan art. 668 B. W. spreekt; tot wier overdragt alleen een authentieke of onderhandsche akte wordt gevorderd.

Hoe moeten de deelgenooten van hem die zijn aandeel in de gemeenschap vervreemde, beschouwd worden? Zeker zijn zij geen regtverkrijgende van hun deelgenoot. Beweren zij regt op een geheel, dat geheel is de tusschen hen bestaande gemeenschap, niet het aandeel daarin dat werd overgedragen. De overdragt van dat aandeel zal dus tegen hen niet werken, dan als overdragt van bijzondere voorwerpen. Wordt dan overgifte vereischt voor roerende, overschrijving der akte voor onroerende goederen, de persoonlijke vorderingen, welke de deelgenoot die vervreemde tegen de gemeenschap bezat, zullen niet overgaan dan na beteekening der akte. Schoon het Fransche regt voor overgang der verkochte erfenis aan den koper zelf geen akte eischt, vorderde dan ook het Fransche Hof van Cassatie evenwel beteekening aan medeerfgenamen, MARCADÉ op art. 1696, V.

Zoo heft dan ook de schatkist bij den overgang van een geheel, haar regten als of de enkele goederen, die het geheel uitmaken, ieder afzonderlijk en alleen, het onderwerp van de regtshandeling waren. Bij overdragt van een geheel van baten en lasten eischt zij haar regten eerst van de baten als bij overdragt van roerende of onroerende goederen, vervolgens van de lasten als bij

overneming van schulden. Het is bekend, dat ook bij den overgang door erfregt de Wet van 22 Frimaire an VII de lasten niet van de baten wilde afgetrokken hebben, en dat eerst de Wet van 27 December 1817 dit bij ons invoerde, en het batig slot tot grondslag van het te heffen regt aannam.

2°. Opvordering.

Tegen hem die op het geheel als zoodanig regten verkreeg of beweert, en tegen hem alleen kan de opvordering gerigt worden van het geheel als zoodanig. En dit ten possessoire zoowel als ten petitoire, en ook dan wanneer de bijzondere zaken die dat geheel uitmaken of daartoe behooren, afzonderlijk niet zouden kunnen opgevorderd worden, hetzij wegens den aard van het daarop bezeten regt, hetzij wegens de hand waarin zij zich bevinden.

Zoo kan naar art. 606 B. W. voor een geheel van roerend goed, waarvan ook naar art. 601 B. W. het bezitregt een jaar lang behouden wordt, nadat men feitelijk het bezit verloor, de maintenue worden ingesteld.

Zoo vervalt waar het een geheel geldt, de beperking tot de tweede hand der reclame, der opvordering van roerend goed, die art. 2279 C. N., art. 2014 B. W. door den regel «bezit geldt als titel» uitspreekt, FENET XV, p. 600, en voor zoo ver ik weet alle schrijvers, verg. arrest van den Hoogen Raad van 15 Febr. 1855, Regtspraak dl. 49, bl. 206 sqq.

De reden ligt voor de hand. Wat ook grond en oorsprong zij van dien grondregel van ons maatschappelijk verkeer, hoe zijn historische ontwikkeling; wat hem staande hield en houdt, is de onmogelijkheid voor den verkrijger van roerende goederen om zich te vergewissen van den titel van zijn voorganger, van aard en oorsprong van diens regt. Wegens deze onmogelijkheid, en wegens haar alleen blijktens de uitzonderingen omtrent schepen en schulden niet aan toonder, wordt het den verkrijger ver-

gund, zich alleen te houden aan zijn regt, gelijk hij dit aanvaardde, en steeds, art. 592 B. W. onveranderd, bezit, feitelijk uitoefent. Als ware het door verjaring gedekt, wordt dus zijn bezit, ieder feitelijke betrekking tot de zaak, zoo in dier voege, als zij bij en door de regthandeling waardoor de zaak werd aanvaard, is gewijzigd en bepaald, artt. 807, 1186, 1188, 1199 sqq., 1652, 1766 B. W., 237, 213 sqq. K. H., voor ieder onaanrandbaar, *geldt* en werkt op zich zelve en alleen *als titel*, als voldoende bewijs van regtmatigen oorsprong. En daardoor is in handen van den verkrijger de zaak onttrokken aan de reclame, waaraan zij in handen van den voorganger was onderworpen, *meubelen hebben geen gevolg, de reclame geldt niet in de derde hand*, art. 238 en 490 K. H. Deze drie verschillende spreekwijzen zijn dan ook, voor zoo ver ik zie, door de oudere schrijvers en bepaaldelijk zeker door Bourjon, blijkbaar bij ons meer vermeld en aangehaald dan gelezen, steeds bloot als verschillende uitdrukkingen van dezelfde regtswaarheid gebezigd.

Kan de verkrijger zich zoo tegen ieder bewering verdedigen met aard en hoedanigheid van het bezit, zoo als hij dit uitoefent en door regtshandeling verkreeg in strijd, omtrent hetgeen de aard en hoedanigheid van zijn regt medebrengt, omtrent de regtshandeling zelve waarop zijn regt steunt, haar werking en gevolgen, kan bij hem geen onbekendheid bestaan. Met haar grond vervalt dus ten dezen aanzien de beperking of uitsluiting der reclame. Maar ook in dit opzigt geldt het bezit als titel. Juist toch dat bezit, aard en hoedanigheid van het feitelijk uitgeoefend regt dwingt de daarmede overeenstemmende, de daarop gegronde regten van anderen te eerbiedigen, aan hun reclame gevolg te geven. Met een bloot beroep op zijn bezit, op aard en hoedanigheid van zijn betrekking tot de zaak kan dus hij, die vruchtgebruik pand of voorregt heeft, die bloot houder is der zaak niet of

zonder regt van retentie, den eigenaar niet afwijzen die zijn regt wil doen gelden. Evenmin hij wien eigendom werd overgedragen den eisch van zijn voorganger om de overdragt te doen vernietigen, nietig verklaren of ontbinden of wel eenvoudig als ongeldig te beschouwen, art. 1420 B. W. Zijn bezit, zijn eigen regt en titel dwingen hem integendeel die eischen, zoo zij gegrond zijn, te eerbiedigen, en op de ingestelde reclame de zaak te laten varen.

En zoo nu bij de aanvaarding van een geheel van goederen of wel van baten en lasten als zoodanig. Dan is de band die het geheel vormt, grondslag en titel van het aanvaarde regt, bepaalt daarvan aard en hoedanigheid. En iederen daarop gegronnen eisch kan hij met een beroep op zijn bezit niet alleen niet afwijzen, maar wordt hij juist door dat zijn bezit gedwongen te voldoen. Maar ook den oorsprong van het regt duidt de band steeds aan, die het geheel vormt. En wat aan die aanduiding mogt ontbreken, kon steeds worden opgespoord. Met de onmogelijkheid om zich van het regt van den voorganger te vergewissen, vervalt ook het regt van den verkrijger zich uitsluitend aan de regtshandeling te houden, waardoor hij zijn regt verkreeg, aan het bezit gelijk hij het daardoor aanvaardde. Zoo houdt hier de regel op «bezit geldt voor titel», en als bij onroerend goed, moet de bezitter alle eischen en aanspraken tegen zich laten gelden, die tegen zijn voorganger konden worden ingebracht.

Bij ieder geheel van goederen dus, niet alleen bij de erfenis art. 881 B. W., kan het geheel of een bijzonder voorwerp op welke wijze ook tot dat geheel behoorende, «onder welken titel ook» zich daarin bevindende, worden opgevorderd van hem, die dat geheel als zoodanig, of dat bijzonder voorwerp als gedeelte van het geheel bezit. En als bij de erfenis is het voor die opvordering steeds onverschillig, of de bezitter werkelijk eenig regt kon

achten verkregen te hebben, dan wel of hij dat eenvoudig weg zonder eenigen regtsgrond beweerde, en zich aanmatigde, of hij onder dan wel zonder titel, zoo als art. 881 het uitdrukt, in het bezit was.

3. Aansprakelijkheid voor schulden.

Eenheid van persoonlijk regt werkt nog dit, dat hij die op het geheel als zoodanig regten verkrijgt, zich door de aanvaarding persoonlijk, in geheel zijn vermogen aansprakelijk stelt voor de verpligtingen, die tot dat geheel behooren, voor de lasten die op de baten kleven, en zoo de schulden van zijn voorgangers tevens tot eigen schulden maakt.

Dit eischt eenige meerdere ontwikkeling.

Zeker ook het Germ. R. miskent de verknochtheid niet der schuld aan den persoon van den schuldenaar. Maar wat in het Rom. R. *en* in ontwikkeling een later, *en* in beteekenis een ondergeschikt beginsel was, de verhaalbaarheid der schulden op hetgeen tot het vermogen van den schuldenaar behoort, kent het Germ. R. van de vroegste tijden af en verheft het in later eeuwen tot hoofdgedachte, tot grondbeginsel van het persoonlijk regt. Van daar reeds in de oudste regtsbronnen ten uitvoerlegging door den sterken arm van schulden die bepaalde zaken ten onderwerp hebben, op die zaken zelve. Van daar reeds vroeg een verhaalbaarheid ook van andere schulden op het vermogen van den schuldenaar, al werd die verhaalbaarheid op velerlei wijze beperkt, de bestanddeelen en gedeelten van dat vermogen, waarop zij kleeft, op verschillende wijze bepaald en omschreven.

Een eerste schrede ter verdere ontwikkeling, maar een schrede die reeds vroeg werd gedaan, was deze, dat het gedeelte van het vermogen, waarop de schuld verhaalbaar is, de have b. v. of aanwinst, bij overgang als zoodanig, als bepaald gedeelte van het vermogen,

ook in handen van den verkrijger voor de schulden verbonden blijft, dat ook in zijn handen de lasten verhaalbaar zijn, blijven kleven op de baten. Gold dit in de voornaamste plaats bij overgang door erfregt, het vond ook zijn toepassing bij overgang van het geheel vermogen of een bepaald gedeelte daarvan onder levenden, bij overgang door regtshandeling of overeenkomst.

Blijven zoo in handen van den verkrijger de lasten verhaalbaar op de baten van het geheel waarop zij kleefden, lang bleef die aansprakelijkheid van den verkrijger beperkt tot de in zijn handen zich bevindende, tot dat geheel behoord hebbende baten. Zoo is nog in Engeland tot de *assets*, tot het nog uit de erfenis voorhandene, de aansprakelijkheid voor schulden beperkt van den executor en administrator, en evenzeer die van den heir, sinds hij in onze dagen in equity voor de schulden van den erfflater aansprakelijk werd gesteld.

Is de verkrijger voor de schulden die op het door hem aanvaarde geheel kleven niet verder aansprakelijk dan de baten daarvan reiken, kleven dus ook in zijn handen die schulden alleen op de baten, de verkrijger wordt van alle aanspraak ontslagen door het bewijs, dat die baten uitgeput zijn.

Maar hoe dit bewijs te leveren? het bewijs niet bloot van het bedrag, dat in zijn handen kwam, maar ook van hetgeen daarvan werd, nadat het een deel was geworden van zijn vermogen. In de vroegste tijden gaf de bewijsleer van het Germ. R. daartoe in den eed een middel. In de wetten der West-Gothen en Langobarden vinden wij dan ook dat bewijsmiddel tot dit einde voorgeschreven. Maar toen later bij verandering in de bewijsleer de beteekenis van den eed zich wijzigde, en daardoor die eed hier wegviel, moest de bewijsleer van het Germ. R. alle pogingen, uit haar aard steeds zoo bedenkelijk, verwerpen, om te bewijzen wat in handen van den

verweerder werd van een deel van zijn vermogen. Zoo wordt dan ook bij de terugvordering van genoten voordeel, het *quatenus locupletior* bij ons, behalve in enkele bijzondere gevallen, steeds alleen en uitsluitend beoordeeld naar het tijdstip van den overgang uit het vermogen van den een in dat van den ander. *Bijdragen* 1851, p. 252 en de daar aangehaalde schrijvers.

Het bewijs dat in handen van den verkrijger zich geen baten meer bevinden, kon hem dus niet meer bevrijden. Alleen het bewijs, dat ten tijde dat hij de baten ontving waarop de lasten kleefden, het bedrag daarvan niet hooger reikte, kon hem nog te stade komen. Maar ook dit bewijs, op later tijd gevoerd, is met vele bezwaren verbonden. Toen nu uit het Romeinsch regt het beneficie van inventaris bekend werd, dat *en* op de verpligting wees, *en* het middel bood om het bedrag van de baten en de daarop klevende lasten dadelijk te doen blijken en te staven, werd dit ook, waar men sterk aan het vaderlandsch regt gehecht was en bleef, overgenomen. Maar dan moest ook hij, die dat middel verzuimde, niet meer toegelaten worden tot het beweren, dat de baten door de schulden werden overtroffen, maar steeds voor de schulden aansprakelijk blijven. Zoo kan naar den C. N. art. 1416 sqq., de man, zoo hij geen inventaris doet maken, vervolgd worden voor de schulden, die op een aan de vrouw te beurt gevallen erfenis of aan haar gedane schenking, art. 1418 C. N., kleven, zelfs zoo de aanvaarding door de vrouw, en dien ten gevolge de vermenging met zijn vermogen tegen zijn wil, op magtiging van den regter plaats vond. Evenzeer zijn bij ons, zoo zij den inventaris nalaten, de leden van een ontbonden zedelijk ligchaam onbeperkt voor de schulden aansprakelijk, art. 1702 B. W. Sluiten bij boedelafstand, faillissement, kennelijk onvermogen, aard en wezen dier instellingen de onbeperkte aansprakelijkheid uit, aard en wezen daarvan

brengen tevens de verplichting mede tot boedelbeschrijving.

Zoo werd de beperking van de aansprakelijkheid van den verkrijger tot het bedrag der baten, die in zijne handen zijn gekomen, van een bepaald bewijsmiddel afhankelijk gesteld, en daardoor het gebied, waar zij werken kon, eng van omvang. BLUNTSCHLI II, p. 451.

Deze verandering stond in verband met, werd voorbereid, begunstigd of voltooid door de kracht van twee andere beginselen die het nieuwere regt beheerschen.

De schulden kleven niet meer op bepaald aangewezen klassen, algemeenheden van bestanddeelen van het vermogen van den schuldenaar, maar behoudens enkele uitzonderingen, op dat vermogen in zijn geheel. Er zijn geen schulden meer, die uitsluitend op de have, op de aanwinst, op de bruikbaar, op het vrij goed, op het leengoed verhaalbaar zijn. Dat het geheele vermogen en alle enkele bestanddeelen, daarvan voor iedere schuld kunnen worden uitgewonnen, is een beginsel, dat ons maatschappelijk verkeer dringend eischt. In Engeland kan wel het freehold op zich zelf niet onteigend worden. De schuldeischer kan zich alleen door den writ of elegit beheer en vruchtgenot, tot dat uit de opbrengst de schuld is voldaan, doen toekennen. En het statuut 1 en 2 Vict. c. 110, strekt alleen om de vroegere beperking hiervan tot de helft van het freehold op te heffen. Maar bij bankruptcy en insolvency, en deze reiken verre in Engeland, verhalen de schuldeischers hun regten op het geheele vermogen en alle zijne bestanddeelen.

Het andere beginsel dat aan de beperkte aansprakelijkheid van den verkrijger vijandig moest zijn, is de gemakkelijkerheid waarmede het nieuwere regt verbindtenissen jegens derde, zelfs onbepaalde en onbekende personen toelaat en aanneemt. Hij die een geheel aanvaardt van baten en lasten, verplicht zich daardoor quia bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno tot

betaling der schulden, naar Romeinsch regt alleen jegens hem, met wien hij handelde, aan wien hij persoonlijk verbonden was, naar ons nieuwer regt ook jegens de derden, die dit beding aanvaardden, die die verpligting ten hunnen behoeve willen inroepen, jegens de schuldeischers dus ook van dat geheel, verg. artt. 939, 1014, 1707 en 1815 B. W.

Deze beide beginselen moesten medewerken om de lasten, die op de baten kleven, de schulden die op het geheel drukken, ook als de eigen schulden van hem, die het geheel aanvaardde, te beschouwen, voor haar verhaal alle splitsing van hetgeen eenmaal door die aanvaarding tot een vermogen versmolt, uit te sluiten. Behoudens natuurlijk de gevallen, waar de verkrijger door boedelbeschrijving het tegendeel *en* toonde te willen *en* mogelijk maakte.

Maar ook in handen van den voorganger drukten de schulden, die hij als onder het geheel van baten en lasten begrepen, overdraagt, op zijn geheel vermogen. En het verhaal daarop kan den schuldeischer zonder zijn medewerking niet worden ontnomen. De voorganger blijft dus schuldenaar, de verkrijger wordt het slechts nevens hem. Hun beider schulden zijn geen afzonderlijke op zich zelve staande schulden, die bloot dezelfde zaak ten onderwerp hebben. Een en eenzelvig is integendeel beider schuld, al is zij, daar ook in de wijze waarop zij tegenover den schuldeischer verbonden zijn, even als bij borgtocht verschil bestaat naar aard en inhoud, geen gemeene schuld. Juist is het dus, wat WINDSCHEID in een voortreffelijk opstel in *Krit. Ueberschau*, I, p. 27 sqq. leert, dat het nieuwere regt, gelijk het overdragt en overgang van vorderingen onbepaald toelaat, zoo ook die van verpligtingen onbeperkt erkent. Doch slechts onder dien verstande, dat steeds ook de oorspronkelijke schuldenaar verbonden blijft. De verbindtenis, de band waarmede

de schuldeischer den schuldenaar verbonden houdt, blijft, zegt WINDSCHEID, een en dezelfde ook wanneer de personen, die aan elkander verbonden zijn, schuldeischer of schuldenaar, door anderen vervangen worden. Maar ook WINDSCHEID zal wel den schuldenaar niet veroorloven, zich zelve zonder medewerking van den schuldeischer van zijn verplichtingen te onbinden, zoo hij slechts een ander, hoe onvermogen ook misschien of failliet, in zijn plaats stelle. Zelfs waar de overgang van een geheel van baten en lasten uit kracht der wet zonder overeenkomst geschiedt, verliest de schuldeischer zijn verhaal niet tegen den oorspronkelijken schuldenaar, dan waar en voor zooverre dit onmogelijk wordt, bij overgang b. v. door erfregt. Maar waar de wet het vermogen der vrouw met dat van den man tot een versmelt, houdt het verhaal op haar slechts op, zoolang zij geen eigen vermogen heeft, om in volle kracht te herleven zoodra zij dit herkrijgt, art. 186 B. W. Ook de schuldenaar die boedelafstand doet, die failliet of kennelijk onvermogen wordt, blijft aansprakelijk, al heeft de eerste het *flexibile beneficium competentiae*, art. 709 B. R. V., art. 887 K. H.

Het kleven van de lasten op de baten heeft dus dezen, maar ook slechts dezen zin, dat bij overgang van een geheel, van een eenheid van persoonlijk regt, van een gemeenschap ook of van een aandeel daarin, ieder die de baten van het geheel als zoodanig aanvaardt, nevens zijn voorganger en op dezelfde wijze als deze, schuldenaar wordt van de tot dat geheel behoorende verplichtingen, zich voor de lasten die daarop kleven, onbeperkt en in zijn geheel vermogen aansprakelijk stelt.

Aanvaarding, een regtshandeling, is dan de regtsgrond der verplichting van den verkrijger. Wordt dus dat geheel door meerderen te zamen en te gelijk aanvaard, de schuld wordt hun aller gemeene schuld, naar de gewone regelen

en met de gewone werkingen aan de schuldsplitsing onderworpen. De evenredigheid voor de schuldsplitsing is dus de gelijke verdeeling tusschen allen, art. 1680 B. W. Zijn regt om zich aan haar te houden, wordt den schuldeischer niet ontnomen, noch door dat de deelgenooten het geheel slechts voor bepaalde aandeelen aanvaardden, noch zelfs door dat zij bij die aanvaarding uitdrukkelijk verklaren, voor de schuldsplitsing een andere evenredigheid te willen. De vermelding toch dier bepaalde aandeelen kan slechts betrekking hebben tot de telkens veranderende onderlinge verhouding. En wel de aanvaarding, niet haar gevolgen, hangen van den vrijen wil der deelgenooten af. Het regt dat daaruit een ander, de schuldeischer ontleent, kan zonder zijn medewerking hem evenmin worden ontnomen, als gewijzigd of veranderd. Alleen bij den overgang door vererving, geldt voor de schuldsplitsing een andere evenredigheid, die namelijk, welke tevens de onderlinge verhouding der deelgenooten regelt, daarvoor althans als punt van uitgang dient. Deze wijziging der evenredigheid voor de schuldsplitsing, als steeds in de wet of in een testament haar grond hebbende, kan de schuldeischer steeds kennen en moet hij eerbiedigen.

In strijd met het gezegde beweert MARCADÉ, dat successeurs irréguliers, III, n^o. 40 en 373, légataires universels, of à titre universel, IV, n^o. 106 en 265 sqq., begiftigden, IV, n^o. 298 en op art. 1626, n^o. VII, de man in het dotaal stelsel, op art. 1558, III, voor de lasten die op het door hem aanvaarde geheel kleven, niet verder aansprakelijk zijn dan voor zoover de baten reiken. Alleen bij de eigenlijke héritiers neemt hij onbeperkte aansprakelijkheid aan, omdat hij in hen de voortzetters vindt van de persoon van den erflater, omdat hij ook naar Fransch regt, tusschen dezen en den héritier en hem alleen, eenheid van persoon aanneemt.

Ik houde deze meening voor ten eenenmale ongegrond en verderfelijk in haar werking en gevolgen. Wel tracht **MARCADÉ**, op art. 1696, V, bij verkoop eener erfenis, door een beroep op art. 1166 C. N., dat den schuldeischers toestaat alle regten hunner schuldenaren uit te oefenen, den schuldeischers der erfenis een regt van verhaal, en dat dan voor het geheel, toe te kennen. Maar vergat hij hier, hoe hij op art. 1166, IV, n^o. 493, bij den hevigen strijd over strekking en beteekenis van dat artikel tusschen regtspraak en wetenschap, zich met warmte aan deze laatste aansluit? Als alle andere schrijvers, eischt hij tot die uitoefening door den schuldeischer van de regten zijns schuldenaars, de tusschenkomst van het gerecht, en ziet dus in het artikel niets anders (juister misschien weinig anders), dan de verkondiging van het regt van de schuldeischers, om als de andere bezittingen van den schuldenaar, ook zijn regten en vorderingen, zoover zij niet uitsluitend aan zijn persoon verknocht zijn, op de gewone wijze uit te winnen. Hoe dit zij, dat artikel, dat zoo het den zin heeft, die de regtspraak er aan toekent, alle theorie en systeem verwart en onmogelijk maakt, is bij ons gelukkig vervallen. Maar hierdoor is het gevoelen van **MARCADÉ**, omtrent de beperkte aansprakelijkheid van den verkrijger voor de schulden van het door hem aanvaarde geheel, bij ons van des te meer gewigt, van des te gevaarlijker strekking. Van den anderen kant echter werd bij ons de kring enger, waarin dat gevoelen gelden en werken kan. De successeurs irréguliers toch behalve den Staat, voor wien art. 879 B. W. die beperkte aansprakelijkheid uitdrukkelijk vaststelt, en de légataires universels of à titre universel werden bij ons tot erfgenamen verheven, en moeten dus ook naar **MARCADÉ**'s oordeel onbeperkt aansprakelijk zijn.

Ik zal ter bestrijding dier leer van **MARCADÉ** het vroeger gezegde niet herhalen. Alleen wil ik nog het

onhoudbare trachten aan te toonen van den grond, waarop hij de onbepaalde aansprakelijkheid van de erfgenamen doet rusten. En dit om te doen uitkomen, dat daarvoor ook bij erfenis geen andere reden kan bestaan, dan die ook bij ieder ander geheel van baten en lasten geldt, dan de eenheid van het geheel en de aanvaarding door den verkrijger.

Ik ontken dan dat bij ons of in Frankrijk ooit gold of nog geldt, de eenheid van persoon tusschen erfater en erfgenaam.

Ook in Frankrijk was eens de schuld verhaalbaar, alleen op des schuldenaars roerende goederen, de have, eerst in vervolg van tijd ook op de aanwinst. Ook zijne erfgenamen waren voor de schulden slechts aansprakelijk, voor zooverre en naar mate zij van de have en aanwinsten eenig gedeelte ontvingen.

Toen later die verhaalbaarheid der schulden verder werd uitgestrekt en zij het geheel vermogen van den schuldenaar omvatte, moest dit ook terug werken op de aansprakelijkheid der erfgenamen. Zoo vóór den Code van een gemeen regt in Frankrijk gesproken kan worden, dan was het zeker gemeen regt dat ieder erfgenaam tot de schulden moest bijdragen, in evenredigheid der waarde van hetgeen hij uit de erfenis genoot, met uitzondering slechts van hetgeen krachtens regt van eerstgeboorte werd ontvangen. Maar behalve de aan dit regt onderworpen goederen, werden in het vermogen van den gestorvene nog andere bestanddeelen onderscheiden, als erve en have, stamgoed en aanwinst, leen- en vrijgoed, burger- en boeren goed, moederlijk en vaderlijk goed. En bij die verschillende bestanddeelen alle had de erfopvolging naar bijzondere regelen plaats. Was zoo het erfregt bloot een successio in singulas res, van een eenheid tusschen erfater en erfgenaam kan wel geen sprake zijn. SCHÄFFNER, III, p. 370 sqq., p. 395 sqq. Bij die verwikkeling van het

erfregt was het voor derden ondoenlijk te weten, welk deel van de waarde van het geheel ieder erfgenaam ontving. Zeker hier bestond geen aanleiding om van de als 't ware natuurlijke evenredigheid voor de schuldsplitsing, die naar gelijke aandeelen, af te wijken. De schuld, die op het geheel vermogen van den erflater kleefde, verhaald kon worden, is de gemeene schuld geworden van hen allen, die te zamen en te gelijk dat geheel of eenig gedeelte daarvan als zoodanig aanvaardden, en als zoodanig aan het gemeene regt der schuldsplitsing onderworpen. Alle medeerfgenamen, hoe groot of klein ook de waarde zij van hetgeen zij uit de erfenis genieten, hoe groot of klein dus ook dat gedeelte zij, dat zij jegens hun deelgenooten verplicht zijn in de schuld te dragen, kunnen door den schuldeischer hoofd voor hoofd voor gelijk aandeel worden vervolgd. POTHIER, succ. V, 3, § 2.

In den Code, bij de vereenvoudiging van het erfregt, verdween alle onderscheid tusschen de verschillende bestanddeelen des boedels, en werd zoo het bijzonder erfdeel van ieder erfgenaam steeds eenvoudig een evenredig deel der erfenis in haar geheel. Maar dan kon ook dezelfde evenredigheid worden aangenomen voor de aansprakelijkheid tegenover de schuldeischers, voor de schuldsplitsing tusschen de medeerfgenamen, en zoo deze meer in overeenstemming gebragt met de onderlinge verplichting der erfgenamen om tot de betaling der schulden bij te dragen. Dit erkent ook MARCADÉ, III, n^o. 380. Die vereenvoudiging van het erfregt, het roepen van den erfgenaam tot een evenredig deel van den geheelen boedel, de aanneming dier zelfde evenredigheid voor de splitsing tusschen hen der schulden, deed zeker veel gevolgen en werking ontstaan, gelijk aan die welke in het Romeinsche Regt uit de eenheid van persoon tusschen erfgenaam en erflater voortvloeiden. Maar daaruit volgt nog niet, dat men dien grondregel van 't Romeinsche

erfrekt met al zijn scherpe en diep ingrijpende gevolgtrekkingen wilde overnemen.

Weinig zeker baat MARCADÉ zijn beroep op de woorden van art. 1220 C. N., ons art. 1335, «les parts, dont ils (de erfgenamen) sont saisis, ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur.» Even min voor den Code als voor ons wetboek, zal wel veel gewigt mogen worden gehecht aan een enkele uitdrukking, als in 't voorbijgaan in een titel voorkomende, niet bepaald aan het erfrekt gewijd, en waarin men van hetgeen vroeger hieromtrent was vastgesteld, ter liefde van 't Rom. R. blijkbaar zooveel vergat. Daarenboven dat de erfgenamen ten aanzien van vorderingen en schulden, zoowel als van andere regten, die op hen overgaan, den erflater vertegenwoordigen, voorstellen, verbeelden, kan gezegd worden, ook als in den strengsten zin het erfrekt een successio is in singulas res. En tegen de enkele uitdrukkingen van art. 1220 C. N. stel ik over die van art. 724: «les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession.»

Het ontbreekt dan ook in ons regt niet aan bepalingen, met dien hoeksteen van 't Romeinsche erfrekt onvereinigbaar. Zoo kunnen van de erfgenamen van de vrouw sommige de huwelijksgemeenschap verwerpen, terwijl andere haar aanvaarden, en dan blijft die gemeenschap voor de verworpen aandeelen bij den man, art. 190 B. W. Even zoo kunnen van de erfgenamen van hem, die een opgekomen erfenis nog niet aanvaardde, sommige verwerpen, andere aanvaarden, artt. 1097 el. 1096 B. W. Daardoor wordt noodwendig niet alleen voor de verworpen aandeelen van het vermogen des erflaters afgescheiden, wat naar ons «de doode erft den levende» daarmede reeds versmolten was, maar tevens voor de aanvaarde aandeelen zijn erfenis in twee gedeelten gesplitst, beide toch krach-

krachtens dezelfde vererving door denzelfden erfgenaam te bezitten. De Code door de erfgenamen in dit geval tot eenstemmigheid te dwingen, handhaafde de eenheid van het vermogen van den erfflater, art. 782 C. N. Ook behoort het aandeel van hem, die zijn aanvaarding doet vernietigen of nietigverklaren, niet van regtswege aan zijn medeerfgenamen, art. 1100 B. W. In het geval van art. 918 B. W. kent ons regt zelfs nog een wettelijk erfregt op enkele voorwerpen, verg. nog MARGADÉ, III, n^o. 381, en in 't algemeen BLUNTSCHLI, II, p. 449 sqq.

Nog moet ik vermelden eenige eigenaardigheden op het gebied van het procesregt, die de gemeenschap in haar hoogere vormen steeds bezit, maar die toch ook bij eenvoudige gemeenschap, waar zij uit een geheel van goederen bestaat, in een enkel geval voorkomt.

Bij hooger vormen van gemeenschap, treden de deelgenooten in regten op onder den naam bloot hunner gemeenschap, en doet die naam alleen de deelgenooten alle, hoe groot ook hun getal zij, schoon niet met name genoemd, voor zoo verre de gemeenschap reikt, partijen zijn in het geding. Ook bij de gemeene erfenis komt dit voor. Wordt binnen het jaar na het openvallen der erfenis een geding, art. 4, n^o. 6 B. R. een instantie, artt. 258, 343 B. R., tegen de deelgenooten aangevangen, wordt hun in de gevallen van artt. 341, 386, 399 B. R. een vonnis of in dat van art. 767 K. H. een oproeping beteekend, de namen der deelgenooten behoeven niet in de akte te worden vermeld. Bij een enkel stuk, bloot onder den naam van gezamenlijke erfgenamen, worden zij in den geregte geroepen, geschiedt aan hen de beteekening.

Gelijk in haar hoogere vormen de gemeenschap een eigen domicilie heeft in het gebouw, waar zij als 't ware haar middenpunt bezit, even als of daar alle deelgenooten ter zake der gemeenschap domicilie hadden gekozen, zoo

ook de gemeene erfenis. Aan het sterfhuis worden alle meederfgenamen gedagvaard, art. 4, n°. 6 B. R., art. 767 K. H.

Voor den regter onder wiens gebied dat domicilie gelegen is, hebben dan ook de deelgenooten alle, voor alles wat de gemeenschap betreft hun forum. Ten aanzien der gemeene erfenis schrijft dit art. 126 m. B. R. voor. En hier kan dus de eischer niet, zoo als bij andere eenvoudige gemeenschappen, deelgenooten, die *ratione personae* of *loci* hun forum voor verschillende regters hebben, alle ter zijner keuze voor een daarvan dagvaarden.

Dit alles echter is slechts van toepassing waar het de gemeenschap, dat is, alle deelgenooten en hun gemeene regten geldt, en mist die volkomen, waar slechts de enkele deelgenoot of zijn bezonder vermogen betrokken is.

Bij gemeene erfenis geldt het daarenboven slechts *tegen*, niet *voor* de deelgenooten. Zij moeten eerbiedigen wat op die wijze tegen hen gedaan wordt, maar zij zelve moeten naar de gewone regelen handelen. En dit niet alleen waar zij zelve dagvaarden of doen beteekenen, maar ook wanneer zij op een tegen de gezamenlijke erfgenamen gerigte dagvaarding verschijnen, aan een beteekening zoo gedaan gevolg geven. Bij hen zelve kan toch wel geen onbekendheid bestaan omtrent de hoedanigheid van erfgenaam. Daarenboven het bloot bestaan van een geheel van baten en lasten, verplicht en verbindt slechts hen die het geheel als zoodanig bezitten, anderen kan het slechts baten, niet schaden, ten zij waar het, bij de gemeenschap, middellijk tegen hen terugwerkt.

En deze afwijkingen van het gemeene regt, in het erfgenaamschap, niet in de gemeenschap ligt haar grond. Zij gelden toch evenzeer, waar slechts een persoon erfgenaam is, al worden, waar het geheel aan twee of meer personen behoort, andere nog en meerdere regelen van het gemeene regt teruggedrongen of gewijzigd.

VII.

Uitwinning.

Bij uitwinning geschiedt ter overwinning van mijn onwil en wederstand door het geregt of zijn beambten wat ik zelf en uit eigen beweging had kunnen en behooren te doen. En dit zoowel, waar door den sterken arm een zaak uit mijn bezit in dat van een ander wordt overgebracht, of iets gedaan of daargesteld, of het gedane en daargestelde vernietigd, als waar wat mij toekomt te gelde wordt gemaakt, en uit de opbrengst de schuld gekweten.

Langs welken weg echter en in welken vorm geschiedt die te gelde making en kwijting door het geregt?

Verhaalbaarheid op hetgeen tot het vermogen van een bepaald persoon, den schuldenaar, behoort is hoofdgedachte en grondbeginsel van het begrip van schuld. Maar meer ook brengt dit begrip niet mede. Door het vestigen eener schuld ontneemt zich de schuldenaar de bevoegdheid niet, gelijk regt aan anderen toe te kennen, nieuwe schulden aan te gaan. Evenmin doet hij daardoor afstand van het regt om over hetgeen tot zijn vermogen behoort te beschikken, al wordt dit daardoor aan het verhaal van den schuldeischer onttrokken. Door het ontstaan der schuld verkrijgt nog de schuldeischer het regt niet eenig bestanddeel van des schuldenaars vermogen te verkoopen, en, onder verpligting tot rekening en verantwoording en uitkeering van het overschot, zich zelve uit de opbrengst te betalen. Deze drie elementen, verhindering van dat onttrekken aan het verhaal, uitsluiting van andere schuldeischers, bevoegdheid tot verkoop ten eigen bate, aan het begrip van schuld vreemd, vereenigt het pandregt alle in zich.

Kon de schuldenaar zoodanig pandregt den schuld-

eischer uit eigen beweging toekennen, waar hij het nalaat, waar de schuld niet wordt voldaan, is het deze weg, deze vorm, die ter overwinning van onwil en wederstand wordt gekozen. De sterke arm, het geregt verschaft den schuldeischer een regt aan dat van pand verwant en gelijksoortig. Oudtijds heette dit regt dan ook «genomen pand» in tegenstelling tegen «gegeven pand» wat de schuldenaar zelf en vrijwillig afstaat. En ook het pignus in causa judicati captum van het Rom. R. stemt hiermede overeen.

Bij verpanding zoowel als bij uitwinning erlangen dus de schuldeischers een eigen zakelijk regt, een deel van het regt van weer, zonder dat daardoor echter het zakelijk regt het eigendom van den schuldenaar verloren gaat. Dit geschiedt eerst door den verkoop en de overdragt der zaak aan den koper. Tot zoolang zijn alle beschikkingen van den schuldenaar over de zaak in beginsel geheel rechtsgeldig. Alleenlijk verbinden zij de pandhebbende of uitwinnende schuldeischers niet, art. 1424, 1470 B. W., 505 B. R.

Die ontneming aan den schuldenaar van de bevoegdheid, om ten nadeele van de schuldeischers over de zaak te beschikken behoort alleen tot het wezen van het pandregt, geenszins de ontneming van beheer, genot en bezit. Gelijk bij hypotheek behoudt de schuldenaar bij uitwinning van enkele voorwerpen zijn beheer, genot en bezit. Main de justice ne dessaisit personne heette het oudtijds in Frankrijk. Er worden alleen maatregelen genomen, bewaarders gesteld, om te verhinderen dat de zaak, waarvan de schuldenaar voorshands *en* eigenaar *en* bezitter *en* houder blijft, feitelijk aan de vervolging der schuldeischers worde onttrokken of in waarde verminderd.

Maar twee elementen die bij vrijwillige verpanding steeds gelijktijdig ontstaan en immer vereenigd zijn,

worden bij uitwinning van enkele goederen gescheiden en treden het ééne eerst veel later dan het andere in leven en werking. Door iedere uitwinning verliest dadelijk als bij verpanding de schuldenaar zijn regt van beschikking. Maar de uitsluiting van andere schuldeischers, die bij verpanding dadelijk in werking treedt, geschiedt hier eerst bij beslag onder derden op het tijdstip van 't vonnis van afgifte, art. 754 B. R., bij beslag op roerend goed, art. 457, onroerend goed 505 e, 536, schepen, art. 578, op het tijdstip van den verkoop, op het eigen oogenblik dus, dat de in beslag genomen zaak in geld of geldvordering wordt verwisseld, waarop het regt van de uitwinnende schuldeischers overgaat.

Bij uitwinning van een geheel vermogen, bij faillissement of kennelijk onvermogen, vallen die beide tijdstippen, dat, waarop de schuldenaar het regt om over eenig bestanddeel van zijn vermogen te beschikken verliest, en dat waarop andere schuldeischers, dat is, daar de uitwinning ten voordeele van alle die destijds een verkregen regt van schuld bezitten geschiedt, latere schuldeischers worden uitgesloten, wederom in een, art. 770 K. Daarenboven verliest hier de schuldenaar op dat tijdstip ook onmiddelijk zijn beheer, bezit en genot. En zoo nadert wat bij uitwinning van een geheel vermogen door dwang geschiedt, tevens zeer aan hetgeen vrijwillig plaats vindt bij boedelafstand, aan hetgeen dus de schuldenaar daardoor vrijwillig kan tot stand brengen. In beide gevallen gaat op de schuldeischers een regt over op alles, wat tot het vermogen van den schuldenaar behoort, om behoudens zijn eigendom en ondergeschikt aan de verplichting om rekening en verantwoording te doen, en het overschot uit te keeren, alles te gelde te maken, zich uit de opbrengst te betalen en tot dit plaats heeft den boedel te beheeren.

Als bij verpanding, bij boedelafstand, gaat er dus

door de uitwinning regt over van den schuldenaar op den schuldeischer. Zijn de schuldeischers meerderen in getal, hetzij door dat zich andere schuldeischers door verzet tegen de afgifte der kooppenningen, art. 457, 536 en 578 B. W., of door gelijk beslag onder den derde art. 754 B. Rv., aan den uitwinnende schuldeischer aansloten, hetzij dat een geheel vermogen ten voordeele dus van alle schuldeischers uitgewonnen wordt, dan ontstaat er tusschen hen een gemeenschap. Op dezelfde zaak hebben dan alle een regt, in inhoud en kracht, naar aard en tijd gelijk. Hun onderlinge verhouding daarbij wordt bepaald door de evenredigheid van het bedrag van ieders vordering tot dat van die der anderen. Voor de bepaling van dat bedrag en van die verhouding, voor de opheffing der gemeenschap zijn bijzondere regelen en vormen voorgeschreven. En die gemeenschap kan als zoodanig haar schulden, vorderingen en verplichtingen hebben. De union des créanciers van het Fransche regt, art. 527 C. de Comm., is slechts deze gemeenschap door de geregelde inrigting die zij ontving, tot maatschap geworden.

Zijn schulden verhaalbaar op alle bestanddeelen van het vermogen zonder onderscheid, en op ieder bestanddeel daarvan afzonderlijk, en verwezenlijkt de uitwinning slechts die verhaalbaarheid, de schuldeischers kunnen hun regt op hetgeen tot het vermogen behoort, niet anders verkrijgen dan als op enkele voorwerpen, dan als op afzonderlijke bestanddeelen van het vermogen, nimmer als op een geheel. En in dit opzigt is er geen onderscheid tusschen de uitwinning van een geheel vermogen en die van enkele bestanddeelen daarvan. De eerste omvat slechts meer voorwerpen dan de laatste. Bij de eerste geschiedt in eens, waartoe bij de laatste zooveel inbeslagnemingen noodig zijn als er goederen zijn.

Van daar dat buiten 's lands zich bevindende goederen
Themis, D. III, 2de St. [1856].

voor zoo ver niet tractaten of op de *comitas gentium* gegrond vast gebruik, het tegendeel medebrengen, niet door de uitwinning in massa bij faillissement of kennelijk onvermogen getroffen worden. STORY, on the conflict of Laws n°. 403 sq., verg. nog v. SAVIGNY, System VIII, p. 287 sqq., FOELIX, droit internat., 2de uitg. p. 528 sq.

Maar van daar vooral dat een geheel van baten en lasten tegenover de uitwinnende schuldeischers als zoodanig niet bestaat, zich in hun handen als 't ware ontbindt. Ook de baten daarvan worden het onderwerp van de regten van alle schuldeischers, worden eenvoudig tot de massa gebracht. Zij wier schulden de lasten uitmaken van het geheel worden als gewone schuldeischers eenvoudig deelgenooten in het gemeene regt, dat door uitwinning de schuldeischers op hetgeen tot het vermogen van den schuldenaar behoorde, verkregen. Alleen toegekende voorrang, art. 318 K., of wel regten van derden die geen schuldeischers zijn, de deelgenooten b. v., kunnen dat geheel van baten en lasten zamenhouden, en ook tegen de uitwinnende schuldeischers doen werken.

Wij zagen van welken aard het regt is, dat de schuldeischers door uitwinning verkrijgen. Maar op welke goederen verkrijgen zij dat regt, wat omvat hun regt?

Uitwinning is de uitoefening van het verbaal dat van het regt van schuld hoofdgedachte en grondbeginsel uitmaakt. Door de uitwinning kan dus geen verder regt worden verkregen dan dit regt van schuld reikt. Sluit het nu gelijk regt van anderen niet uit, ontnemt het geen regt van vervreemding en beschikking, het brengt slechts de verhaalbaarheid mede op hetgeen tot het vermogen van den schuldenaar behoort, dat is op hetgeen waarover hij regtens mag beschikken in eigen naam niet alleen, maar tevens ten eigen behoeve.

Roerende goederen die de schuldenaar met inwilgiging van den eigenaar in zijn bezit heeft, zonder regt

te hebben daarover te beschikken, kunnen in handen van de schuldeischers gereclameerd worden. Kunnen zij het niet in handen van hem wien zij vrijwillig werden verpand of verkocht, het is omdat de aard van het regt van dezen ieder ander regt uitsluit, en die aard van hun regt gesterkt door bezit tegenover ieder als volkomen titel geldt. Het regt daarentegen der schuldeischers, alleen geldende voor hetgeen waarover de schuldenaar regt heeft van beschikking, sluit het regt niet uit van hem die den schuldenaar, zonder hem regt van beschikking toe te kennen, zijn goed toevertrouwd, maar dwingt hen veeleer dit te erkennen. Is het Germ. R. blijkbaar uitgegaan van de beschouwing, dat, wat men deeling noemt van het regt van weer, op roerende goederen niet kon worden toegepast, zoodat hij die inwilligde in de feitelijke overgifte der zaak, steeds zijn regt van weer, zijn zakelijk regt verliest, en niets dan persoonlijke vorderingen kan bezitten tegen hem dien hij haar afstond, verg. *Bijdragen* 1851, p. 296 sq. en de daar aangehaalde schrijvers, ook bij panning, bij uitwinning door schuldeischers moesten de uitleener en bewaargever b. v. niet kunnen reclameren, maar eenvoudig tot concurrente schuldeischers worden. En het ontbreekt dan ook niet aan oude regtsbronnen die dit als geldig regt voordragen, ALBRECHT, die Gewere, p. 92 sq. Maar laat reeds de *Saksenspiegel*, althans zoo meen ik, de reclame het aanvang, met zijn eigenaardige vormen toe, tegen leener en bewaarnemer, ook tegen de uitwinnende schuldeischers werd zij reeds vroeg vergund, ALBRECHT *ibid.*

Maar zelfs waar de schuldenaar in eigen naam beschikken mogt, maar die vrije beschikking hem alleen werd toegestaan ten behoeve van den eigenaar, sluit de aard van het regt van de schuldeischers, dat niet verder gaat dan het vermogen van den schuldenaar reikt, de regten dier eigenaars niet uit, en is dus onder de schuldeischers

de reclame geoorloofd. Zoo mag en moet de commissi-
onnair in eigen naam verkoopen wat de eigenaar hem
toevertrouwt, doch slechts ten behoeve van dezen. En
daarom wordt onder zijn schuldeischers gereclameerd
art. 240 Kooph. Hetzelfde geldt van den stillen (com-
manditair) vennoot. In het Engelsch regt daarentegen
kan, reeds krachtens statuut 21 James I. 19 § 11, althans
bij uitwinning van een geheel vermogen, onder de schuld-
eischers niet worden gereclameerd al hetgeen, waarvan
de ware eigenaar den schuldenaar het bezit liet of afstand
en hem tevens daarover vrije beschikking gaf, STEPHEN II,
p. 206 sq., Gow, partn. p. 271 sqq., STOKY, partn.,
p. 559 sqq. Gelijke uitzondering bestaat bij ons ten aan-
zien der huwelijksgemeenschap. Bij uitwinning tegen
den man gerigt, kan de vrouw haar regt in de gemeen-
schap niet doen gelden.

Ook waar voor de overdragt van regten tusschen de
handelende partijen zelve minder gevorderd wordt dan
tegenover derden, d. i. die krachtens aard en inhoud
van het regt dat zij bezitten, de hun tegengeworpen
handeling niet behoeven te eerbiedigen, kan de zaak
onder de schuldeischers die haar uitwinnen, gereclameerd
worden, ook wanneer hetgeen noodig was om de over-
dragt tegen derden te doen werken, in Frankrijk b. v.,
naar de wet van 23 Maart 1855, de overschrijving, niet
had plaats gehad, art. 3 dier wet, en daaromtrent BRES-
SOLLES, in *Recueil de Vacad. de législ. de Tou-
louse*, 1855, p. 362. Dan toch behoort reeds de zaak
niet meer tot het vermogen van den schuldenaar, mag
hij daarover niet meer beschikken, haar niet meer ten
eigen behoeve aanwenden.

Wat ik zeide omtrent aard en wezen van het regt
van schuld, kan ook ter beantwoording strekken der
zooveel besproken vraag: of de schuldeischers onder de
derden behooren, tegen wie de dagteekening van onder-

handsche stukken, zonder van elders gestaafd en verzekerd te zijn, bewijs oplevert. Slechts ten aanzien van die handelingen van mijn voorganger ben ik derde, die aard en inhoud van het mij afgestane regt mij niet verplichten te erkennen, die dus met zin en beteekenis van dien afstand in strijd zijn. In dien afstand zelven ligt dus de verklaring van den voorganger, dat hij zulke handelingen niet heeft gepleegd, dat hij b. v. niet vroeger zijn regt aan anderen overdroeg. Wordt mij evenwel later zoodanige handeling tegengeworpen, omtrent haar juiste tijdstip waarvan de geldigheid van mijn regt afhangt, behoef ik het onderhandsch geschrift van mijn voorganger, in strijd met zijn eigen handeling, alleen en op zich zelve niet te gelooven. En waar is het dan ook dat in ons regt, en nu ook in België en in Frankrijk, bij de wijzigingen gebragt in het stelsel van regtsovergang, de kring waarin die verzekering der dagteekening werken kan, zeer werd beperkt. Maar in al geval ligt, ook naar den Code, de uitwinning door schuldeischers verre daar buiten. Niet alleen toch geeft het aangaan der schuld den schuldeischer geen grond om te veronderstellen, dat toen geen andere schulden bestonden, maar de eigen aard van het regt dat hij erlangt, verplicht hem *en* schulden *en* vervreemdingen van later dagteekening te erkennen.

Kan het regt van hem wien de schuldeischers de zaak verkoopen, soms krachtiger van aard en uitgebreider van inhoud zijn, dan het regt was van den uitgewonnen schuldenaar, men zie daarin geen uitzondering op, veelmin een grond tegen het door mij beweerde. De zaak toch bevindt zich dan niet meer in handen der schuldeischers, over wier regt alleen ik sprak, maar in de derde hand. Dat deze voor den aard van zijn regt, zoo die door bezit wordt gesterkt, van het regt van zijn voorganger onafhankelijk is, geldt voor roerende goederen

bij vrijwilligen zoowel als geregtelijken verkoop. En dat de laatste krachtiger werkt dan de eerste voor de zuivering van pandregt op onroerend goed, en voor de vernietiging van alle zakelijk regt op schepen, heeft zijn eigenaardigen historischen oorsprong en vindt in de meerdere openbaarheid der handeling zijn regtvaardiging.

Uit aard en wezen van schuld zoowel als van uitwinning volgt dus, dat bij uitwinning de schuldeischers geen meer regt verkrijgen dan de schuldenaar bezat, en dat de tegen hem gerigte uitwinning tegen derden niet anders werken, hen niet verder verbinden kan dan zijn vrijwillige handelingen. De juistheid dier gevolgtrekking zal misschien in het algemeen door niemand worden betwijfeld. En toch wordt zij in haar toepassing op de gemeenschap veel en zeer miskend. Voor en alee die toepassing te maken, meende ik daarom die gevolgtrekking zoo krachtig mogelijk te moeten staven. En daartoe het misschien te uitvoerig betoog, de misschien te breede ontwikkeling.

In verband tot gemeenschap wil ik eerst de uitwinning van enkele goederen, dan die van een geheel vermogen behandelen.

A. Uitwinning van enkele goederen.

De uitwinning kan in verband komen met gemeenschap, door dat: 1°. de schuld waarvoor, 2°. de goederen waarvan de uitwinning geschiedt, of wel 3°. beide gemeen zijn.

1°. Uitwinning voor gemeene schulden van bijzondere goederen van een der deelgenooten.

De schuld der gemeenschap is de gemeene schuld van alle deelgenooten, kleeft op het vermogen van ieder der deelgenooten. De schuldeischer kan haar dus steeds op hun bijzonder vermogen verhalen. Maar waar de schuldplitsing werkt, geschiedt dat verhaal op ieders vermogen voor zijn aandeel, en wel, hoe verschillend

ook de onderlinge verhouding zij der deelgenooten, steeds voor gelijke aandeelen, tenzij bij overeenkomst met den schuldeischer of bij de wet een andere evenredigheid is bepaald. Hoofdelijke of ondeelbare gemeene schulden daarentegen worden voor het geheel ook op ieders bezonder vermogen verhaald. Hieromtrent echter verdient nog een bezonderheid vermelding. Wanneer bij uitwinning voor zoodanige schulden tegen een der schuldenaren de schuldeischer slechts gedeeltelijke betaling erlangt, kan hij zich bij de uitwinning tegen een medeschuldenaar wederom voor het geheel, niet bloot voor het nog onvoldane doen plaatsen. Alleen door werkelijke betaling mag hij, het reeds ontvangene medegerekend, niet meer ontvangen dan het volle bedrag zijner vordering. De gedeeltelijke voldoening was niet de betaling der schuld, die hem niet dan in eens en voor het geheel mag worden opgedrongen. Zij was geen wijziging der bestaande regtsbetrekking, want de schuldeischer stemde niet toe. Hij behoudt dus onverkort en onverminderd zijn volle regt tegen ieder schuldenaar, al mag hij natuurlijk niet meer ontvangen dan hem toekomt. Dit is echter niet alleen bij gemeene hoofdelijke of ondeelbare schulden het geval, maar overal waar de schuldeischer dezelfde zaak ten volle en voor het geheel van meerderen vorderen kan, bij schulden zoowel bloot eenzelvig van onderwerp als bij eenzelvige schulden gemeen of niet gemeen, artt. 198, 199, 878, 879 K. H.

2°. Uitwinning van hetgeen tot de gemeenschap behoort voor bezondere schulden van een der deelgenooten.

Ook hetgeen hij in gemeenschap met anderen bezit behoort tot het vermogen van den schuldenaar, en daarop kleven en drukken ook zijn bezondere schulden. Maar de uitwinning kan tegen derden niet anders werken, hen niet verder verbinden dan de vrijwillige handelingen van hem, tegen wien zij gerigt wordt. De overige deel-

genooten nu worden niet verbonden door de handelingen, waardoor een hunner het gemeene regt uitoefent, over de gemeene zaak beschikt, en kunnen daarvan de werking beletten, stuiten of verijdelen. Ook de uitwinning dus voor de bezondere schuld van een der deelgenooten en die dus tegen dezen alleen wordt gerigt, verbindt de overigen niet, kan door hen worden belet, gestuit of verijdeld.

Zoo wordt dan ook aan de bezondere schuldeischers van een der deelgenooten verboden, in art. 492 B. R. een aandeel in de onroerende goederen der gemeene nalatenschap ter koop aan te slaan, in art. 583 B. R. het gemeene schip in beslag te nemen of te verkoopen. Maar aard en wezen der gemeenschap dwingen dat verbod van beslag zoowel als van verkoop op alles toe te passen, wat uit welken hoofde ook gemeen is. Ofschoon ook art. 2205 C. N., waaruit ons art. 492 B. R. werd overgenomen, alleen zegt: «la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente,» wordt thans geloof ik in Frankrijk algemeen de ongeoorloofdheid aangenomen van het arrest zoowel als van den verkoop van onroerend goed, dat uit welken hoofde ook gemeen is, CHAUVEAU op CARRÉ, Q, 2198, 2^o. § III, n^o. 1, 1^o. en 3^o. en de daar aangehaalde schrijvers en arresten. PIGEAU strekt dit ook uit tot renten, naar Fransch regt steeds roerend goed, maar wordt bestreden door CHAUVEAU op CARRÉ Q, 2126, 3^o. Ook beweert CHAUVEAU Q. 1951, 2^o. § IV, dat de werking van een beslag onder derden op een gemeene vordering van de uitkomst der scheiding afhankelijk is, en neemt dus blijkbaar de geoorloofdheid daarvan aan. Eindelijk leert CARRÉ uitdrukkelijk Q. 1992—1994 en CHAUVEAU keurt die leer goed, dat gemeene roerende goederen in beslag kunnen worden genomen. Maar de andere deelgenooten kunnen zich tegen den

verkoop verzetten, door de reclame in te stellen, «demande,» zegt hij, «qui exige nécessairement que le partage soit effectué.» Dus wel den verkoop, niet het beslag zouden de deelgenooten kunnen beletten. Zal dan dat beslag hun regten en belangen niet aanranden en verkorten, zal het stellen van een bewaarder hen in hun vrij beheer niet belemmeren? Alle gronden, die bij gemeen onroerend goed beslag ongeoorloofd doen achten, gelden evenzeer of eindelijk meer nog bij roerende goederen. De storing en verhindering toch, die de deelgenooten door een beslag in hun regt van beheer, gebruik en bezit der zaak ondervinden, is bij onroerende goederen minder dan bij alle andere. En waartoe zal die geoorlooftheid van 't beslag alleen bij roerende goederen dienen? Moet steeds de scheiding den verkoop voorafgaan, zal het beslag alleen blijven kleven op hetgeen den beslagene wordt toebedeeld, het bedrag en de waarde der roerende goederen die hem toegescheiden worden, zoo gering mogelijk te doen zijn, zal in den regel gemakkelijker genoeg wezen, en de geneigdheid daartoe door het voorafgaand beslag niet verminderd zijn geworden.

Onbeperkt en onbepaald moet het dus, meen ik, gelden, dat de uitwinning van enkele voorwerpen, die tot de gemeenschap behooren, gerigt tegen een der deelgenooten, de overige niet verbindt, door hen ten allen tijde kan worden belet, gestuit, verijdeld, of eenvoudig als niet geschied beschouwd. Maar ook de schuldenaar, de deelgenoot, tegen wien de uitwinning gerigt is kan zich tegen haar, tegen arrest en verkoop verzetten. Zijn alle handelingen van een der deelgenooten met een derde in beginsel rechtsgeldig en tussehen hen volkomen verbindend, gedwongen kunnen zij daartoe niet worden. Regtens kan het van den schuldenaar niet gevergd worden, dat hij zich een uitwinning laat welgevallen, zoo onzeker en wisselvallig in haar werking en gevolgen, en

die daardoor, door den invloed die dit op den uit te loven kooprijs moet hebben, voor hem een zeker en dadelijk nadeel medebrenkt. Vrij algemeen wordt dan ook den schuldenaar zelve het regt toegekend, zich tegen de uitwinning, arrest en verkoop beide te verzetten. CHAUVÉAU op CARRÉ, Q, 2198, 2°. § III, I, 4°. Maar doet hij dat verzet niet, berust hij in de tegen hem alleen gerigte uitwinning van gemeene voorwerpen, dan wordt die uitwinning, als andere beschikkingen van hem alleen over de gemeene zaak, voor hem volkomen verbindend, tegen hem geheel regtsgeldig.

Tegen de uitwinning van het aandeel in de gemeenschap van een der deelgenooten in zijn geheel en zoo als het ten tijde der uitwinning bezeten wordt, hiertegen zouden de andere deelgenooten zich niet kunnen verzetten. Gelijk de deelgenoot zijn aandeel zonder wisselvalligheid en met dadelijk gevolg kan verkoopen, zouden ook de schuldeischers het van hem kunnen uitwinnen en aan anderen overdragen. Alleen zou men misschien wegens de oneffenheid van het te koop aangeboden, wegens de onzekerheid van zijn waarde en bedrag, en wegens de vrees, dat dit de koopers terug zou houden, in het belang dus van den uitgewonnen schuldenaar zelve en alleen zoodanige uitwinning bedenkelijk kunnen vinden. Maar, misschien met die bedenking zamenhangende, bestaat er tegen die uitwinning een andere meer zekere en meer vaste grond. Zij past niet in de vormen van ons procesregt. Wij hebben vormen voor de uitwinning van enkele goederen, van goederen in het bezit van den schuldenaar, roerend of onroerend, schepen of renten, van goederen buiten het bezit van den schuldenaar, het beslag onder derden. Wij hebben vormen voor de uitwinning van een geheel van baten en lasten, maar slechts zoo dit geheel het geheel vermogen uitmaakt van den schuldenaar. Voor de uitwinning daarentegen

van een geheel van baten en lasten dat niet een geheel vermogen is, van goederen die zich zoowel in als buiten het bezit van den schuldenaar bevinden, daarvoor kent ons regt de vormen niet. De regtspraak in Frankrijk heeft dan ook beslag op het aandeel van een der deelgenooten in de gemeene erfenis ongeldig verklaard. Wel wordt de geldigheid van zoodanig beslag verdedigd door CHAUVEAU op CARRÉ, Q. 1924. 2^o., 5^o. Maar ik vrees, dat hij zich de zaak niet duidelijk heeft voorgesteld. Wordt toch, gelijk hij schijnt te willen, het beslag onder de deelgenooten als derden gelegd, dan is dit immers steeds een beslag, niet op het aandeel in de gemeenschap, op het geheel dat dit als zoodanig vormt, niet een beslag op roerend of onroerend goed, maar een beslag alleen en uitsluitend op de vorderingen van geld of goed die de beslagene tegen zijn deelgenooten heeft. En of zoodanig beslag geoorloofd is, dit is toch een geheel andere vraag. Ik kom op haar later terug.

Geen aandeel in de gemeenschap kan dus in beslag genomen worden. Maar daarentegen kan ieder schuldeischer van een der deelgenooten steeds de scheiding vorderen der gemeenschap. Dit regt wordt in art. 2205 C. N., art. 492 B. R., als tegenwigt vermeld tegen het verbod van uitwinning van gemeene goederen. En neemt men thans algemeen aan, dat dit verbod in die artt. slechts voor een bepaald geval is erkend, maar in veel ruimer omvang geldt, dan moeten ook in dien zelfden omvang de bijzondere schuldeischers van den deelgenoot het regt hebben de scheiding te vragen. Onder die schuldeischers worden ook algemeen de regtverkriggende begrepen, alle dien een zakelijk regt op de gemeene zaak door een der deelgenooten werd afgestaan, verg. b. v. de arresten vermeld bij PAILLIET op art. 884 C. N. Men zal in 't algemeen onder die bijzondere schuldeischers allen moeten verstaan, die eenig regt alleen tegen een der

deelgenooten kunnen doen gelden, hetzij op zijn geheel vermogen, hetzij op de gemeene zaak. Want van hem die een zakelijk regt erkent, of bij vonnis gedwongen wordt te erkennen, is de voldoening aan dat zakelijk regt tevens inhoud van persoonlijke verplichting.

Dit regt van bijzondere schuldeischers om de scheiding te vorderen heeft in onze geschrevene wet niet die ontwikkeling gevonden die het verdiende.

De bijzondere schuldeischers mogen de scheiding *vorderen* zegt art. 492 B. R., *provoquer* art. 2205 C. N. Art. 1446 C. N. op den algemeenen regel een uitzondering vaststellende zegt: «*les créanciers personnels de la femme « ne peuvent sans son consentement demander la séparation de biens.*» De schuldeischer heeft dus het regt te vorderen, eisch te doen, niet dat de scheiding gevraagd worde, maar dat de scheiding worde daargesteld. En die vordering bezit hij niet alleen tegen zijn schuldenaar, want deze zou alleen de scheiding kunnen vragen, maar tegen de deelgenooten alle en gezamenlijk, die alleen de scheiding kunnen daarstellen.

Indien, nadat ten verzoeke van den schuldeischer de scheiding bij vonnis is bevolen, de deelgenooten nalatig blijven haar tot stand te brengen, zullen de middelen van bedwang die art. 1117 B. W. aanwijst, wel niet kunnen worden aangewend. Die middelen toch veronderstellen blijkbaar, dat het een deelgenoot is die de scheiding vordert en vervolgt. In den regel zal dus wel de schuldeischer zijn toevlugt moeten nemen tot het vragen van alle deelgenooten, op grond van art. 1275 B. W., van vergoeding van kosten, schaden en interessen. En daarvan zal het bedrag zijner schuld het eerste element zijn. Was de verplichting om tot scheiding over te gaan een gemeene verplichting van alle deelgenooten, als de verantwoordelijkheid die zij medebrengt ondeelbaar van aard, ook die vergoeding zal van alle deelgenooten de

gemeene schuld worden, en tevens voor het geheel de bezondere schuld van die deelgenooten, aan wier opzet of schuld het niet tot stand komen der scheiding te wijten is verg. boven p. 82 sqq.

Overbodig zal het wel zijn hierbij te voegen, dat waar den deelgenoot de bevoegdheid om scheiding te vragen door beding werd ontzegd, art. 1112 B. W. ook zijn schuldeischers die niet kunnen vorderen.

Dit regt van de bezondere schuldeischers om de scheiding te vragen, moet dus beschouwd worden niet als een middel om een regt te handhaven en te vervolgen, maar als een middel om een hinderpaal tegen die handhaving en vervolging uit den weg te ruimen. De strekking en beteekenis van dit regt zijn in zooverre dezelfde, als die van de *actio ad exhibendum* van het Rom. R.

Dit regt had onder het Fransche regt meer waarde voor den schuldeischer. Hij had toch daarnevens het regt om te vorderen bij iedere werkzaamheid der scheiding tegenwoordig te zijn, verzet te doen tegen de scheiding buiten zijn tegenwoordigheid, art. 882 C. N. In ons B. W. van 1830, art. 1150 werd die bevoegdheid beperkt tot den schuldeischer, die op de te verdeelen goederen hypotheek heeft. Geheel verviel die bevoegdheid bij de herziening na 1830. En zoo is dan thans hier bij ons ieder maatregel ter voorkoming van bedrog vervallen, alles tot het gewone regt der Pauliana terug gebracht. Zeker ook in vele andere gevallen bestaat die afhankelijkheid van de latere handelingen van hem die zich verbond, die regten afstond. Maar bij de scheiding is deze persoon veelal verwant of anders naauw verbonden met hen, met wie hij ter verkorting der regten van zijn schuldeischer of regtverkrijgende kan zamenspannen. Daarenboven zijn hier de onderlinge betrekkingen veelal zoo ingewikkeld, dat een derde die niet bij alles wat voorviel, tegenwoordig was, gepleegd bedrog

wel niet zal kunnen ontdekken veel minder bewijzen. En dat door dit alles bedrog hier meer dan elders te duchten is, heeft meen ik de ondervinding na 1838 genoeg geleerd. Dat grooter gevaar van bedrog schijnt dan ook hier een maatregel ter voorkoming daarvan genoegzaam te regtvaardigen, vooral een maatregel zoo zacht als die van het Fransch regt, die niet verder ging dan althans eenige mogelijkheid te geven om te weten, dat er bedrog werd gepleegd. Dat men hem bij ons deed vervallen was hoofdzakelijk om inmenging van vreemden in familie zaken en geheimen te beletten. Een redenering vreemd althans in den mond van hen, die de naasting ophieven van het verkochte aandeel in de erfenis.

3°. Uitwinning van gemeene goederen voor gemeene schulden.

Wordt de uitwinning tegen alle deelgenooten gerigt, dan worden alle als door hun gezamenlijke handelingen daardoor verbonden, kan de uitwinning door niemand hunner worden belet, gestuit of vrijdeld. Ook de schuldsplitsing die deelgenooten bij verhaal op hun eigen vermogen zouden kunnen doen gelden, kan bij uitwinning van gemeene goederen niet worden ingeroepen. Zelfs daar niet waar de schuldsplitsing een andere evenredigheid volgt dan die, waarin die deelgenooten tot de baten en voordeelen der gemeenschap gerechtigd zijn, dan die hun onderlinge verhouding bepaalt. De schuldsplitsing toch werkt niet, kan niet worden ingeroepen waar met of tegen alle deelgenooten te zamen behandeld wordt. Daarenboven het zakelijk regt, of in 't algemeen het regt, dat uitgewonnen wordt, heeft ieder der deelgenooten in vollen en gelijken omvang. Art. 492 en 583 B. R. verbieden dan ook uitwinning van gemeen erfgoed, van het gemeene schip slechts aan de personele schuldeischers van den medeerfgenaar, aan de schuldeischers van den medereeder, in geen deele aan de gemeene schuldeischers

der erfgenamen, der reeders. Deze meer gercede, meer gemakkelijke, meer veilige wijze waarop de gemeene schuldeischer de onverdeelde baten der gemeenschap uitwint, bedoelt art. 1147 B. W. bij de woorden: «onverminderd de regten der schuldeischers op de geheele nalatenschap zoo lang die nog is onverdeeld,» en art. 187 B. W. in die: «onverminderd het regt der schuldeischers op de gemeenschap.»

Ter handhaving van dit hun belang bij den onverdeelden toestand van de baten der gemeenschap, kent art. 1113 B. W. den gemeenen schuldeischers het regt toe, verzet te doen tegen de scheiding, totdat wat ten hunnen behoeve verschenen en op vorderbaar is voldaan zij. Wordt vóór die voldoening desniettemin tot scheiding overgegaan, dan is zij ten aanzien van den schuldeischer die verzet deed, nietig, verbindt hem niet. Hij kan dus de goederen, die verdeeld werden en in het uitsluitend bezit der enkele deelgenooten overgingen, in weerwil hiervan uitwinnen, alsof zij nog onverdeeld aan allen behoorden, de gemeenschap tusschen zijn schuldenaren nog bestond, verg. Asser, § 570.

De gemeene schuldeischers hebben dus dit vooruit boven de bijzondere schuldeischers, dat de uitwinning door hen van enkele voorwerpen die tot de gemeenschap behooren niet kan worden gestuit. Daardoor echter wordt aan hun schulden voorrang noch voorregt verzekerd. Hun schulden even als die van bijzondere schuldeischers drukken op het vermogen in zijn geheel van de schuldenaren. Wat hun regt besonders heeft bestaat alleen hierin, dat zij meerdere schuldenaren hebben, en dat dus hun schulden op het geheel vermogen van meerdere personen kunnen worden verhaald. Maken nu enkele voorwerpen te gelijk bestanddeelen uit van het vermogen van alle die personen, dan is daarvan een als het ware toevallig gevolg, dat deze door hen kunnen worden uitge-

wonnen, terwijl de schuldeischers alleen van een dier deelgenooten door de anderen worden teruggedreven. De grond daarvan dat de gemeene schuldeischers een bevoegdheid hebben die de bijzondere schuldeischers missen, ligt dus niet in het eigen regt van deze, maar in het regt der overige deelgenooten. En dit regt der overige deelgenooten, tegen het niet uitoefenen daarvan moge de schuldeischer der gemeenschap, als tevens hun schuldeischer zijnde, actione Pauliana kunnen opkomen, het zelf uitoefenen, het uitwinnen kunnen zij niet. Dit regt toch is slechts uitvloeisel der persoonlijke onderlinge betrekking, der deelgenooten en de ondergeschiktheid daaraan van het zakelijk regt. En die persoonlijke betrekking, krachtens welke de overige deelgenooten, en deze alleen, de handelingen met of tegen een hunner kunnen «breken» gelijk de Saksenspiegel het noemt, is het juist wat het aandeel van den deelgenoot uitmaakt. En dit kan, gelijk wij zagen, niet als zoodanig, als enkel voorwerp, worden uitgewonnen. Dat de bestanddeelen der gemeenschap, voor bijzondere schulden worden uitgewonnen van een der deelgenooten, kunnen dus alleen de overige deelgenooten beletten, geenszins de schuldeischers der gemeenschap. Zelfs kunnen, niet zij, maar alleen de overige deelgenooten verhinderen, dat aan een door hen begonnen uitwinning van goederen der gemeenschap, bijzondere schuldeischers zich aansluiten door verzet te doen tegen de afgifte der kooppenningen. Voor het zeker zeldzaam geval, dat zich de andere deelgenooten niet doen gelden en dien bijzonderen schuldeischer weren, is dan de verdeling van de door de uitwinning verkregen gelden niet vrij van moeilijkheid. Bij gebreke van ieder anderen grondslag ter bepaling van den tegenwoordigen stand der onderlinge verhouding tusschen de deelgenooten, zie ik geen anderen uitweg dan aan te nemen, dat ieder gelijkelijk in de gemeenschap geregtigd is. En op het aandeel dat zoo den

deelgenoot, wiens schuldeischer verzet deed, zou toekomen, zal dan deze concurreren met den gemeenen schuldeischer, in voege deze zijn schuld op het bijzonder vermogen van dien deelgenoot zou kunnen verhalen.

Zoo de schuld niet is een gemeene schuld, maar die van een der deelgenooten alleen, moet natuurlijk de uitwinning tegen hem alleen gerigt worden. Maar ook waar de schuld de gemeene schuld is van alle deelgenooten, kan de uitwinning zijn gerigt tegen een hunner alleen. Zoo indien slechts tegenover een der deelgenooten bij vonnis de degelijkheid der schuld werd erkend, waar dit voor de uitwinning werd vereischt, hetzij bij executoriaal beslag reeds vóór haar aanvang, hetzij bij het zoogenaamd conservatoir beslag, bij faillissement en kennelijk onvermogen vóór haar afloop, verg. *Bijdragen* 1851, p. 413 sq. Zoo evenzeer waar de omstandigheid, die de erkenning bij vonnis van de degelijkheid der schuld noodeloos maakt, slechts ten aanzien van een der deelgenooten bestaat, de notariële akte b. v. de aanslag op het kohier bij Rijks en plaatselijke belastingen, bij dijk- en polderlasten. Ook de handelingen zelve, die de uitwinning moeten voorafgaan, haar daarstellen of voltooijen, kunnen tegen een der deelgenooten alleen gerigt worden, de be-teekening b. v. het bevel of dwangbevel, het beslag, de verkoop. Evenzeer de handeling waardoor anderen zich aan een begonnen uitwinning aansluiten, het verzet tegen de afgifte der kooppenningen. De deelgenoot tegen wien, waarom of hoe ook, de uitwinning van hetgeen tot de gemeenschap behoort niet gerigt werd of kan worden, wordt door haar niet verbonden, kan haar ten volle en voor het geheel beletten, stuiten, verijdelen. En een in haar werking en gevolgen, zoo wisselvallige handeling behoeven zich ook de andere deelgenooten niet te laten welgevallen. Tegen over iederen deelgenoot als ware hij alleen eigenaar, moet dus alles voorhanden zijn, wat

tot de uitwinning wordt vereischt, en alle voorgeschreven vormen worden in acht genomen.

Maar ook hier vindt zijn toepassing, wat ik vroeger zeide omtrent handelingen met of tegen de deelgenooten alle, bloot onder den naam hunner gemeenschap. Ook de uitwinning dus kan *tegen* de deelgenooten alle eener erfenis, niet echter bij eenige andere eenvoudige gemeenschap, onder den naam hunner gemeenschap, onder dien van gezamenlijke erfgenamen vervolgd worden aan hun gemeenschappelijk domicilie, ten sterfhuize.

Ook nog een andere eigenaardigheid, die hoogere vormen van gemeenschap bezitten, komt in een bijzonder geval bij de uitwinning van goederen tot een eenvoudige gemeenschap behoorende voor. Een der deelgenooten kan de bevoegdheid, de eigenschap bezitten, dat even als de vrije handelingen van hem alleen, zoo ook de handelingen tegen hem alleen gerigt, alle overige deelgenooten verbinden. Zoo kan nu ook volgens art. 6 der wet van 22 Mei 1845, *Stbl.* n^o. 22, het gemeene erf voor de grondbelasting, de gemeene schuld van alle deelgenooten, worden uitgewonnen, uitsluitend tegen den alleen bekenden en ten kohier aangeslagene medeeigenaar.

Maar in beide opzigten werkt die als 't ware verhoogde kracht der gemeenschap, slechts zoover de gemeenschap reikt, zoover het onmiddellijk betreft zaken die gemeen zijn. De erkenning der gemeene schuld bij een tegen de gezamenlijke erfgenamen gewezen vonnis, verbindt ten volle alle deelgenooten voor zooverre de gemeene schuld, het onmiddellijk onderwerp dier handeling, betreft. En krachtens die erkenning bij vonnis, kan de schuld verhaald worden, zoowel op de gemeenschap als op het bijzonder vermogen der deelgenooten. Maar kunnen daarvoor op dezelfde wijze, als de schuld werd erkend, de goederen der gemeenschap worden uitgewonnen, zal die uitwinning tot het bijzonder vermogen van een der deel-

genooten worden uitgestrekt, dan moeten tegen dezen bepaaldelijk en met name, alle handelingen gerigt worden die tot de uitwinning behooren, haar voorbereiden, daarstellen of voltooijen. Volgens het aangehaalde artikel der wet van 22 Mei 1845, kan voor den aanslag in de grondbelasting, het erf ten name van den ten kohiere bekenden eigenaar worden uitgewonnen, maar kan in zijn bijzonder vermogen alleen deze, niet de andere deelgenooten worden vervolgd.

B. Uitwinning van een geheel vermogen.

Ook deze uitwinning kan tegen derden niet anders werken, derden niet verder verbinden dan de vrijwillige handelingen van den schuldenaar. Omvat zij alle bestanddeelen van zijn vermogen, ook die welke wegens hun besonderen aard en de voorgeschreven vormen, bij uitwinning van enkele goederen niet kunnen getroffen worden, en dus ook het aandeel in de gemeenschap, de schuldeischers, of voor hen de curator, verkrijgen geen meerder of verder regt, dan degene zou bezitten dien de schuldenaar vrijwillig zijn aandeel overdroeg. Van iedere handeling van den curator die hun regten aanrandt kunnen dus de overige deelgenooten de werking beletten of stuiten. De goederen der gemeenschap zullen dus door den curator niet kunnen worden verzegeld. Art. 794 K. H. schrijft dan ook de verzegeling der gemeenschap slechts voor, waar van de deelgenooten alle het geheel vermogen werd uitgewonnen. Ook zal de curator den deelgenooten bezit en genot niet kunnen ontnemen van de goederen der gemeenschap, veel minder die verkoopen. Scheiding alleen kunnen zij vragen van de gemeenschap.

Ook ten behoeve van de schuldeischers der gemeenschap heeft de uitwinning plaats van het geheel vermogen van een der deelgenooten, als zoodanig tevens hun schuldenaar. Ook zij worden dus voor hun schuld,

of waar de schuldsplitsing werkt voor het aandeel van den schuldenaar, geregigd in de gemeenschap die zich tusschen de uitwinnende schuldeischers vormt. De gemeene schuldeischers hebben dus ook hier boven de bezondere voorrang noch voorregt, maar alle staan als zoodanig volkomen met elkander gelijk. Wel is waar is het slechts het aandeel in de gemeenschap, waarop de schuldeischers als zoodanig regt verkrijgen, maar de band die dat aandeel als geheel zamenhoudt is niet het regt der schuldeischers, maar alleen dat der deelgenooten. Voor de schuldeischers is het geheel vermogen slechts een verzameling van baten, waarop zonder eenig onderscheid hun schulden kleven, en waarop zij daarom bij uitwinning van het geheel, alle gelijk regt verkrijgen.

Zelfs datgene vervalt wat gemeene schuldeischers feitelijk boven andere schuldeischers vooruit hadden. Konde gene niet deze voor hun schulden de onverdeelde baten der gemeenschap als enkele voorwerpen uitwinnen, waar eens het geheel vermogen is uitgewonnen, is geen uitwinning van enkele goederen meer geoorloofd, art. 771 K. H. en art. 889 B. Rv. En dit moet mijns inziens voor alles wat tot de gemeenschap behoort ook gelden waar slechts van een der deelgenooten het geheel vermogen werd uitgewonnen. Heeft ieder deelgenoot het zakelijk regt in vollen omvang ondergeschikt slechts aan zijn verplichtingen jegens de deelgenooten, dan behoort ook het zakelijk regt in vollen omvang reeds tot het uitgewonnen vermogen. Kan de schuld op de gemeenschap niet dan voor het geheel worden verhaald, voor een gedeelte althans daarvan had reeds uitwinning plaats. Daarenboven alle redenen die hier de uitwinning van enkele voorwerpen doen verbieden, bestaan in sterker mate nog, waar hij wiens vermogen werd uitgewonnen, ze met anderen in gemeenschap bezit, dan waar hij daarvan uitsluitend eigenaar is.

Scheiding te vorderen is dus het eenige wat door of voor de schuldeischers, gemeene zoowel als bijzondere na de uitwinning van het geheel vermogen van een der deelgenooten, ten aanzien der gemeenschap gedaan kan worden. Bij scheiding kan, behalve in geval van hypotheek, art. 1148*a* B. W. niemand der deelgenooten vorderen dat vooraf de schuld uit de gemeenschap worde gekweten. Steeds kan dus hier de curator beletten wat zijn dure pligt is te verhinderen, begunstiging van een der schuldeischers boven de andere. De scheiding wordt dus bloot een verdeeling van de baten der gemeenschap, en wat den uitgewonnen deelgenoot wordt toegescheiden wordt eenvoudig een gedeelte van de algemeene massa, waarop alle crediteuren gelijk regt verkrijgen.

Maar de onderlinge verhouding der deelgenooten, en het bedrag dat zij dientengevolge bij de scheiding ontvangen, wordt gewijzigd door hun nog onvoldane verplichtingen, nog ongekwetene vorderingen tegen de gemeenschap. En tot die vorderingen behoort ook de schadeloosstelling voor hetgeen, waarvoor de deelgenoot aansprakelijk is in eenige schuld der gemeenschap, verder dan hetgeen hij jegens de overigen verplicht is daarin bij te dragen. En dit onverschillig of die verdere aansprakelijkheid het gevolg is van de schuld zelve, van de wijze waarop zij tusschen schuldeischer en schuldenaar gesplitst wordt, dan wel van feitelijke omstandigheden, van de toebedeeling van een met hypotheek bezwaard erf, art. 1148*b*, of van het onvermogen van een der voor het geheel aansprakelijke medeschuldenaren, verg. art. 1880 2^o. B. W.

Zoo worden dan na de uitwinning van het geheel vermogen van een der deelgenooten de schuldeischers der gemeenschap geheel gelijk gesteld met zijn bijzondere schuldeischers. Maar natuurlijk slechts wat diens boedel betreft, want de schuldeischers der gemeenschap zijn en

blijven tevens en evenzeer de schuldeischers der andere deelgenooten. En in de uitoefening hunner regten tegen deze en op hun bijzonder vermogen brengt de uitwinning van het geheel vermogen van een hunner geen verandering hoegenaamd. Wordt van de deelgenooten alle het geheel vermogen uitgewonnen, zij treden in ieders boedel naar den aard der schuld op *of* voor een aandeel *of* voor het geheel, en in dit laatste geval, gelijk wij zagen, steeds voor het vol bedrag in weerwil van reeds ontvangen uitdeelingen uit sommige boedels. Alleen kan in dit geval bij de scheiding der gemeenschap, voor niemand der deelgenooten beweerd worden, dat hij door het onvermogen der anderen voor hoofdelijke of ondeelbare schulden in haar geheel feitelijk, alleen aansprakelijk werd, en daardoor gerechtigd tot een grooter aandeel in de baten en voordeelen der gemeenschap. Werkelijke betaling is het dus hier alleen die regt van verhaal tegen de deelgenooten zal geven. Zoolang zij niet is gevolgd, kan het bloot bestaan van hoofdelijke of ondeelbare gemeene schulden ter wijziging der onderlinge verhouding tusschen de deelgenooten, van geen werking zijn, en moet dus de scheiding geschieden zonder op die schulden te letten. Doet later een der boedels uitdeelingen, waarvoor de schuldenaar regt van verhaal tegen zijn deelgenooten zou hebben gehad, dat verhaal zal krachtens de subrogatie alnog in hun boedels kunnen worden uitgeoefend, hoewel de betaling na de uitwinning van het geheel vermogen geschiedde en de daardoor ontstane schuld eigenlijk van te jonge dagteekening is. De oorspronkelijke schuldeischer zal echter ook hier door die subrogatie niet mogen worden benadeeld, art. 1439 B. W.

Uit de Germaansche begrippen omtrent aard en wezen der gemeenschap, heb ik zoo regelen en beginselen trachten af te leiden, hun geldigheid en werking ook

bij haar laagste vormen aan te toonen. Bij haar hoogere vormen, bij maatschap en vennootschap, zijn die beginselen en regelen van meer veelvuldige toepassing, en worden bij ons en in Frankrijk, trots de tegenspraak van sommigen, vrij algemeen, geloof ik, erkend. In andere landen werden zij bij de lagere vormen van gemeenschap grootendeels verdrongen in Engeland door den invloed van het leenregt, in Duitschland door dien van 't Rom. R. Maar bij hoogere vormen, bij maatschap en vennootschap, bleven zij ook daar, onder de bescherming van de regten van bijzondere standen, gelden en werken, al wijzigde verschil van land en volk in sommige opzigten hun ontwikkeling.

VIII.

Betrekking der deelgenooten onderling.

Het regt van weer, het zakelijk regt, het regt op de goederen tot de gemeenschap behoorende, hebben de deelgenooten alle in vollen en gelijken omvang, ondergeschikt slechts aan hun onderlinge betrekking. Wat die onderlinge betrekking bepaalt, de grens die zij stelt voor belang, regt en verpligting van den enkelen deelgenoot, wordt dus niet, als bij deeling van het regt van weer bij vestiging van vruchtgebruik of erfpacht, in het zakelijk regt opgenomen, maar is en blijft eenvoudig persoonlijk verbindtenis.

Die persoonlijke regelen en verpligtingen der deelgenooten gelden voor den onverdeelden toestand van hetgeen tot de gemeenschap behoort, of wel betreffen den overgang daarin van bezonder vermogen of omgekeerd.

A. Tot het bloot gebruik en genot der gemeene zaak zijn alle deelgenooten ook tegenover elkander, zoo niet op bijzondere bedingen of omstandigheden rustende ver-

pligtingen deze bevoegdheid opheffen of beperken, in vollen omvang zelfstandig en ten eigen behoeve geregigd. Doch ook dit altijd slechts ondergeschikt aan de regten der deelgenooten, aan de gelijke bevoegdheid ook van ieder der anderen. De bestemming der zaak moet gehandhaafd blijven, gelijk genot en gebruik der zaak door de overige deelgenooten niet verhinderd worden. Geeft art. 709 B. W. den medeigenaar van gemeen water het regt daarin te visschen, te varen, zijn vee te drenken, water te scheppen, ook hij mag gelijk regt der andere eigenaren niet verhinderen, en van de zaak geen gebruik maken in strijd met haar bestemming. Zoo mag van gemeene voetpaden, dreven of wegen, naar art. 719 B. W., de bestemming, zonder medewerking van alle deelgenooten, niet veranderd worden, en zeker ook niemand hunner daarvan op een wijze gebruik maken, die gelijk gebruik door de anderen uitsluit. Overeenkomstig hun bestemming heeft bij gemeene muren ieder deelgenoot slechts het gebruik van de zijde die naar zijn erf is toegekeerd, en krachtig wordt, in art. 681 sqq., gewaakt tegen verkorting door dat gebruik van de gelijke regten van den deelgenoot. Verg. *PANDUSSUS, Servit.*, n°. 170 sqq.

Zoo dus art. 1676, n°. 2, B. W. bij de maatschap, in wier beheer niet werd voorzien, dit gebruik en genot der zaak aan ieder vennoot vergunt, mits onverkort de bestemming der zaak en behoudens gelijk regt der anderen, dan is dit slechts een uitvloeisel uit aard en wezen der gemeenschap, geldt ook bij haar laagste vormen. Dat gebruik en genot der zaak, door ieder der deelgenooten in haar geheel, zelfstandig en ten eigen behoeve, kan toch geen element zijn dat de gemeenschap eerst in den vorm der maatschap in zich opneemt. Want de gang der ontwikkeling is juist omgekeerd. Bij iederen hooger vorm dien de gemeenschap aanneemt, vermindert

de zelfstandigheid der enkele deelgenooten, vermeerderen de regten van het geheel waartoe zij behooren, van de gemeenschap. Die ontwikkeling openbaart zich in de bepalingen van de overige nos. van art. 1676. En op eenvoudige gemeenschap durf ik ze dan ook niet toepassen. Daarbij vervalt de grond, het vermoeden waarop die bepalingen rusten. Zoo wij bij 't aangaan eener maatschap nalaten in een zoo voor de hand liggende zaak als het beheer, te voorzien, het duldt geen andere uitlegging, dan dat wij op elkander rekenden en vertrouwden, elkander over en weer beheer opdroegen. Geldt die grond, dit vermoeden niet bij bloote gemeenschap, de daden van beheer van een der deelgenooten behoeven de anderen nimmer te eerbiedigen, maar kunnen ze steeds in haar werkking beletten of stuiten. En dit al hebben wij, de overige deelgenooten ons in tijds, zoolang de zaak in haar geheel was, art. 1676 n^o. 1, niet verzet, al gold het ook roerende goederen, art. 1677, al hieldt gij u ook ten aanzien der onroerende goederen aan den bestaanden voet, art. 1676 n^o. 4. Althans zoo uwe handelingen ons onbekend bleven. Zagen wij u handelen en lieten wij u begaan, de omstandigheden kunnen ligtelijk in dat lijdelijk toezien een inwilliging doen veronderstellen. Minder nog kunt gij ons, ten zij op grond van bijzondere bedingen of omstandigheden, artt. 678, 683, 690, 704, 708, 711 B. W., verpligten in de kosten tot behoud der zaak noodig, bij te dragen, zoo als art. 1676 n^o. 3 dit voorschrijft. Slechts waar de regelen der negotiorum gestio dit toelaten, kunt gij, wat daartoe door u werd aangewend, later van ons terugvorderen.

Dit volslagen gemis van alle regt van beheer bij bloote gemeenschap zal des te eerder de deelgenooten tot een onderlinge schikking daarover brengen, al is het slechts voor den tijd die tot aan het tot stand komen der schei-

ding moet verlopen. En die schikking zal dan ook dikwijls aan alle dadelijk gebruik en genot der zaak door de deelgenooten ten eigen behoeve, een einde maken.

Uit de onderlinge betrekking der deelgenooten ontstaan naar de gewone regelen vorderingen en verpligtingen tot vergoeding van tegen regt toegebracht nadeel, van zonder regt genoten voordeel. De deelgenooten komen echter niet eerst door het toebrengen van nadeel of genieten van voordeel met elkander in persoonlijke betrekkingen. De gelijkheid hunner regten op de zaak brengt hen reeds met elkander in aanraking, vestigde tusschen hen reeds persoonlijke betrekkingen. In strijd met een regt dat reeds persoonlijk is, wordt dus het nadeel toegebracht, het voordeel genoten. En dit heeft op aard en wezen der verpligting tot uitkeering of vergoeding daarvan zijn gewigtigen invloed.

Waar de ééne deelgenoot den anderen verkort in zijn regt op het dadelijk genot en gebruik ten eigen behoeve der gemeene zaak, is vergoeding van het nadeel de bijzondere vordering zoowel als de bijzondere verpligting van deze deelgenooten. Maar is nadeel toegevoegd aan hetgeen gemeen is, aan hetgeen tot de gemeenschap behoort, is door of ten koste der gemeenschap voordeel genoten, de schuld is de gemeene vordering of verpligting van de deelgenooten tegen of jegens een hunner. Over deze onderlinge schulden straks nader.

Zelfs misdrijf kunnen de handelingen worden van een der deelgenooten, waardoor de regten der anderen worden verkort. En dit niet alleen de handelingen, die als dadelijke en regtstreeksche aanrandingen van een algemeen maatschappelijk belang, orde en rust, openbare trouw en zedelijkheid, algemeene veiligheid en welvoegelijkheid worden beschouwd en gestraft, brandstichting b. v. Maar evenzeer die handelingen, waarin ook het strafregt een aanranding van de regten van bijzondere per-

sonen ziet, en slechts daarom en dus bloot middellijk een aanranding ook van 't algemeen maatschappelijk belang. Hiertoe behooren ongetwijfeld die misdrijven tegen het vermogen, tot wier begrip niets dan de wederregtelijkheid der handeling gevorderd wordt, als dat b. v. van verbreking van sluitingen, verg. arresten van den Hoogen Raad van 29 Junij 1841 en 12 Maart 1844.

Wat nu diefstal betreft, reeds de oudste regsbronnen van het Germ. R. nemen de mogelijkheid aan zoowel van diefstal in den engeren eigenlijken zin als van roof door medeëigenaren, WILDA, Strafr. der Germ., p. 869 sq. en p. 908 sq. Ook bij de nieuwere wetenschap van het Strafrecht in Duitschland schijnt diefstal door den medeëigenaar geen bedenkingen te hebben gevonden, TRITTMANN, III, § 446, FEUERBACH, in de noot op § 315 en aldaar MORSTADT. Bijna alle nieuwere Deutsche strafwetboeken, verg. HÄBERLIN, IV, p. 3, verklaren uitdrukkelijk, dat ook de medeëigenaar aan het gemeenschappelijk eigendom diefstal kan plegen. Alleen in het Oostenrijksch Strafwetboek van 27 Mei 1852, vinde ik zoodanige uitdrukkelijke bepaling niet, evenmin als in dat voor Pruisen van 14 April 1851. BESELER, in zijn voortreffelijken Kommentar over dit laatste wetboek, zegt op art. 215, dat men zoodanige bepaling onnoodig achtte: «da allgemeine Rechtsgrundsätze mit Nothwendigkeit zu jener annahme führen, und selbst bei dem Begriff des Deutschen Gesamteigenthums in seiner strengsten Durchführung das Recht des Einen Theils durch das des Anderen nicht aufgehoben wird.» Dat een man als BESELER dit oordeel met blijkbare goedkeuring mededeelt, moet daaraan ook, waar het niet de verklaring van het Pruisisch Wetboek geldt, groot gewigt en gezag doen hechten. En inderdaad steelt naar Germ. R. de dief, niet door dat hij zich tegen den wil van den vorigen bezitter in bezit stelt, maar wel door

dat hij de zaak aan het bezit van dezen tegen zijn wil onttrekt, haar ontvreemdt, soustraheert. Omdat hij den eigenaar van zijn eigendom wil berooven is hij dief, niet omdat hij dit voor zich zelve wil verwerven. En dan kan ook de mede-eigenaar diefstal plegen. Hij kan zich niet in het bezit eener zaak stellen die hij reeds bezit, geen eigendom willen verwerven, dat hij reeds in vollen omvang heeft. Maar hij kan de zaak aan het bezit zijner deelgenooten onttrekken, hij kan hen van hun eigendom willen berooven. En berooven wil hij degelijk een eigenaar van zijn eigendom, niet bloot den bezitter, pandhouder, vruchtgebruiker van zijn regt. Al neemt, waar het laatste het geval is, het Germ. R. bloote wegneming, verg. art. 602, 1188 B. W., geen diefstal aan, den mede-eigenaar baat dit niet. Spreekt dus art. 215 van 't Pruisisch Strafwetboek van: «eine fremde Sache», men wilde daardoor bloote berooving van bezit, pandregt of vruchtgebruik, verg. art. 271 eod., van den diefstal uitsluiten, geenszins berooving door den mede-eigenaar. De zaak die ik verpandde, wordt mij daardoor niet «fremd», blijft de mijne, wordt niet die van een ander. Maar de zaak die ik met een ander gemeen heb, het is althans ook waar dat zij «fremd» is, dat zij is die van een ander. In al geval moet het door BESELER medegedeelde allen twijfel afsnijden.

Naar ons regt bestrijden BOURGUIGNON, III, p. 365, RAUTER, § 507, LESELLYER, no. 199, de mogelijkheid van een diefstal door een mede-eigenaar. Haar verdedigen LEGRAVEREND, mihi I, p. 56 doot, CARNOT, op art. 379, no. 4, en vooral CHAUVEAU en HÉLIE, mihi III, p. 334 sqq. Bij een drietal door deze aangehaalde arresten nam ook het Hof van cassatie in Frankrijk haar aan. Op grond vooral van het zoo even aangevoerde, houde ik alleen de laatste meening voor juist. Wat de woorden betreft van art. 379 G. P.: «une chose qui ne lui appartient pas,»

zij hebben dezelfde strekking, en nagenoeg dezelfde beteekenis als «die fremde Sache» van het Pruissische Wetboek. Van het begrip van diefstal moest de berooving worden uitgesloten, bloot van het regt van bezit pand of vruchtgebruik. Daarom wordt een zaak gevorderd qui ne lui appartient pas, die den wegnemer niet in eigendom behoort. In dezelfde tegenstelling van eigendom tegen andere zakelijke regten, wordt het woord *appartenir* gebezigd in art. 585 en 714 C. N. Houdt de zaak voor den wegnemer niet op, de lui appartenir, indien een ander daarvan bezit, pand of vruchtgebruik heeft, zij doet het wel indien een ander daarvan medeigendom heeft. *Appartenir* toch beteekent geheel en al uitsluitend in eigendom toe te behooren, verg. artt. 566, 572, 573, 574, 1433 C. N. Voor hem die slechts deelgenoot is, is de gemeene zaak «une chose qui ne lui appartient pas,» en hij kan dus daaraan diefstal plegen. Dit alles wordt bevestigd door art. 380 C. P. Wanneer bij medeigendom reeds krachtens art. 379 diefstal was uitgesloten, dan zou zeker het volgend art. de opnoeming van de gevallen, waarin diefstal geen misdrijf is, niet beginnen met gevallen, waarin ook naar de Fransche wetgeving, medeigendom het gemeene regt daarstelt.

Is zoo de beteekenis van het woord *appartenir*, dan vervalt de strafbaarheid, zoo hij, die de voorwerpen, bedoeld in art. 437, 445, 449 C. P., beschadigt of verniet, daarvan medeigenaar is. Daar toch heet het «qu'il savait appartenir à autrui». En de wetenschap, dat het eigendom uitsluitend aan een ander behoort, bestaat niet bij hem die medeigenaar is.

In het Engelsch regt brengt de gemeenschap niet van zelve onderlinge betrekking der deelgenooten mede, en waar deze bestaat, is daaraan het bezit, dat ieder zelfstandig ten eigen bate en behoefte kan uitoefenen, niet ondergeschikt. Slechts latere statuten vestigden langza-

merhand eenigen regtstoestand tusschen de deelgenooten reeds als zoodanig. De action of trespass kon en kan nog wegens aanmatiging van, of op gemeene goederen bij geen der drie soorten van gemeenschap ingesteld worden, BLACKSTONE, mihi p. 133, 188. Tusschen joint tenants en tenants in common, gaf het statuut van Westminster, 2. c. 22, een action of waste wegens vernieling en beschadiging van onroerend goed. Tusschen parceners werd deze action toen niet gegeven, omdat deze reeds naar de common law steeds de scheiding konden vragen. En dit verschil bleef bestaan, toen onder HENDRIK VIII, joint tenants en tenants in common dit regt erlangden. BLACKSTONE, II, p. 183, 194. STEPHEN, III, p. 507. Naar de common law konden joint tenants en tenants in common zich alle vruchten en voordeelen der zaak toeëigenen en voor zich behouden, zonder dat de deelgenooten daartegen eenig regtsmiddel bezaten, COKE ON LITTLETON, p. 200*b*. Eerst het statuut, 4 Anne, c. 16, gaf tusschen hen, ook wanneer niet als bailif of receiver gehandeld werd, een action of account. BLACKSTONE, II, p. 183, 194, nu in de practijk bijna geheel verdrongen, door een bill in equity. STEPHEN, III, p. 532. Ook werd pro bono publico, zoo als COKE ON LITTLETON, p. 200*b* zegt, aangenomen, dat joint tenants en tenants in common regtens gedwongen kunnen worden tot herstelling van gebouwen die dreigen in te storten, bij te dragen.

De zakelijke actien daarentegen golden steeds tusschen de deelgenooten, want zoo als COKE zegt bij alle soorten van gemeenschap «the right is several.» En dit ging over op die soort van action of trespass, die onder den naam van action of ejectment, ze eerst in de practijk en nu krachtens statuut 3 en 4 WILLIAM IV c. 27, verdrong, COKE ON LITTLETON, p. 199*b* sqq. BLACKSTONE, II, p. 194, STEPHEN, III, p. 484, 493 noot n. Maar is ieder deelgenoot zelfstandig ten eigen bate en behoeve

tot het bezit gerechtigd, dan kan het gebruik van dat regt geen vordering tegen hem wettigen. Zelfs geen zakelijke vordering kan tegen den deelgenoot worden ingesteld, die een zaak, wier aard geen bezit bij deelen toelaat, die «entire» is uitsluitend en alleen voor zich behoudt. Het zakelijk regt kon hem verplichten zijn deelgenooten nevens zich toetelaten, niet om eigen bezit ten hunnen behoeve op te geven. De overige deelgenooten hebben hiertegen geen regtsmiddel hoegenaamd. Zij mogen alleen beproeven de zaak op hun beurt alleen in bezit te krijgen, «may take them again.» En dit zoo bij chattels reals entire als bij ieder chattel personal, COKE ON LITTLETON, p. 199*b*. Deze regtstoestand die ons ondragelijk schijnt, bestaat nog. De action of trover and conversion, die in de practijk de zakelijke action of detinue, onze reclame van roerende goederen, grootendeels verdrong, geldt niet tusschen deelgenooten, ten zij in geval van destruction, [waarvan men echter de beteekenis tracht uit te breiden,] door hem die de zaak alleen in bezit had. STEPHEN, III, p. 533, STORY ON PARTNERSHIP, p. 631, GOW ON PARTNERSHIP, 3de ed. p. 90 sqq.

B. Zijn regten en verplichtingen gelijk der deelgenooten, voor zoo verre zij den onverdeelde toestand van hetgeen tot de gemeenschap behoort betreffen, grootelijks kunnen onderling hun verplichtingen verschillen om in de gemeenschap in te brengen, hun regten om daaruit te ontvangen.

Ieder deelgenoot moet in de gemeenschap inbrengen alles waartoe hij naar haar aard of de overeenkomst die haar vestigde, verbonden is, art. 1662 B. W., art. 33, 43, 328 K. H., het zonder regt genoten voordeel artt. 1663 en 1664 B. W., tegen regt toegebracht nadeel, art. 1667 B. W. De medeerfgenaam brengt in én wat hij aan den erflater verschuldigd was, én de giften die hij van hem ontving. Wordt het laatste dikwijf uitsluitend

inbreng genoemd, de schulden als schulden verschillen niet dan hierin, dat de eersten door de aanvaarding der erfenis op de medeerfgenamen overgingen, en zoo tusschen hen gemeen werden, de laatsten daardoor eerst ontstonden. MARCADÉ, III, n^o, 341, 349.

De deelgenoot ontvangt uit de gemeenschap alles, waartoe hij, krachtens den aard der gemeenschap of de regtshandeling waardoor zij ontstond, gerechtigd is, hetzij dit in een bepaald voorwerp of geldsom (praelegaat, praeciput, art. 1515 C. N.) bestaat, of wel in een evenredig deel van de baten en lasten der gemeenschap, van het batig slot, van winst en verlies, van winst alleen. En dit of bij de geheele opheffing der gemeenschap, of op vroeger tijdstip, artt. 49 en 338 K. H. Ook vordert de deelgenoot uit de gemeenschap het ten zijnen koste door de gemeenschap genoten voordeel, wat hij voor haar betaalde, waarvoor hij zich ten haren behoeve aansprakelijk stelde, art. 1669 B. W. of aansprakelijk werd, art. 1148 B. W.

Betaalt de deelgenoot zijn schuld aan de gemeenschap, brengt hij in, hij maakt gemeen wat vroeger zijn bezonder eigendom was. Hij vestigt gelijk regt voor zijne deelgenooten, als hij vroeger bezat en nog behoudt, ondergeschikt slechts geworden aan de persoonlijke betrekkingen tot zijne deelgenooten.

Betaalt daarentegen de gemeenschap haar schuld aan den deelgenoot, ontvangt hij uit de gemeenschap, dan wordt tot bezonder eigendom wat vroeger gemeen was, dan vervallen de regten, die de overigen vroeger in vollen en gelijken omvang op de zaak hadden, om zoo die van den enkelen deelgenoot daarop uitsluitend te doen worden. Het is dus nimmer à titre de créancier, maar steeds à titre de propriétaire, gelijk het heet, dat de deelgenoot goederen der gemeenschap, uit welken hoofde en ter delging van welk regt of vordering ook, in betaling neemt.

Maar schulden tusschen den enkelen deelgenoot en de gemeenschap, dat is alle deelgenooten, hoe zijn zij mogelijk? Onder die deelgenooten alle is ook hij zelf. En daar niemand te gelijkertijd schuldeischer en schuldenaar kan zijn, daar niemand van zich zelve iets in regten kan vorderen, moet de schuld voor zijn aandeel te niet gaan, voor dat aandeel iedere regtsvordering onmogelijk worden.

En zeker, dit is een noodzakelijke gevolgtrekking uit de beginselen van het Romeinsch regt omtrent schulden en haar splitsing tusschen deelgenooten. De zucht om deze gevolgtrekking te ontgaan was het zeker voornamelijk, die velen in maat- en vennootschappen een juristisch persoon deed zien. En zeer begrijpelijk is het dan ook, hoe die voorstelling, schoon zij als zooveel andere pogingen, om het vaderlandsch regt met Romeinsche begrippen in verband en overeenstemming te brengen, de moeilijkheid, het raadsel meer verheelt en bewimpelt, dan oplost en verklaart, zooveel ingang kon vinden. Vreemd slechts komt het mij voor, dat men die voorstelling alleen als het ware voor de hogere vormen van gemeenschap voorbeheld, niet ook op de lagere vormen toepaste. Bij deze, bij een gemeene erfenis b. v. bestaat daaraan, al is het in mindere mate, evenzeer behoefte.

Het is dan ook alleen door zijn ruimere en vrijere vormen en begrippen, dat het Germaansch regt die schulden tusschen een der deelgenooten en de gemeenschap kan erkeunen. Het begrip van schuld is evenmin als dat van het zakelijk regt, het regt van weer vast, eenvormig, onveranderlijk. Als van dit regt wordt ook van de schuld, inhoud, vorm en kracht beheerscht en gewijzigd door aard en bestemming der zaak. Zeker ook waar een der deelgenooten de schuldeischer of schuldenaar is, zijn de schulden der gemeenschap schulden der deelgenooten.

De schuld moet uit hun vermogen worden betaald. Het betaalde moet ten hunnen bate komen, ten hunnen behoefte worden aangewend. Alleen is hier meer bepaald aangewezen *en* de wijze van aanwending ten behoeve van den schuldeischer, *en* het gedeelte van het vermogen van den schuldenaar, waaruit de betaling moet geschieden. De betaling moet *aan* of *uit* de gemeenschap gedaan worden. De opbrengst moet strekken ten behoeve ook van den schuldenaar, de betaling moet geschieden uit een geheel, dat tot het vermogen ook van den schuldeischer behoort. Het springt in het oog, dat onder deze omstandigheden, aftrek van het aandeel van den deelgenoot, die tevens schuldenaar of schuldeischer is, tot verkorting van regt zou leiden. En die bestemming nu om aan of uit de gemeenschap te worden betaald, is naar Germaansch regt niet een omstandigheid, die, wat regten daaruit ook mogen ontstaan, welke vorderingen en tegenvorderingen daaruit ook mogen voortvloeijen, aan de schuld zelve vreemd is en blijft, op haar zonder werking en invloed. Die bestemming integendeel staat met haar in dadelijk verband, wijzigt haar aard en wezen. Zij belet het te niet gaan door vermenging der schuld voor het aandeel van den persoon, die tevens schuldeischer is en schuldenaar. Zij regtvaardigt het, dat de schuldeischer betaald worde met goederen, die ook hem reeds behooren, dat de schuldenaar zich bevrijde door overgifte van goederen, die ook zijn eigendom blijven. Zij maakt het zoo mogelijk, dat dezelfde persoon in regten te gelijkertijd ten deele en eischer is en verweerder.

Wat het Rom. R. wraakt bij schulden, doet het bij erfdiensbaarheden. De bestemming, de strekking ten nutte en ten behoeve van het heerschend erf, ten laste en ten bezware van het dienend erf, wordt in aard en wezen dier regten en verplichtingen opgenomen. En dit leidt bij gemeenschap, wanneer een dier erven voor een

deel toebehoort aan hem die van het ander uitsluitend eigenaar is, tot gelijke uitkomsten als naar ons regt bij schulden. De bestemming om ten gemeenen bate of bezware te strekken, is het, die de vernietiging door vermenging voor een evenredig deel uitsluit, *l. 8, § 1, D. de serv. 8. 1, l. 30, § 1, D. de serv. P. U., 8. 2, l. 34, D. de serv. P. R., 8. 3*. Die bestemming is het die toelaat van den schuldenaar, van den eigenaar van het dienende erf in regten te vorderen, wat tevens ten zijnen bate en behoefte zal strekken als medeeigenaar van het heerschend erf. Die bestemming is het die medebrengt, dat de schuldeischer, de eigenaar van het heerschend erf vordert, wat ten zijnen eigen bezware, als medeeigenaar van het dienend erf, strekt.

Wat het Rom. R. zoo doet bij erfdienstbaarheden, doen wij bij iedere schuld. Maar kan bij erfdienstbaarheden steeds door of tegen iederen medeeigenaar het regt ook uitgeoefend, de voldoening aan de verplichting ook gevorderd worden, dit passen wij in geenen deele op iedere schuld toe. Bij eenvoudige gemeenschap, gelijk wij zagen, behoeft, buiten bijzondere omstandigheden of bedingen, geen der deelgenooten de daden van beheer van een hunner te erkennen of te eerbiedigen. Geen der deelgenooten kan dus betaling worden opgedrongen of afgedwongen, en vrijwillig gedaan en ontvangen blijft zij steeds voor de anderen verbindend. En dit zelfs voor het enkel aandeel van hem, die betaling deed of ontving. Schuldsplitsing toch, gelijk wij zagen, werkt niet tusschen de deelgenooten zelve, en in elk geval moet de bepaalde bestemming, die alleen aan de schuld haar omvang en inhoud verzekert, haar geheel uitsluiten. Zonder medewerking van alle deelgenooten, kunnen dus de schulden tusschen een hunner en de gemeenschap niet worden betaald of ingevorderd. Tot medewerking, tot gezamenlijke handeling kunnen de deelgenooten steeds gedwongen worden bij de scheiding. Maar overigens kan

slechts door vrijwillige toestemming van de deelgenooten alle, dus ook van de schuldenaren, de schuld geldig worden ontvangen en ingevorderd, of wel daartoe de bevoegdheid aan een hunner gegeven, en zoo een regt van beheer gevestigd. Daardoor eerst, door vrijwillige potestatieve handelingen van partijen, zelfs van den schuldenaar, worden deze schulden opeischbaar en betaalbaar. Waar en zoolang dit niet is geschied, zijn het dus geen volkomen gevormde schulden, en als zoodanig (verg. CARRÉ Q. 1972, en aldaar CHAUVEAU en dezen nog Q. 1951, 2^o, § 3), bij iedere uitwinning van enkele voorwerpen onbereikbaar. Maar is in dat beheer voorzien, bij eenvoudige gemeenschap door bijzonder beding, bij hoogere vormen van gemeenschap door die vormen zelve, dan stelden de deelgenooten de schuld, ten aanzien waarvan dat regt van beheer werd gegeven, betaalbaar en eischbaar vóór en onafhankelijk van de scheiding. Daardoor wordt over het bedrag der vordering van een der deelgenooten tegen de gemeenschap, hem, althans voor 's hands en tot bij de scheiding daarover iets anders wordt bepaald, de vrije beschikking ten eigen bate en behoefte gelaten. Als volkomen ontwikkelde schuld zal dus die vordering door zijn bijzondere schuldeischers kunnen worden uitgewonnen.

Schulden tusschen een der deelgenooten en de gemeenschap worden dus bij ons eischbaar, zoodra in het beheer is voorzien. In Engeland wordt die eischbaarheid in de Courts of common law nimmer erkend, steeds voor een bepaalde onmogelijkheid gehouden. Niemand kan te gelijk eischer en verweerder zijn. Blijkbaar is het, dat hierin de invloed werkte van het leenregt, gelijk ik dien vroeger aanwees. Maar het leenregt moge in vroeger tijd het geheele regtsleven hebben beheerscht, en die heerschappij moge in theorie nog worden erkend, het werkelijk leven is aan dat bedwang ontwassen, weet zijn eischen en behoeften, hoe dan ook, te doen gelden.

Kan geen gemeenschap van eenig belang en eenigen duur bestaan zonder de mogelijkheid van regtsvorderingen tusschen de gemeenschap en een der deelgenooten, de Courts of Equity laten haar thans zonder bedenkingen toe, *STORY, on partnership, p. mihi 322 sqq.*

Bij de scheiding handelen alle deelgenooten gezamenlijk, hetzij vrijwillig of gedwongen. Alle vorderingen en verplichtingen van een der deelgenooten tegen de gemeenschap, hetzij van bepaalde goederen of gelden, hetzij van een evenredig gedeelte in het geheel, kunnen dus dan voldaan worden, maar moeten het ook. Ieder toch der deelgenooten heeft het zakelijk regt, het regt op de enkele voorwerpen die het geheel uitmaken, in vollen en gelijken omvang, slechts ondergeschikt aan zijn persoonlijke betrekkingen tot de overigen. Hij kan dus niet verder gedwongen worden iets van zijn zakelijk regt af te staan of te laten varen, dan die persoonlijke betrekking, maar deze natuurlijk in haar geheel, medebrengt. Heeft een der deelgenooten zijn verplichtingen tegen de gemeenschap, dat is de overige deelgenooten, niet vervuld, dan hebben deze meer, en daardoor juist hij minder te vorderen. Heeft daarentegen de gemeenschap, dat is de overige deelgenooten, hun verplichting jegens een hunner niet voldaan, dan heeft deze meer, en daardoor juist zij minder te eischen. En zoo wordt dan het regt in de gemeenschap van den een sterker, van den anderen zwakker, gelijk dan ook oudere Fransche juristen reeds spraken van «un droit plus fort dans la communauté», dat zoo een der echtgenooten kan verkrijgen, *POTHIER, Succ., V, 21, MARCADÉ op art. 1401, II.*

Onvervulde verplichtingen, onvoldane vorderingen van een der deelgenooten jegens de gemeenschap wijzigen dus steeds het bedrag van hetgeen ieder uit de gemeenschap kan vorderen. En zoo is de onderlinge verhouding der deelgenooten, de evenredigheid waarin het gedeelte van de haten en voordeelen der gemeenschap

dat ieder voor zich kan vorderen, staat tot dat van de anderen, steeds wisselend en veranderlijk. De aanvankelijke regeling kan slechts als punt van uitgang ter berekening dienen.

De formule, zeker soms vrij ingewikkeld, die zoo de onderlinge verhouding aanduidt van het bijzonder recht der enkele deelgenooten wordt in de werkelijkheid overgebracht bij de scheiding. Bij ons geschiedt echter de verdeling meestal door het lot. Om de hiertoe noodige gelijkheid van aandeele te vinden, zal in den regel moeten worden teruggekeerd tot de evenredigheid, die oorspronkelijk tusschen de deelgenooten gold. Daarom worden voor dat tot het maken der kavelingen en de loting wordt overgegaan de schulden tusschen de enkele deelgenooten en de gemeenschap gekwet. De vorderingen tegen de gemeenschap van welken aard en uit welken hoofde ook, het praelegaat ook en het praeciput, worden voldaan, zelfs voor nog ten behoeve der gemeenschap uit eigen vermogen te doene betalingen schadeloosstelling gegeven, door tot het bedrag daarvan den schuld-eischer goederen der gemeenschap in betaling af te staan. Deze neemt hij vooraf uit den boedel, art. 1123 B. W. (oud), preleveert hij artt. 830, 866, 1470 sqq., 1515 C. N. De verplichtingen jegens de gemeenschap worden alnog vervuld door inbreng, artt. 1125, 1132 sqq. B. W., artt. 829 sq., 843 sqq., 1468 sqq. C. N. Wordt het onderwerp zelf dier verplichting niet tot gemeen eigendom gemaakt, dan geschiedt de inbreng door zoo veel minder te ontvangen, artt. 1138, 1140 B. W., en moins prenant, artt. 858, 860, 866, 868, 869 C. N., d. i. door de andere deelgenooten, wier regten door het onvervuld blijven dier verplichting tot inbreng zoo veel te grooter worden, zoo veel te meer vooraf uit de gemeenschap te doen nemen, art. 830 j^o. 829 C. N., verg. MABCADÉ, III, n^o. 354. Doch dit alles betreft slechts den vorm, laat wezen en kern der rechtshandeling on-

aangeroerd. En, wat wel de hoofdzaak is, door het regt tot prelevement, door de verplichting tot inbreng, des noods en moins prenant, blijft hier krachtig verzekerd het regt der overige deelgenooten, dat niemand hunner, hij zelf noch zijn regtverkrijgende, een penning geniete van de gemeenschap, zonder dat alle zijn verplichtingen jegens haar vervuld, alle hun vorderingen tegen haar voldaan worden.

De bestemming om uit of aan de gemeenschap te worden betaald, is het die een schuld tusschen een der deelgenooten en de gemeenschap, dat is alle deelgenooten mogelijk maakt. Die bestemming kan vervallen. De gemeenschap kan zijn opgeheven. Het regt van den deelgenoot, die schuldenaar der gemeenschap was, kan overtroffen worden door zijn verplichtingen jegens haar, zijn aandeel uitgeput door hetgeen hij door zooveel minder te ontvangen moet inbrengen. Maar door het wegvallen dier bestemming houdt de schuld zelve niet op te bestaan, verliest slechts de eigenaardigheid die die bestemming haar gaf, en treedt terug onder de heerschappij der gewone regsregelen. Vervallen voor het aandeel van den deelgenoot die tegelijk schuldeischer en schuldenaar was, wordt zij voor zijn aandeel door ieder der deelgenooten ten eigen bate en behoefte, tegen ieder der deelgenooten op zijn eigen vermogen verhaald. En zeker den Romanisten moest een schuld dwaasheid en ergernis zijn, die zich naar omstandigheden uitzet en inkrimpt.

Kan de schuld tusschen deelgenooten de bestemming verliezen om aan of uit de gemeenschap te worden betaald, zij kan die evenzeer om verschillende redenen en omstandigheden nimmer hebben bezeten. Wat de schuld in het eerste geval eerst later werd, was zij in het tweede van den aanvang af, bloot een schuld tusschen één der deelgenooten en de overigen. Maar steeds blijft zij een schuld tusschen deelgenooten, wordt steeds beheerscht door de tusschen hen bestaande of bestaan

hebbende betrekking. Als zoodanig is zij onttrokken aan de schuldsplitsing met haar gewone werkingen en gevolgen. Het aandeel in de schuld dat ieder deelgenoot ontvangt of betaalt, wordt alleen bepaald door hun onderlinge betrekking. Het onvermogen van een hunner komt ten nadeele van de overige deelgenooten alle, niet bloot van hem, die schuldeischer is, art. 1130, 1131, 1150, 1329, 1666, 1874 B. W.

In één geval heeft de vordering van een der deelgenooten tegen de anderen een eigenaardigheid, waarbij ik nog een oogenblik moet stilstaan. De vorderingen tot teruggave van hetgeen de medeschuldenaar meer betaalde, dan hij ten slotte in de schuld moet dragen, treden in de plaats van, worden gesubrogeerd aan de oorspronkelijke schuld. Ieder beter regt, dat aan deze schuld eigen was, zelfs dat op vroegeren oorsprong gegrond, maar vooral daaraan verbonden zekerheden en voorregten, kunnen voor de nieuwe schuld worden ingeroepen. En zoo wordt dan nu ook in plaats van de oorspronkelijke vordering gesubrogeerd het regt van verhaal, dat krachtens de altijd, gelijk wij zagen, bestaande onderlinge betrekking de medeschuldenaar die meer dan ten zijnen laste behoort te komen, in de gemeene schuld moest betalen, tegen zijn deelgenooten kan uitoefenen; zoo n. l. dit verhaal niet tegen de gemeenschap wordt gericht, hetzij omdat deze is uitgeput, hetzij omdat de schuld op zich zelve staat, niet tot een meer omvattende gemeenschap behoort.

Bij betaling laat ons regt het beding toe, dat de door die betaling ontstaande schuld in de plaats der betaald wordende moet treden, en dus voorregten en zekerheden aan de oude schuld verbonden op de nieuwe schuld overgaan, art. 1437. Dit kon worden toegelaten, omdat niemand daardoor benadeeld wordt, evenmin als in de gevallen, waar artt. 1457 en 1459 B. W. de overdracht van voor- of pandregt op de nieuwe door novatie ont-

staande schuld veroorloven. Is de omvang waarin dit bij novatie vergund wordt enger dan bij betaling, het is slechts omdat tot het ontstaan dier nieuwe schuld bij novatie wel art. 1460 B. W., doch niet bij betaling, art. 1437, n^o. 1, steeds medewerking wordt gevorderd van den schuldenaar.

Van regtswege nu geldt de inhoud van dat beding bij betaling door een der schuldenaren van eene schuld, die in vollen omvang op twee of meer personen drukt, hetzij dat allen daartoe gelijkelijk of de een voor of bij gebreke van de anderen gehouden zijn, of wel met ander verschil nog naar inhoud of kracht, art. 1436, n^o. 3. Reeds n'ARGENTRÉ ad cons. patr. Brit. 213. 2. 4 vermeldt dit als een punt, waar het vaderlandsch regt van het Rom. R. afwijkt.

De subrogatie, de overgang van voorregt of zekerheid versterkt dus slechts, vestigt nimmer regt van verhaal. De subrogatie kan dus nooit verder gelden dan tot het bedrag der door de betaling ontstaande vordering tot verhaal, art. 1329 B. W., en nooit ruimer omvang hebben, dan hetgeen werkelijk werd betaald. Zij werkt niet waar geen regt van verhaal bestaat, art. 1331 B. W., en waar dit geldt, slechts in zooverre als het geldt. Zoo zal, daar bij ons, ook wederom in afwijking van 't Rom. R. reeds krachtens het plakkaat van Koning PHILIPS II van 21 Februarij 1564, verg. art. 1885 B. W., het te kort eerder door het onderpand, al is het in de derde hand, gedragen moet worden dan door den borg, de borg zijn regt kunnen doen gelden tegen den derden bezitter, niet deze tegen genen, schoon aan beide evenzeer in artt. 1436, n^o. 3, 1246 en 1877 B. W. subrogatie wordt toegekend. Deze opvatting van het wezen der subrogatie wordt krachtig verdedigd door MARCADÉ IV, n^o. 672 sqq. en 704 sqq. De beteekenis die het woord subrogatie in art. 513 B. Rv. heeft bevestigt haar.

Eene korte beschouwing van de echtscheiding wegens kwaadwillige verlating, door Mr. J. LUZAC, Advocaat te Leyden.

Het is bekend, hoe groot een invloed de leerstellingen der Kerk hebben uitgeoefend op de begrippen, betreffende den aard en het wezen des huwelijks. Openbaarde zich die invloed in de wijze waarop het werd gesloten, niet minder was hij zichtbaar, wanneer er sprake was van zijne ontbinding. Zich grondende op het beweren, dat CHRISTUS alleen het overspel als wettige reden tot echtscheiding had erkend, verklaarde de Kerk alle andere redenen ontoelaatbaar, tenzij de uitspraak der apostelen daarop eene uitzondering toeliet. Dit was met name het geval met de kwaadwillige verlating. Doelende op de woorden van PAULUS in zijnen brief aan de gemeente te Corinthe (1), had men haar voor een bepaald geval opgenomen onder de voorschriften van het Kanonisch regt, zoodat «*si alter coniugum ad fidem catholicam convertatur, alter vero nullo modo, vel non sine blasphemia divini nominis, vel ut eam pertrahat ad mortale peccatum, ei cohabitare volente: qui relinquitur, ad secunda, si voluerit, vota transi-*» bit, et in hoc casu intelligimus, quod ait apostolus, «*enz.*» (2). De Hervorming bragt belangrijke wijzigingen op dit punt te weeg: LUTHER verklaarde de woorden van den apostel in veel te engen zin opgevat, en breidde ze uit tot alle gevallen; dat de eene echtgenoot den ander moedwillig verliet. Door velen bestreden, plantte dit gevoelen zich onder verscheidene volken voort, en werd onder meer of minder beperking opgenomen in hunne wetgevingen, zooals wij het dan ook terug vinden in ons oud vaderlandsch regt.

(1) I. VII: 15.

(2) C. 7. X. de div. (4: 19).

Een oppervlakkig, doch tamelijk volledig overzicht van het wezen van dezen grond tot echtscheiding, vindt men onder anderen, in art. 91 van het echt-reglement der Staten-Generaal, van 18 Maart 1656 (1). De inhoud van genoemd artikel komt neder op het volgende. Het voornemen van tot zijnen echtgenoot niet weder te keeren stelde een eerste vereischte daar, en het te bewijzen was de groote taak die op hem rustte, welke wenschte van de banden des huwelijks te worden ontslagen. Immers eerst « nae rijk ondersoek ende ghenoegezaam blijk « van den tijd ende malitieuusheijt der verlatenge, » mogt de regter tot het iudicium desertionis overgaan. Vandaar dat de verlatene gedurende langen tijd en te vergeefs alle middelen moest in het werk hebben gesteld, om den verlater tot terugkeer te bewegen, en hij eerst na het mislukken van alle die pogingen, zijne klacht kon indienen bij den regter der plaats, waaronder hij resorteerde. De volharding van den verlater bij zijn opzet moest nu blijken uit het al of niet gehoor geven aan de indaging, die door den regter werd gelast, en drie of viermalen werd herhaald (2). Keerde hij nu nog tijdig terug, zoo verviel de actie, zoo niet dan werd de gebrekige echtgenoot verklaard te zijn een malitieuus deserteur, en volgde de ontbinding des huwelijks.

Niet onbelangrijk is het te letten op de gevolgen, welke in die tijden de onregmatige daad des verlaters na zich sleepte. Behalve dat den verlaten echtgenoot de bevoegdheid tot hertrouwen kon worden gegeven, moest de verlater niet alleen alle winst derven, die hij uit de goederen van zijnen echtgenoot kon hebben genoten, maar werd hij bovendien gedwongen tot teruggave van alles, wat hij voor of tijdens het huwelijk had ontvangen van den verlatene, en tot het dragen voor de

(1) Groot Placaetboek II: 2446.

(2) Vgl. S. VAN LEEUWEN, Het Rooms-Hollands regt. 88.

helft in de uitgaven ter zake des huwelijks gedaan (1). Het genoemd echt-reglement ging zelfs zoo ver, van den verlater voor altijd uit den lande te verbannen.

De rechtsregel «nuptias non concubitus, sed consensus facit,» moge bij de toenmalige rechtsgeleerden als waar en nuttig erkend zijn, afwijkingen van zijne strikte toepassing in de wetgevingen der voorgaande eeuwen, behooren niet tot de zeldzaamheden. Tot bewijs dezer meening kan men wijzen op de zoogenaamde oneigenlijke kwaadwillige verlating, quasi desertio, welke eene voldoende reden tot echtscheiding wezen kon. Zij bestond in de «voluntaria ac pertinax abstinencia, seu «debiti coniugalis denegatio» en werd der eigenlijke kwaadwillige verlating gelijk gesteld, quia, zegt VOET (2), «parum interest, utrum absens en praesens maritus «uxorem redigat ad viduitatem, detrectando contumaciter ea praestare, ad quae ex coniugii natura ac conditione divinctus est.» Het behoeft geen betoog, dat de desertio impropria, zoowel uit een zedelijk, als uit een practisch oogpunt gezien, als grond tot ontbinding des huwelijks afkeuring verdient en daarom teregt uit de latere wetgevingen verbannen is geworden. Vreemd mag het heeten, dat tot op den tegenwoordigen tijd in enkele Staten van Duitschland, zoowel krachtens het gemeen regt, als krachtens latere wetgevingen, deze grond tot echtscheiding is blijven bestaan en met haar de bron tot menig ergerlijk geding.

Ik heb gemeend met een woord van deze quasi desertio te moeten spreken, omdat zij de grondbeginselen kan helpen aanwijzen, welke eenen vroegeren wetgever leidden tot het toelaten van eene ontbinding des huwelijks, wegens het moedwillig verlaten van een der echtgenoten. Wij vinden ze dan evenzeer in het zich ont-

(1) VOET, Comm. ad Paul. XXI: n^o. 2. 9.

(2) l. a. p. 7.

trekken aan den concubitus, als in het afwezig zijn der consensus, met andere woorden, zoodra het doel des huwelijks werd gemist, eensdeels door het ontbreken der wenschelijke eenheid van willen en handelen, anderdeels door het niet bevredigen eener wettige geslachtsdrift, beschouwde de wetgever de niet-ontbindbaarheid des huwelijks als schadelijk voor de maatschappij en den individu. De latere, fijnere beschaving, de daarmede gelijkelijk zich ontwikkelende, zuivere regtsbegrippen, met name omtrent de leer van het bewijs, schoven de kracht toegekend aan niet-uitwendige handelingen, meer en meer op den achtergrond, en waar men de kwaadwillige verlating erkende als van genoeg belang, om echtscheiding te wettigen, was het vooral omdat men het oog had op het ontbreken van den consensus, bijgevolg op een uitwendig feit.

De Code Napoleon kende deze reden tot echtscheiding niet, en eerst het Burgerlijk Wetboek nam haar onder zijne bepalingen op. Het was alsof men slechts schoorvoetende daartoe overging, en een aanhoudend streven naar misbruik zich voor den geest stelde; om dit te weren, maakte men in art. 266 en 273 eene wetsbepaling, die haar binnen enge grenzen omsloot. In hoeverre die beperkingen doelmatig zijn, wil ik met een enkel woord nagaan.

Wat de wetgever onder kwaadwilligheid verstaat, heeft hij niet met zoovele woorden gezegd, doch door in het slot van art. 266 te spreken van hem, die de gemeene woonplaats zonder wettige oorzaak verlaat, zijne bedoeling genoegzaam te kennen gegeven. Er kunnen zich evenwel gevallen voordoen, waarin het moeilijk is den juisten aanvang en den duur der kwaadwilligheid aan te wijzen, wanneer b. v. iemand valt in de termen van het derde lid van art. 266. Wat verder haren duur betreft, zoo zal men moeten aannemen, dat

de kwaadwilligheid onafgebroken moet hebben bestaan, zoodat, wanneer gedurende een korter of langer tijdvak de verlater in de onmogelijkheid heeft verkeerd, zijnen animus deserendi aan den dag te leggen, deze hem alleen dan kan worden toegekend, wanneer hij na het opheffen dier onmogelijkheid, bij zijn vorig opzet blijkt te volharden. Deze en meerdere dergelijke omstandigheden zullen zich meermalen voordoen en door den regter moeten worden beslist. En in die beslissing van het al of niet aanwezig zijn van eene voldoende bewezene kwaadwilligheid, ligt, dunkt mij, de grootste waarborg tegen misbruik der partijen en miskennis van den wil des wetgevers.

Doch deze ging van die meening niet uit: het was hem niet genoeg, dat de kwaadwilligheid als bestaande kon worden aangenomen, hij vorderde nog, dat zij nader werd gestaafd door de betoonde volharding bij zijn voor-nemen, aan zijde van den verlater. Dat bevestigen van het bestaan van den moedwil, naast het streven om echtscheiding te bemoeijelijken, waren, volgens een antwoord der regering op de vraag der afdeelingen, de redenen waarom zij had gemeend zich niet tot de moedwillige verlaten te moeten bepalen (1). Van die vereischte volharding zal nu blijken, zoowel door het afschrift van het exploit, waarbij de verlater is gesommeerd tot terugkeer tot den verlatene, doch waaraan hij geen gevolg heeft gegeven, overgelegd bij het in art. 816 Wetb. van Burg. Regtsv. bedoeld verzoekschrift, als door den betoonden onwil, om loopende het geding, nog in de gemeenschappelijke woning weder te komen. De verweerder blijft dus tot aan het einde toe de meester van het al of niet toewijzen der vordering aan den eischer. De regering antwoordde op de deswege in 1822 in de afdeelingen gedane aanmerking, met eene bijvoe-

(1) VORDUIN II: 464.

ging in de nieuwe redactie, door welke men aan het geopperd bezwaar zou te gemoet komen (1). Of evenwel die bijvoeging, vervat in de twee laatste zinsneden van art. 273, den verlatene veel baten zal, zou ik durven betwijfelen. De kracht toch, toegekend aan den willekeur des verlaters blijft, wat het stuiten der primitieve regtsvordering betreft, gehandhaafd; alleen zal hij nu voortaan zijnen echtgenoot nog, zoo dikwijls hij wil, kunnen verlaten, mits hij slechts zorge binnen de zes maanden tot den verlatene weder te keeren. Dit volgt onmiddellijk uit de woorden der wet zelve.

De groote waarborg tegen misbruik, gelegen in de beslissing des regters omtrent het bestaan der kwaadwilligheid, wordt nog vermeerderd door het gebiedend voorschrijven van het tijdsverloop van vijf jaren, die vóór het instellen der vordering tot echtscheiding moeten verlopen zijn. De wetgever schreef te regt dien grooten termijn voor, om vorderingen tegen te gaan, die ingesteld zouden kunnen worden wegens eene verlating, die schijnbaar wel goedwillig kan zijn, doch dikwijls later blijken kan in van den echtgenoot onafhankelijke oorzaken te zijn gegrond. Maar meerdere voorzorgen moest en behoefde de wetgever niet te nemen, wilde hij niet in de praktijk voor vele gevallen doelloos maken, wat hij in beginsel had aangenomen. Eene vergelijking met de artikelen van het B. W., waarin de bepalingen zijn vervat omtrent de andere gronden tot echtscheiding, doet het dadelijk opvallen, hoe men daar van geheel andere gezigtspunten is uitgegaan: de schuldige echtgenoot wordt daar in veel geringer mate begunstigd, dan hier het geval is. Aan den betoonden wil des overspeligen echtgenoots b. v. om zich met den beleedigde te verzoenen, wordt het zeker niet overgelaten de eenmaal ingestelde regtsvordering te doen vervallen of niet.

(1) VOORDUIN II: 472.

Om het noodige van minder drukkende bepalingen te betoogen, behoeft men niet eens te beweren, wat sommige onzer oude schrijvers deden, dat kwaadwillige verlating, om zijnen langen duur en noodwendige praemeditatie, erger kwaad is dan echtbreuk, of het vermoeden aan te nemen, dat in die afwezigheid de huwelijkstrouw door den verlater zal zijn geschonden, maar is het voldoende om den aard der handeling zelve in het oog te houden, en de redenen na te gaan, waarom de echtscheiding in het algemeen in de wet is opgenomen, daar alsdan genoegzaam blijken zal, dat er geene redenen bestaan, waarom het huwelijk als een zware last zou moeten blijven drukken op den onschuldigen echtgenoot.

De ontwikkeling der beginselen op het punt van echtscheiding wegens kwaadwillige verlating, heeft geen gelijken tred gehouden met die welke andere leerstellingen betreft. De reden kan daarin gelegen zijn geweest, dat zij in de Fransche wetgeving niet vermeld zijnde, men omtrent haar wezen door geene dadelijke onderzinking kon worden voorgelicht, en bij den Franschen geest, die geheel onze wetgeving kenmerkt, men meer lette, waarom men in Frankrijk gemeend had, dezen tijdens de republiek bekenden grond tot echtscheiding, als haar doel missende, te moeten verwerpen, als op haar voormalig bestaan in ons vaderlandsch regt. Dit laatste huldigde nu wel de nieuwe Nederlandsche wetgever, doch bij het vaststellen der bepalingen verloor hij te veel uit het oog dat ons volk, wat zijne zedelijke ontwikkeling betreft, boven het Fransche staat, en wierp zoo doende tegen misbruik een dam op, die meermalen ook het gebruik in den weg staat.

*Bijdrage tot verklaring der artt. 1401 en 1402
van het Burgerlijk Wetboek, door Mr. C. J. van
BELL, te 'sGravenhage.*

In het Nederlandsche Regt is er misschien geene actie, waarvan meer misbruik wordt gemaakt dan die van de artt. 1401 en 1402 van het Burgerlijk Wetboek. Sommigen meenen ten onregte, dat overal waar in strijd met de wet, of met eene bestaande of vermeende regtsbetrekking, schade is geleden en te dier zake eene regtsvordering ingesteld wordt, die regtsvordering door art. 1401 wordt geregvaardigd.

Anderen, die aan de actie van de artt. 1401 en 1402 een meer bepaald gebied toeschrijven, geven niettemin dikwijls aan de bewoordingen dier wetsbepalingen eene uitbreiding of beperking, welke de wetgever niet bedoelde.

Deze verschillende meeningen kunnen voorzeker eenige opmerkingen, omtrent de grenzen en vereischten der actie van de artt. 1401 en 1402, niet onnoodig doen achten.

I. Grenzen der actie.

Volgens art. 1269 B. W. ontstaan alle verbindtenissen, of uit overeenkomst, of uit de wet. Laatstgenoemde weder, overeenkomstig de artt. 1388 en 1389 B. W., uit de wet alleen, of uit de wet, ten gevolge van 's menschen toedoen, hetzij die voortvloeijen, of uit eene regtmatige, of uit eene onregtmatige daad. Is eene onregtmatige, daad gepleegd, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, zoo stelt die daad, krachtens art. 1401 B. W., dengene, door wiens schuld die schade veroorzaakt is, in de verpligting om deze te vergoeden.

Oppervlakkig beschouwd schijnt art. 1401 een algemeen voorschrift, waarop in alle voorkomende gevallen die gehoudenheid tot schadevergoeding is gegrond.

De plaats, die het artikel in de wetgeving inneemt,

leert echter het tegendeel. Het komt niet voor onder de algemeene bepalingen, betrekkelijk verbindtenissen, wel in den titel van het Burgerlijk Wetboek, die alleen voorschriften bevat, ten opzichte der verbindtenissen, welke uit kracht der wet geboren worden, waartoe eene vrije daad van hem, die verbonden wordt, heeft aanleiding gegeven en tot welke verbindtenissen de artt. 1401 en 1402 derhalve moeten worden beperkt.

Daaruit volgt dat de artt. 1401 en 1402 niet van toepassing zijn op verbindtenissen, door overeenkomst voortgebracht, noch ook op die, welke uit de wet, zonder 'smenschen toedoen, voortvloeijen. De laatstgenoemde zijn verplichtingen, die de wet, voornamelijk in het eerste en tweede boek van het Burgerlijk Wetboek aan zekere burgerlijke betrekkingen, waarin iemand tot anderen geplaatst is, b. v. vader, voogd, enz. heeft verbonden, waaraan ieder, die zoodanige kwaliteit bezit, door de wet alleen en zonder zijn toedoen, onderworpen en, in bepaaldelijk bij de wet uitgedrukte gevallen (zie b. v. de artt. 423, 425, 428, 431, 443, 449, 450, 461, 506 B. W.), tot vergoeding van kosten, schaden en interessen gehouden is.

In de gevallen van de artt. 1401 en 1402 B. W. werd alzoo niet bedoeld de wederregtelijke handeling, die in strijd met eene *reeds bestaande* verbindtenis wordt gepleegd. Deswege wordt gehandeld bij de artt. 1279 en volgende B. W.: «over de vergoeding van kosten, schaden en interessen, voortspruitende uit het niet nakomen eener verbindtenis».

Die reeds bestaande verbindtenis wordt door de gepleegde onregtmatigheid, *dolus* of *culpa*, uitgebreid of gewijzigd. Bij de artt. 1401 en 1402 daarentegen wordt geene verbindtenis verondersteld, die den grondslag der verplichting tot schadevergoeding uitmaakt. Uit de onregtmatige daad *op zich zelve* — en alzoo niet, gelijk

sommigen aannemen, uit eene veronderstelde verbindtenis om niet te doen, — wordt eene verpligting jegens den benadeelde geboren, hetzij die benadeeling door schuld of uit nalatigheid of onvoorzigtigheid des daders, of ook van hem, voor wien hij aansprakelijk is, of door de zaak, waarvan hij leigenaar is of het gebruik heeft, werd teweeggebragt.

De onregmatige handeling is hier de bron van eene zelfstandige verbindtenis tusschen den dader en den benadeelde, welke, bij gevolg, eene zelfstandige actie tot schadevergoeding voortbrengt. In andere gevallen daarentegen, wanneer eene bestaande verbindtenis niet wordt nagekomen, zal de schadevergoeding niet bij eene zelfstandige of principale actie, gelijk die van de artt. 1401 en 1402, worden gevorderd, maar met de actie, die uit de overeenkomst voortspruit en waarvan de vergoeding van kosten, schaden en interessen het accessoir is.

II. Vereischten der actie.

a. Een eerst vereischte voor de actie van de artt. 1401 en 1402 B. W. is dat de gepleegde daad onregmatig zij of wederregtelijk. *Damnum injuria i. e. sine jure datum*. De actie is gegrond, zoodra niet kan worden tegengeworpen *feci, sed jure feci*. Alsdan geldt de regel *qui jure suo utitur nemini injuriam facit*.

Dat de gepleegde daad, om tot schadevergoeding aanleiding te kunnen geven, bij eene wet uitdrukkelijk zoude moeten zijn verboden, is nergens voorgeschreven. Het protest derhalve of verzet zonder wettige reden tegen eene openbare verkooping van goederen, wanneer die verkoop daardoor geschorst wordt, alsmede het verzet tegen afgifte van goederen, b. v. bij cognossementen, wanneer zoodanig verzet van onwaarde verklaard wordt, zijn onregmatige daden, die tot schadevergoeding aanleiding geven. Zelfs bij de uitoefening

van regten kunnen, ten gevolge van het ontbreken van voorzorg of onderzoek, jegens anderen onregtmatige daden worden gepleegd. Wordt b. v. bij regterlijk vonnis een verzoek tot faillietverklaring, door eenen schuld-eischer gedaan, afgewezen, kan zoodanig verzoek, als onregtmatige daad, den grondslag zijn eener actie tot schadevergoeding. Evenzoo kan vergoeding geeischt worden, wegens de schade, door opzet, nalatigheid of onvoorzigtigheid, aan in beslag genomene goederen veroorzaakt, al geschiedde ook het beslag met inachtneming van alle bij de wet voorgeschrevene formaliteiten.

Op het voetspoor van het Romeinsche regt, waar van *obligationes*, quae ex delicto vel quasi ex delicto nascuntur, sprake is, noemde de Fransche wetgever zijne artl. 1382—1386 C. C. *des délits ou quasi-délits*.

Onze wetgever meende die benamingen niet te moeten overnemen. En terecht. Die onderscheiding is geheel wetenschappelijk. Volgens sommigen moeten door *délits*, *facta dolosa* en door *quasi-délits*, *facta culposa* verstaan worden. Volgens anderen daarentegen, met wie ik mij liever vereenig, zijn *délits* alle handelingen of verzuimen, waardoor iemand de regten van een ander, met opzet, of door nalatigheid, of onvoorzigtigheid, zonder daartoe bevoegd te zijn, heeft gekrenkt; terwijl voor *quasi-délits* de gevallen moeten worden gehouden, waarin iemand, krachtens de wet, wegens de schade gehouden is, die, of door een ander, voor wien hij aansprakelijk is, of door eene zaak, die onder zijn opzigt is, werd veroorzaakt (artl. 1403, 1404 en 1405 B. W.). Die verantwoordelijkheid voor een ander, of voor eene zaak, is op eene praesumtie gegrond, juris et de jure, dat de schade niet zonder schuld van hem geschiedde, wien de wet tot vergoeding dier schade ver-

pligte. De aansprakelijke persoon wordt dus beschouwd als of hij zelve de daad pleegde.

Het behoeft wel geene herinnering dat het woord *délit*, waar van burgerregtelijke gevolgen sprake is, eene andere beteekenis heeft dan in het strafregt. In den zin van het strafregt is *délit* de handeling, waardoor eene strafbepaling wordt overtreden. Bij den Code Pénal wordt die algemeene beteekenis van het woord nog beperkt, door er alleen correctionele misdrijven onder te verstaan. Iedere onregtmatische daad, in de bedoeling van het burgerlijk regt, zal derhalve niet altijd als zoodanig onder het bereik vallen der strafwetten. Niet elke handeling, waardoor anderen nadeel wordt toegebracht, is bij de wetten met straf bedreigd. En omgekeerd zal niet ieder strafbaar feit tot schadevergoeding, wegens onregtmatische daad, aanleiding geven, wanneer de burgerlijke regten van anderen daardoor niet gekrenkt of benadeeld zijn. Van daar zullen de bepalingen der strafwetgeving (artt. 51—55, 468 en 469 C. P.), omtrent de vergoeding der door eene, bij de wet, met straf bedreigde handeling, niet op *alle* schadevergoeding wegens onregtmatische daad van toepassing zijn.

Voor de gegrondheid der burgerregtelijke actie is het onverschillig of de schade, door dolus, of door culpa, is veroorzaakt, daar dit eerst bij de bepaling van de hoegrootheid der schade te pas komt. Wat de culpa betreft zal het steeds van de natuur van het gepleegde feit en vooral van de hoedanigheid van den persoon, die het feit pleegde, afhangen of wel alle soort van culpa eenen grond tot het toewijzen der actie oplevert. De geringste graad van culpa zal, in den regel, tot schadevergoeding voldoende zijn; doch, wanneer bij gelegenheid der uitoefening eener profession libérale (geneesheeren, heelmeeesters, enz.), of eener openbare betrekking (notarissen, enz.),

aan iemand schade wordt toegebracht, — zal, of alleen dolus, of alleen grof verzuim of nalatigheid (*lata culpa*), den grondslag der gevorderde schadevergoeding kunnen uitmaken.

b. De gepleegde daad kan dan alleen de actie regtvaardigen, wanneer zij aan den dader kan worden toegerekend. Voor toeval of overmagt is niemand gehouden. Evenmin zal de krankzinnige, wegens eene door hem gepleegde daad, tot schadevergoeding kunnen worden aangesproken.

Wat daden van minderjarigen betreft, deswege zijn, krachtens art. 1403 B. W., in sommige gevallen, anderen aansprakelijk, tegen wie derhalve, wegens de geleden schade, eene regtsvordering kan worden ingesteld. Bovendien werd, bij art. 1483 B. W., voorgeschreven, dat de bepaling van art. 1482, hetwelk alle verbindtenissen door minderjarigen of onder curatele gestelde personen, aangegaan, van regtswege nietig verklaart, niet toepasselijk is op verbindtenissen, voortvloeiende uit een begaan misdrijf of uit eene daad, welke aan een ander schade heeft veroorzaakt. Hoewel laatstgenoemde bepaling, zoo algemeen mogelijk van eene daad spreekt, als oorzaak der schade, schijnt daardoor alleenlijk eene onregtmatige daad te moeten verstaan worden. Het art. namelijk werd ontleend aan art. 1310 C. C. « Il (le mineur) n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit. »

c. Door de gepleegde onregtmatige daad, hetzij die in een doen of nalaten bestaat, en als een onmiddelijk gevolg daarvan, moet, krachtens art. 1401, aan een ander schade zijn toegebracht. Er behoort verlies of winstderving plaats te hebben, tenzij de wet anders mogt hebben voorgeschreven. Zoodanige afwijking vindt men in art. 1408 B. W., alwaar van uitsluitend *onstoffs-*

lijke schade sprake is. Volgens dat artikel strekt de burgerlijke regtsvordering, ter zake van laster, hoon of belediging, tot vergoeding der schade en tot betering van het nadeel in eer en goeden naam geleden; welke vergoeding door den regter, naar bevind van zaken, zal worden gewaardeerd.

Bij andere misdrijven, *tegen den persoon* gepleegd, is, bij de waardering der schadevergoeding, aan den regter evenzeer veel ruimte gelaten. Bij de regtsvorderingen, op de artt. 1406 en 1407 B. W. gegrond, zal de schadevergoeding, krachtens die bepalingen, worden gewaardeerd, naar gelang van den wederzijdschen stand en de fortuin der personen en naar de omstandigheden. Overeenkomstig het derde lid van art. 1407 B. W. is dit in het algemeen toepasselijk bij de waardering der schade, ontstaan uit elk misdrijf tegen den persoon gepleegd.

Ten aanzien van het begrooten der schadevergoeding, waartoe de administratie van rijks- of plaatselijke belastingen mogt aanleiding geven, gaf de wetgever insgelijks bijzondere voorschriften. In de Algemeene Wet van den 26^{en} augustus 1822 (Staatsblad n^o. 38), over de heffing der regten van in-, uit- en doorvoer en van de accijnsen, werd bij art. 244 vastgesteld, dat de vergoeding van schaden, veroorzaakt door verkeerde aanhalingen, waarop de eigenaar of belanghebbende bij de goederen aanspraak zoude kunnen maken, nimmer door de regters zal worden toegewezen tot een hooger beloop dan van één ten honderd van de waarde der aangehaalde goederen 's maands, te berekenen van den dag der aanhaling tot op dien van de teruggave. Soortgelijke bepaling bevat art. 280 der Gemeentewet, hetwelk inhoudt, dat de schadevergoeding, waarop de eigenaars van verkeerdelijk aangehaalde goederen, of zij, wier belang daarbij is betrokken, aanspraak hebben, niet meer

kan bedragen dan één ten honderd van de waarde der goederen in de maand, te rekenen van den dag der aanhaling tot aan dien der teruggave.

Omtrent gezegd art. 280 besliste de Hooge Raad (zie Weekblad van het Regt, dd. 19 april 1855), dat dit artikel het instellen eener onbepaalde vordering niet uitsluit, tot vergoeding van al de schade, bij staat te regelen, door eene verkeerde aanhaling veroorzaakt, omdat gemeld artikel alleen het *bedrag* der vergoeding regelt. Hetzelfde zal in het geval, bij art. 244 der Algemeene Wet van 26 augustus 1822 voorzien, als regtens moeten beschouwd worden.

Wanneer de schade bewezen is, zal in de meeste gevallen de hoegrootheid of het bedrag daarvan nader bij staat worden geregeld en de vergoeding in geld plaats hebben. Er zijn intusschen gevallen, ofschoon zeldzaam voorkomende, waarin de actie tevens op teruggave van goederen kan gericht zijn. Het kan namelijk gebeuren dat iemand, te kwader trouw, van een' leener of bewaarnemer roerende goederen gekocht en in zijn bezit genomen heeft. Tegen zoodanigen bezitter zal geene reivindicatie kunnen worden ingesteld, daar het bezit van roerend goed, om eigendomsregten te verschaffen, niet behoeft verkregen te zijn te goeder trouw. Gelijk Mr. J. E. GOUDSMIT (in Themis, 2^e Verz., I, p. 496) teregt betoogde moet de bepaling van art. 2014 B. W., in den geest des wetgevers, aldus worden opgevat: «Ieder, die met het oogmerk om het te behouden als «eigenaar, een roerend goed bezit, hetzij ter goeder, «hetzij ter kwader trouw, hetzij met, hetzij zonder titel, «is eigenaar». Die stelling, dat bij den bezitter geene goede trouw vereischt wordt, vond steeds veel tegenstand. Mr. GOUDSMIT, t. a. p. p. 491. v. leerde echter teregt: «Men schijnt zich de zaak zoo voor te stellen «als of de bezitter, die van de reivindicatie ontheven

«wordt, regtens niet meer bereikbaar is. Maar is dit
«wel zoo? Stellen wij (om niet te gewagen van de straf-
«regtelijke verantwoordelijkheid ingeval van medeplig-
«tigheid aan een misdrijf), dat iemand te kwader trouw,
«van een leener of bewaarnemer roerende goederen ge-
«kocht en in zijn bezit genomen hebbe, alsdan zal naar
«ons inzien de reivindicatie onmogelijk zijn, maar ook
«de actie tot schadeloosstelling? Immers neen. Moge
«toch de eigendom hem door het bezit verkregen zijn,
«de daad van inbezitneming zelve, welke den eigenaar
«zijn regt benam, is eene onregtmatige handeling, die
«volgens art. 1401 de vordering tot schadevergoeding
«volkomen wettigt en zal nu niet deze eisch tot scha-
«devergoeding, voor zoo verre daarbij geen derde be-
«langhebbenden betrokken zijn, juist daarheen kunnen
«leiden, dat de bezitter tot teruggave der goederen in
«natura veroordeeld en, bij niet-voldoening aan het von-
«nis, de executie daarop gerigt wordt?» Aan de verplig-
ting tot vergoeding of herstel der schade, welke uit
art. 1401 B. W. voortvloeit, wordt voorzeker wel het
volledigste voldaan door de teruggave van het voorwerp
zelf.

Indien de schade door meerderen is veroorzaakt zal
ieder tot vergoeding gehouden zijn van dat gedeelte der
schade, waartoe door hem aanleiding was gegeven. Eene
uitzondering op dien regel bevat art. 55 van den Code
Pénal, volgens welk artikel allen, die wegens eene en
dezelfde misdaad, of wegens een en hetzelfde wanbedrijf,
veroordeeld worden, ieder in persoon en voor het ge-
heel voor de kosten schaden en interessen, aansprake-
lijk zullen zijn.

d. De actie tot schadevergoeding, wegens onregtma-
tige daad, is eene burgerlijke regtsvordering, die af-
zonderlijk moet worden ingesteld, zelfs dan wanneer
de onregtmatige daad bestaat in een misdrijf, dat de

wet met straf heeft bedreigd. Indien echter de beledigde partij hare vordering om schadevergoeding, wegens een correctioneel misdrijf, tot *f* 150 of minder beperkt en haar niet bij den burgerlijken regter heeft aanhangig gemaakt, zal zij zich, volgens art. 231 W. van Strafv., in het geding over de strafzaak kunnen voegen, ten einde hare vordering gelijktijdig worde behandeld en beslist. Ook in het regtsgeding, wegens overtredingen van politie, kan de beledigde partij zich voegen, wanneer hare vordering zich niet verder dan tot eene som van *f* 50 uitstrekt.

Het instellen der actie tot schadevergoeding, wegens onregtmatige daad, is *in den regel* onafhankelijk van de regtsvervolging tot straf, behoudens de schorsing der burgerlijke regtsvordering, gedurende den loop van het strafgeding. Eene belangrijke afwijking van dien regel bevat art. 36 der Wet van den 22^{en} april 1855, (Staatsblad n^o. 33), houdende regeling der verantwoordelijkheid van de hoofden der ministeriële departementen. Krachtens die bepaling kan de regtsvordering tot vergoeding van schade, door een bij die wet strafbaar gesteld feit, geleden, alleen op eene veroordeeling door den Hoogen Raad rusten. Alsdan zal het tegenovergestelde gelden der bepaling van art. 1956 B. W. Zonder zoodanige voorafgane veroordeeling zal de burgerlijke actie steeds niet ontvankelijk zijn. Doch het zijn de regtsvorderingen tot vergoeding van schade, wegens *bij de gemelde wet* strafbaar gestelde feiten, wier ontvankelijkheid alleenlijk van de voorafgaande veroordeeling door den Hoogen Raad afhangt.

Omtrent alle feiten derhalve, die niet onder het bereik vallen van het, bij art. 3 dier Wet omschreven, ministerieel ambtsmisdrijf (b. v. de handelingen, onder litt. a, b, c en d en de nalatigheid, onder litt. e van dat artikel bedoeld, welke niet met opzet zijn gepleegd),

zullen de gewone regels moeten blijven gelden. Eene vrijspraak door den Hoogen Raad, daarop gegrond, dat het gepleegde feit nie onder het bereik ligt van art. 3 der gemelde wet, zal die vrijspraak, overeenkomstig art. 1956 B. W., bij den burgerlijken regter niet kunnen worden ingeroepen om eenen eisch tot schadevergoeding af te weren.

Mag er lijfswang worden uitgesproken ter zake van handelsschulden tegen personen, die opgehouden hebben kooplieden te zijn? — Ontkennend beantwoord, door Mr. F. A. T. WEYE, Advocaat te 's Gravenhage.

Verandering in wetgeving wordt niet altijd voldoende in het oog gehouden. Het is dan ook geen ongevoen verschijnsel, dat aan eene of andere nieuwe wetsbepaling, vooral in de eerste tijden van hare in werking treding, eene zoodanige uitlegging wordt gegeven, als de afgeschafte wetgeving te dien opzichte medebragt, en te meer zal dit het geval moeten zijn, wanneer de wijziging van de vroeger geldende bepalingen weinig of geene toelichting heeft mogen genieten, of welligt zonder opzet is tot stand gekomen.

Aan dusdanige redenen schrijf ik het toe, dat de vraag, welke ik ontkennend beantwoord, in een' tegenovergestelden zin beantwoord is kunnen worden.

Eerstelijk wil ik de vraag toetsen aan de bepalingen der wet, en daarna de redenen en bedenkingen onderzoeken, welke tot eene andere oplossing als de mijne hebben geleid.

Lijfswang heeft *alleen* plaats in de *uitdrukkelijk bij de wet aangewezene gevallen*. — Dit beginsel leest men

met ronde woorden in art. 585, aanhef en n^o. 11 en art. 588 B. Ry. — Lijfswang is een buitengewoon dwangmiddel, slechts in zekere bepaalde, uitdrukkelijk aangewezen gevallen gegeven. Het middel is derhalve van strikte toepassing, en mag niet bij analogie tot niet-uitdrukkelijk voorziene gevallen worden uitgebreid.

Zelfs onder het Fransche regt, waarbij de lijfswang minder naauw was beperkt, ja zelfs in sommige gevallen van de overeenkomst van partijen kon afhangen, was dit beginsel gehandhaafd bij art. 2063 C. C., waar men leest: « Hors les cas déterminés il est défendu à tous juges de prononcer la contrainte par corps. »

Analogische uitbreiding ten deze moet derhalve noodwendig uitgesloten zijn. Teregt zegt dan ook DURANTON, in zijn vervolg op TOULLIER: « mais comme c'est une voie rigoureuse, une atteinte à la liberté des personnes, il n'est pas permis de l'exercer hors des cas *formellement* exprimés par la loi. »

Is analogische uitbreiding ten opzichte van de uitvoerbaarverklaring bij lijfswang uitgesloten, kan deze alleen in de uitdrukkelijk bij de wet bepaalde gevallen plaats hebben, dan zal men zich ten deze ook steeds aan de letter der wet moeten houden. Doet men dit, men zal niet alleen het uitdrukkelijke gebod van den wetgever nakomen, maar ook geheel in zijnen geest handelen. De Nederlandsche wetgever toch heeft den lijfswang binnen nog engere grenzen gedrongen dan de Fransche, en niet toegelaten dat die door partijen kan worden bedongen. (1)

(1) Volgens art. 45 der wet op den Overg. bleef het nog niet ten uitvoer gelegde vonnis of de acte, die lijfswang medebragt, ten opzichte van den lijfswang uitvoerbaar, ook in de gevallen, waarin de nieuwe wetgeving den lijfswang niet heeft behouden: in dat geval toch bestaat er als het ware een verkregen regt. — Bij art. 92 van het Besl.

Is men het met mij eens over het door mij vooropgezette beginsel, dat lijfswang van beperkte toepassing is, iets wat wel niemand zal tegenspreken, dan volgt daaruit, mijns inziens, al aanstonds, dat lijfswang ter zake van handelsschulden niet mag worden uitgesproken tegen personen, die, immers voor dat zij werden gedagvaard, opgehouden hebben kooplieden te zijn.

Art. 586 n^o. 1 B. Rv. leert dat lijfswang mede plaats heeft: «Tegen alle kooplieden voor handelsschulden.»

Tegen kooplieden voor handelsschulden. Ziedaar twee vereischten, welke zamen moeten treffen, wil het middel van lijfswang toepasselijk zijn: het vonnis, waarbij de lijfswang wordt uitgesproken, moet niet alleen gewezen zijn ter zake van eene handelsschuld, maar tevens *tegen een' koopman*. De aard der schuld alleen, nml. dat de schuld is eene handelsschuld, is niet voldoende. Hieromtrent is men juist afgeweken van het vroeger geldende Fransche regt en van de latere wet van 17 April 1832, krachtens welke lijfswang kon worden uitgesproken «*contre toute personne pour dette commerciale*».

Deze twee vereischten moeten alzoo zamentreffen om de uitvoerbaarverklaring bij lijfswang uit te kunnen spreken, en het is niet meer voldoende, dat de vordering betreft eene handelsschuld, maar zij moet bovendien gerigt zijn tegen een' koopman. Is de vordering, hoewel ter zake eener handelsschuld, gerigt tegen iemand, die geen handel dreef of die opgehouden heeft koopman te zijn, dan kan dit middel van uitvoering niet worden verleend. Alleen toch door analogische uitbreiding zou men er toe kunnen komen *gewezen* kooplie-

regelende den Overg. der Wetg. in N 1. wordt daarentegen de ten uitvoerlegging van den lijfswang in dat geval verboden, dat zoowel menschelijker als billijker is, dewijl door de ontneming van een middel van uitvoering in der daad geen verkregen regt wordt ontnomen.

den onder de uitdrukking *kooplieden* te begrijpen, en dit juist verbiedt de wet zelve: zij wil dat de lijfswang alleen in de *uitdrukkelijk* bepaalde gevallen worde uitgesproken.

Om tegen den gewezen koopman voor eene eenvoudige handelsschuld lijfswang te kunnen verkrijgen, zou de wet dit *uitdrukkelijk* moeten toelaten; dan zoude eene vermelding dat zij, die opgehouden hebben kooplieden te zijn, onder de uitdrukking *kooplieden* zijn begrepen, noodzakelijk zijn, of zoude het eerste lid van art. 586 B. Rv. althans op eene andere wijze moeten zijn gesteld, en b. v. moeten luiden: *Ter zake van handelsschulden, door een' koopman aangegaan.* Zooals het artikel thans gesteld is, kan de regter ter zake eener eenvoudige handelsschuld tegen den gewezen' koopman den lijfswang niet uitspreken zonder daardoor op het gebied van den wetgever te treden; immers het zou aanvulling, en niet eenvoudig toepassing der wet zijn, onder de uitdrukking *kooplieden* dengenen te omvatten, die opgehouden heeft koopman te zijn, terwijl de wet het uitspreken van den lijfswang voor zoodanige schuld slechts uitdrukkelijk toelaat *tegen kooplieden*, en derhalve slechts tegen hen, die, althans op het tijdstip der dagvaarding, werkelijk nog kooplieden zijn.

Ook de voorname reden, waarom lijfswang ter zake van handelsschulden wordt toegestaan, duldt bezwaarlijk den gewezen koopman met den werkelijken koopman gelijk te stellen.

Het middel van lijfswang wordt verleend ter bescherming van het crediet, waaraan de handel behoefte heeft. — Het vertrouwen toch, dat men den persoon, met wien men handel drijft, schenken moet, is als het ware eenigzins gedwongen. Maar juist daarom is het middel van lijfswang onnoodig, wanneer de schuldenaar opgehouden

heeft handel te drijven; alsdan behoeft niemand meer dat eenigzins gedwongen vertrouwen in hem te stellen; alsdan zal ook het crediet van den handelstand niet meer geschokt worden door de niet-nakoming zijner verbindtenis, daar hij niet meer tot dien stand behoort; en daarom schijnt art. 586, n^o. 1 B. Rv. den lijfswang ter zake van handelsschulden dan ook alleen *tegen kooplieden* toe te staan, en geenszins tegen hen, die opgehouden hebben kooplieden te zijn of zulks nooit waren.

De in art. 586 n^o. 1 B. Rv. vooropgestelde uitdrukking *tegen kooplieden* geeft dan ook kennelijk de bedoeling te kennen, dat daarbij alleen sprake is van hen, die werkelijk nog kooplieden zijn, en dat de *hoedanigheid* van den schuldenaar meer in aanmerking moet worden genomen dan de *aard* der schuld.

Vandaar ook in dat artikel telken male aangewezen *tegen welke personen*, «kooplieden, alle personen zonder onderscheid, personen geen kooplieden zijnde,» de lijfswang om de daarbij vermelde redenen kan worden verleend.

Eveneens vindt men in art. 585 B. Rv. ten opzichte van burgerlijke zaken kennelijk aangewezen, wanneer er meer op den *persoon*, dan op den *aard der vordering* gelet moet worden. Immers, bij de elf nummers van dat artikel wordt de vordering, waaraan lijfswang verbonden is, bij den *aanhef* genoemd, als het eenvoudig de *aard* der vordering is, welke in aanmerking moet worden genomen; geldt het daarentegen meer de *hoedanigheid* van den persoon, die aangesproken wordt, dan de *aard* der vordering, dan wordt die persoon in den *aanhef* genoemd en de vordering zelve in de tweede plaats. Zoo heeft lijfswang plaats: *wegens* stellionaat, *in geval* van herstelling in bezit, *wegens* bewaargeving, *voor* teruggave van in bewaring genomen penningen,

voor de uitlevering van bewaarde zaken, voor vergoeding van kosten, schaden en interessen, voor slot van rekening; — daarentegen *tegen* openbare ambtenaren, *tegen* notarissen, deurwaarders enz., *tegen* vreemdelingen, ter zake der aldaar vermelde verpligtingen of verbindtenissen.

Ik wil het toegeven, dat de wetgever welligt niet opzettelijk zoo naauwkeurig in zijne uitdrukkingen is geweest; maar is dit zonder opzet geschied, dan blijkt daaruit te meer, hoe zeer de aard der zaak zelve er toe heeft geleid. In allen gevalle is de regter, die krachtens de wet zelve *alleen in de uitdrukkelijk bepaalde gevallen* den lijfswang mag uitspreken, gebonden aan de bewoordingen der wet, die hij te dezer zake geene uitbreidende beteekenis mag toekennen.

De vraag, die ik reeds hiermede beantwoord acht, schijnt zich nog zelden te hebben voorgedaan, en weinig aandacht te hebben getrokken (1). Regterlijke uitspraken daarover zijn mij, hehalve een vonnis van den kantontregter van 's Gravenhage van 5 April 1853 (Weekbl. v. h. Regt n°. 1473), bevestigd door de Arr. Regtbank bij vonnis van den 14 Nov. 1853 (Weekbl. v. h. Regt, n°. 1488), waarbij de door mij bestredene uitvoerbaarverklaring bij lijfswang werd uitgesproken (2), geene

(1) Ofschoon aldaar niet opzettelijk behandeld, schijnt Mr. DE PINTO, in zijne Handl. tot de B. Regtsv. II, § 400, 11°. bl. 644, mijn gevoelen te deelen. Mr. LIPMAN daarentegen teekent in Wh. v. Kh. bl. 259 aan, dat de bepalingen der Nederlandsche en Fransche Wetgevingen ten opzichte van lijfswang in handelszaken geheel overeenkomen, en schijnt derhalve niet eens opgemerkt te hebben, dat de Ned. Wetgever den lijfswang voor eene eenvoudige handelsschuld althans niet tegen iedereen toelaat.

(2) Beroep in cassatie van dit vonnis had geen plaats, doordien de Hooge Raad het verzoek om kosteloos te procederen op grond van Art. 862 B. Rv. afwees. De gronden dier beslissing zijn mij niet bekend. Evenwel komt het mij zeer duister voor, hoe de afwijzing uit hoofde van eene *uitdrukkelijke wetsbepaling* heeft kunnen geschieden.

andere bekend als een vonnis van den kantonregter te Gorinchem van den 28 Oct. 1848 (Weekbl. v. h. Regt, n°. 1043,) waarbij de lijfswang insgelijks toepasselijk werd verklaard.

De redenen te onderzoeken, waarmede die vonnissen omkleed zijn, en waarop een tegenovergesteld gevoelen, als door mij is uiteengezet, werd gebouwd, zal mij tevens gelegenheid geven de verschillende bedenkingen op te lossen, die tegen mijn gevoelen schijnen te kunnen worden gemaakt,

Het is evenwel mijne bedoeling niet om eene eigenlijke beoordeeling van een of ander dier vonnissen te leveren; ik zal daarom ook niet bij de gronden van elk derzelve afzonderlijk stilstaan, maar die zamenvatten om zo gezamenlijk te wederleggen of te beantwoorden. — Zij betreffen *deels* de veronderstelde bedoeling des wetgevers en verklaring van den zin, waarin de woorden der wet zouden behooren te worden opgevat, *deels* bewijsgronden uit de gevolgen van het door mij verdedigde stelsel geput, en opgave van redenen, die oorzaak zouden zijn dat in sommige gevallen de uitoefening van den lijfswang wordt belet. Zij komen hier op neder:

A. Tegen den koopman, die eene handelsschuld aangaat, kan men sedert dat oogenblik lijfswang vorderen om hem tot voldoening zijner schuld te noodzaken, terwijl de wet niet bepaalt, dat dit regt verloren gaat door diens later vaarwel zeggen aan den handel.

Dit zoude in strijd zijn met de opvatting, welke aan de woorden der wet: «de lijfswang heeft plaats tegen kooplieden voor handelsschulden,» algemeen en bestendig zijn ten deel gevallen.

De wetgever bedoelt dat, hoe algemeen het middel van lijfswang tegen den koopman gegeven wordt, echter zijn uitgezonderd schulden, buiten eigenlijken handel aangegaan.

Indien zij den lijfswang aan de hoedanigheid van koopman had willen verbinden, zou deze exceptie duidelijk moeten zijn aangegeven, terwijl de wet integendeel bij n°. 2—4 van art. 586 B. Rv. den lijfswang ter zake van handelsschulden verleent tegen een elk en een iegelijk, zoodat zeer zeker een gewezen koopman, die als zoodanig eene handelsverbindtenis heeft aangegaan, niet kan zijn uitgezonderd.

B. Den koopman zou het alsdan mogelijk zijn eigenmagtig het voorregt ijdel te maken, dat de wetgever ter wille van den handel heeft verleend, en zijn' schuld-eischer te versteken van een regtsmiddel, onder welks waarborg deze met hem gehandeld heeft.

Eveneens zou dan een notaris of ander openbaar ambtenaar, na het nederleggen zijner betrekking, niet meer onderworpen zijn aan den lijfswang, waardoor het doel der wet zou worden gemist.

Kan de lijfswang in sommige gevallen niet meer worden verkregen tegen den schuldenaar, het is om bijzondere redenen, als:

tegen den zeventigjarige, als gevolg van zijnen ouderdom, en niet van eene willekeurige daad;

tegen den onder curatele gestelde, zoomede tegen den gefailléerde, omdat hij het beheer over zijne goederen heeft verloren en inmiddels niet mag worden vervolgd, niet omdat hij opgehouden heeft koopman te zijn, want ook de reeds ten uitvoer gelegde lijfswang blijft stand houden; zelfs kan, na de insolvent-verklaring, de vroeger verkregen lijfswang worden ten uitvoer gelegd; — ook blijft de lijfswang, verleend tegen hem, die in staat van kennelijk onvermogen is verklaard, stand houden, en kan zelfs, en wel in burgerlijke zaken, worden ten uitvoer gelegd.

A. Het is voorzeker waar, dat tegen den koopman ter zake van eene handelsschuld lijfswang kan worden gevorderd zoodra hij de schuld heeft aangegaan, maar daaruit volgt nog geenszins, dat die ten allen tijde nog kan worden gevorderd. Wel is waar bepaalt de wet nergens in uitdrukkelijke bewoordingen, dat dit regt verloren gaat, indien de verbondene koopman den handel vaarwel zegt, maar dit volgt evenwel uit hare bewoordingen. Immers, als de lijfswang alleen in de *uitdrukkelijk* bij de wet bepaalde gevallen mag worden uitgesproken, en ter zake van gewone handelsschulden alleen *tegen den koopman* wordt verleend, dan volgt daaruit van zelf, dat die te dier zake niet mag worden uitgesproken tegen hem, die opgehouden heeft koopman te zijn.

De lijfswang ter zake van handelsschulden is aan de hoedanigheid van koopman verbonden; dit geeft de wet duidelijk genoeg te kennen. Eene meer bepaalde uitzondering van den gewezen' koopman zoude ook geheel overbodig zijn, daar de wet bepaalt dat de lijfswang alleen in de uitdrukkelijk bepaalde gevallen plaats heeft, geenszins dat die buiten uitdrukkelijke uitzondering steeds toepasselijk blijft.

Dat de door mij aan de woorden der wet toegekende bedoeling in strijd zou zijn met de opvatting, welke aan die woorden algemeen en bestendig is ten deel gevallen (gelijk de kantonregter van Gorinchem beweert) zoude, zoo het zoo ware, zeker vrij onverschillig zijn, maar het is mij geenszins gebleken dat dit het geval is; integendeel vermeen ik, gelijk ik reeds heb doen opmerken, dat de vraag weinig of geene opmerking heeft getrokken.

Dat de bedoeling des wetgevers zou zijn te kennen te geven dat, hoe algemeen het middel van lijfswang ook tegen den koopman gegeven wordt, echter zijn

uitgezonderd de schulden buiten eigenlijken handel aangegaan, kan ik uit de woorden der wet niet opmaken; ware zulks de bedoeling, dan juist had deze uitzondering duidelijk moeten zijn aangegeven; dan ware het noodzakelijk geweest ook van den gewezen' koopman uitdrukkelijk melding te maken, of wel den aard der schuld voorop te stellen, en, gelijk ik straks reeds aanstipte, te stellen: « Ter zake van handelsschulden, door een koopman aangegaan. » — Maar juist dit heeft de wetgever niet gewild; hierin is hij juist van de fransche wet afgeweken, dat hij den lijfswang niet verbonden heeft aan den aard der schuld, en dien niet tegen alle personen verleent ter zake van elke handelsschuld.

Noch in de beraadslagingen, noch in de memorie van toelichting is eenig spoor te vinden, dat de wetgever bedoeld zoude hebben slechts uit te zonderen schulden, buiten eigenlijken handel aangegaan; — trouwens, al bleek daarbij eenigzins van zoodanige bedoeling, het zoude bij deze stof, die van strikte toepassing is, weinig afdoen, daar de regter buiten de *uitdrukkelijk* bij de wet aangewezen gevallen den lijfswang niet mag toepassen, en alzoo gehouden is aan de letter der wet, die in dit geval zeer zeker niet uitdrukkelijk heeft voorzien.

Dat de wetgever bij de volgende nummers van art. 586 B. Rv. ter zake van de daarbij vermelde handelsverbindtenissen lijfswang verleent tegen elk en een iegelijk, kan toch in ernst niet gelden voor een bewijsgrond, dat hij in het eerste nummer ook den gewezen koopman omvat. Al konde daaruit al eenig vermoeden geput worden, het zou wederom afstuiten op de stellige bepaling der wet, dat de lijfswang alleen in de *uitdrukkelijk* bepaalde gevallen mag worden uitgesproken.

De gewezen koopman trouwens (en dit verlies men niet uit het oog) zal, ook volgens mijne opvatting van art. 586, n^o. 1 B. Rv., evenwel aan lijfswang onderworpen blijven voor zoo verre hij in de termen valt van een der overige nommers van dat artikel, nml. als hij wissels heeft onderteekend, of zelfs eenig ander handelspapier, mits ter zake van koophandel. — Alleen ter zake van gewone handelsschulden bevrijdt het ophouden van koopman te zijn van den lijfswang.

Uit de in het 2^{de} lid van art. 586, n^o. 1 B. Rv. voorkomende uitdrukking «door eenen koopman onderteekend» kan evenmin eenig bewijs of vermoeden geput worden, dat de wetgever in het eerste lid daarvan onder «kooplieden» ook dengenen verstaat, die zulks slechts was tijdens het aangaan der handeling, ter zake waarvan hij vervolgd wordt. — Dat ten opzichte der onderteekening van eenig stuk alleen te letten is op de bevoegdheid en hoedanigheid van den onderteekenaar tijdens die onderteekening, behoef ik niet te herinneren; teregt noemt men dan ook een stuk door een' koopman onderteekend, hoewel deze daarna opgehouden heeft dat te zijn; maar men kan niet eveneens zeggen, dat eene vordering aangelegd of een vonnis verkregen is «tegen een koopman», wanneer deze zulks op dat tijdstip niet meer is. —

Mijns inziens kan die uitdrukking «door eenen koopman onderteekend» veeleer dienen tot versterking van mijn gevoelen. Terwijl de wetgever toch in hetzelfde nummer van evengemeld artikel een voorbeeld voor oogen had, hoe hij zeer algemeen kon spreken zonder dat latere verandering van hoedanigheid daarop van invloed is, — terwijl hij alzoo, dat voorbeeld volgende, slechts te schrijven had: «ter zake van handelsschulden, door een' koopman aangegaan», zoo hij inderdaad ook den gewezen' koopman wilde treffen, — geloof

ik, dat men zelfs niet veronderstellen mag, dat zijne woorden eene andere bedoeling zouden hebben, als die zij taalkundig medebrengen.

B. Ook om wille der gevolgen wordt het gevoelen, dat lijfswang ter zake van handelsschulden niet meer toelaatbaar is tegen dengenen, die opgehouden heeft koopman te zijn, bestreden.

Alsdan toch, heet het in het vonnis van den kanton-regter van Gorinchem, zou de koopman door eene eigenmagtige daad het voorregt (regt) ijdel maken, dat de wet, ter bevestiging van het vertrouwen bij koopmansleveringen, aan kooplieden heeft verleend.

Ik zal er niet meer op terug komen dat de Nederl. wetgever niet, gelijk de Fransche, aan handelsschulden als zoodanig lijfswang verbindt; alleen geeft hij dit dwangmiddel tegen den koopman, maar dan ook niet slechts aan kooplieden, gelijk evengemeld vonnis schijnt te oordeelen, — aan iedereen tegen den koopman, mits ter zake eener handelsschuld.

Dat nu het vaarwel zeggen aan den handel, eene eigenmagtige daad, het voorregt (regt) om den lijfswang nit te oefenen ijdel zou maken, is geene reden om desnietteenstaande den lijfswang voor dat geval te behouden: de schuldeischer toch heeft het zich zelve te wijten, dat hij zijn regt niet vroeger heeft doen gelden. Het vaarwel zeggen aan den handel moge dan ook al eene eigenmagtige daad zijn, het is vaak geene vrijwillige, maar eene zoodanige, als waartoe de koopman door treurige omstandigheden gedwongen wordt; in allen gevalle laat het zich niet denken, dat een koopman tot dien stap zal overgaan, alléén om zijnen schuldeischer de uitvoering van een vonnis door middel van lijfswang te beletten; ook zoude hij dan de vervolging nog hebben moeten voorzien, en voor het aanvangen

daarvan, voor dat hij werd gedagvaard, tot dien stap moeten zijn overgegaan, daar het hem anders niet zoude baten.

De kantonregter van 'sGravenhage ging nog verder, en zag in het vaarwel zeggen aan den handel eene willekeurige daad, waardoor de schuldeischer verstoken wordt van een regtsmiddel, onder welks waarborg hij met zijn² schuldenaar gehandeld had.

Mijns inziens is de lijfswang niets anders als een buitengewoon dwangmiddel om een vonnis ten uitvoer te leggen, geenszins een regtsmiddel of middel, waarin de koopman zijn² waarborg zoekt; de koopman ziet naar het vermogen, het crediet en de goede trouw van den- genen, met wien hij handelt, maar vraagt zich niet af, of hij bij tijd en wijle het kostbare genot zal kunnen hebben hem te gijzelen; dit dwangmiddel toch waarborgt hem de betaling niet in het minste.

Maar al mogt men al den lijfswang ter zake van handelsschulden te regt een voorregt, regtsmiddel of waarborg knnnen noemen, die door eene willekeurige daad van den schuldenaar zelve zouden verloren gaan, waar staat het dan toch geschreven, dat de lijfswang desniettoegenstaande zal mogen worden aangewend? Zoo uiterst bezorgd heeft de wetgever zich niet voor des schuldeischers regten betoond. Hoe weinige doeltreffende middelen toch komen den schuldeischer te stede tegen vervreemding, verkwisting, verdonkering van goederen, en in deze zal men toch wel eerder zijn² waarborg hebben gezocht, dan in de mogelijkheid van lijfswang uit te oefenen!

Ook den lijfswang zelve kunnen zoowel de koopman als anderen, en wel ingevolge de wet, door hunne eigene daad ontgaan. Dan hierover later.

Bij eene andere uitlegging, wordt tot aandrang der voortdurende uitvoerbaarverklaring bij lijfswang gezegd, zou

men ook moeten beweren dat notarissen, deurwaarders en andere openbare ambtenaren, na het nederleggen van hunne betrekking, niet meer aan den lijfswang onderhevig zijn, waardoor het doel der wet zou worden gemist.

Men vergeet hierbij, dat dergelijke openbare ambtenaren, hunne betrekking nederleggende, niet gezegd kunnen worden eene willekeurige daad te verrigten: immers zij worden ontslagen door die hen heeft aangesteld, en dat ontslag is niet geheel eigenmagtig. Men vergeet wijders, dat over den lijfswang tegen dergelijke ambtenaren niet in hetzelfde wetsartikel wordt gesproken, als waarin van den koopman sprake is, en dat analogie door de wet zelve is verboden, daar zij eene uitdrukkelijke bepaling vordert, om den lijfswang te kunnen doen toepassen. En al ware dan ook een openbaar ambtenaar na zijn ontslag nog onderhevig aan den lijfswang, men zou daaruit zeer zeker geen gevolg mogen trekken tot een niet openbaar persoon, een gewezen koopman.

Maar wat is er zelfs van den lijfswang tegen openbare ambtenaren? Inderdaad zijn ook deze, na hun ontslag, niet meer aan den lijfswang onderworpen.

Openbare ambtenaren, zegt art. 585, n°. 6 B. Rv., zijn aan den lijfswang onderworpen voor de vertooning hunner minuten, wanneer dezelve in regten bevolen is. Verg. art. 2060, 6°. C. C. Derhalve zijn zij aan den lijfswang slechts onderworpen, zoo lang zij hun ambt bekleeden. Zij bezitten geene minuten, hebben althans geene minuten te vertoonen, zoodra zij ontslagen en dus geene openbare ambtenaren meer zijn.

Notarissen, deurwaarders en andere openbare ambtenaren, zegt gemeld art. 585, n°. 7, zijn aan lijfswang onderworpen voor de teruggave van hun ter zake hunner ambtsverrigtingen door hunne meesters toevertrouwde

titels of gelden; maar wederom worden hier bedoeld de ambtenaren, die hunne bediening nog uitoefenen en tot de rigtige waarneming daarvan moeten kunnen gedwongen worden. — Dat hier bedoeld worden ambtenaren, die hunne bediening nog uitoefenen, bewijst het bezigen der woorden *hunne meesters* of liever hunne cliënten; gewezen ambtenaren toch hebben die niet meer. Dezelfde bepaling vindt men in art. 2060, 7^o., C. C., waar men mede de uitdrukkelijke bijvoeging der woorden *pour leurs cliens* aantreft.

Niet alleen dus dat het bij art. 585, 6^o. en 7^o., B. Rv. bepaalde niet pleit tegen het door mij beweerde, het is zelfs in het voordeel daarvan. Ten opzichte van openbare ambtenaren evenwel had de wetgever misschien met alle regt de voortdoring van het middel van lijfswang kunnen bepalen ter zake van alle handelingen of verzuimen, door hen als openbare ambtenaren verrigt of gepleegd. Nu hij dit niet gedaan heeft, kan hij zulks nog veel minder gewild hebben tegen een ambteloos burger, een' gewezen koopman; — den koopman toch vertrouwt men vrijwillig, of, zoo men dat vertrouwen al eenigzins gedwongen kan heeten, het is althans met het uitzigt op winst; tot den openbaren ambtenaar daarentegen *moet* men, dikwijls buiten zijn' wil en soms zonder keus omtrent den persoon, zijne toevlugt nemen.

Evenwel zijn alle openbare ambtenaren, ten gevolge van hun ontslag, nog niet in alle opzigten bevrijd van den lijfswang. Ik sprak slechts van de gevallen, voorzien bij n^{os}. 6 en 7 van art. 585 B. Rv. In sommige gevallen, b. v. van de n^{os}. 4 en 5 van gemeld artikel, blijven zij, ook na hun ontslag, aan den lijfswang onderworpen, maar, en dit verlieze men niet uit het oog, in deze gevallen is ook de *aard* der schuld of verpligting vooropgesteld, en niet de *hoedanigheid* van den openbaren ambtenaar.

En zoo nu al, wordt ten laatste tot steun van den voortduur van den lijfswang ter zake van handelschulden aangevoerd, in sommige gevallen de lijfswang niet meer kan worden verkregen, dan zijn daarvoor bijzondere redenen.

Ik stipte straks reeds aan, dat zoowel de koopman als anderen den lijfswang op verscheidene wijzen door hunne eigene daad kunnen ontgaan, en dat de wet zelve hun daartoe de gelegenheid geeft. Denk b. v. aan den vreemdeling, die zich, na eene handeling, welke den lijfswang medebrenkt, eene vaste woonplaats binnen het koninkrijk verschaft (art. 585, 10°. B. Rv.) of zich heeft doen naturaliseren. Denk b. v. aan faillissement op *eigen aangifte*. Na het faillissement kan geen, zelfs reeds voor het faillissement uitgesproken, lijfswang, tegen den gefailleerde worden ten uitvoer gelegd (art. 771 Kh.), en deze kan zich zelfs dekken tegen latere ten uitvoerlegging van dien reeds verkregen lijfswang, ja zelfs den reeds ten uitvoer gelegden doen ophouden (art. 888—890 Kh.). En al mogt hij soms zoodanige gunst niet kunnen verkrijgen, als wegens oneerlijkheid of buitensporige handelingen daartoe onwaardig gekeurd, zeer zeker ontslaat hij zich toch door het faillissement alleen, en dus geheel eigendunkelijk, van den lijfswang, die nog niet tegen hem is uitgesproken, en juist om zijn faillissement ook later niet meer uitgesproken kan worden (art. 889 Kh.).

Alleen hij, die vóór het faillissement reeds een lijfswang uitvoerbaar vonnis verkregen heeft, mag na de insolvent-verklaring den lijfswang ten uitvoer leggen, omdat hij als het ware een verkregen regt daarop heeft, dat de regter hem evenwel (gelijk ik reeds deed opmerken) nog kan ontnemen (art. 890 Kh.); maar na het faillissement is, ook na de insolvent-verklaring en de vereffening des boedels, tegen den gefailleerde ter

zake zijner vóór het faillissement aangegane schulden geen lijfswang meer te verkrijgen.

Eveneens kan degene, die vóór dat het vonnis is uitgesproken, waarbij zijn schuldenaar in staat van kennelijk onvermogen is verklaard, lijfswang tegen hem heeft verkregen in de gevallen van art. 585 B. Rv., dien ten uitvoer leggen even als ware de schuldenaar niet in staat van kennelijk onvermogen verklaard (art. 890 B. Rv.). Na die uitspraak evenwel kan er, even als in geval van faillissement, geen lijfswang meer tegen hem worden verkregen, en kan de regier zelfs de uitvoering van den reeds uitgesprokenen verbieden en den reeds ten uitvoer gelegden doen ophouden, daar art. 897 B. Rv. o. a. de artikelen 888—890 Kh. ten deze van toepassing verklaart.

Er valt nog op te merken, dat het vonnis van verklaring in staat van kennelijk onvermogen niet, zoo als dat van failliet-verklaring (art. 771 Kh.), de ten uitvoerlegging van den lijfswang schorst, hetwelk evenwel niet aan meerdere strengheid van den wetgever is toe te schrijven (1), maar alleen het gevolg hiervan is, dat de in staat van kennelijk onvermogen verklaarde door het vonnis reeds dadelijk insolvent is verklaard, terwijl de in staat van faillissement verklaarde slechts is gebleken te hebben opgehouden te betalen, en eerst later insolvent wordt verklaard, als er geen accoord is tot stand gekomen (851 Kh.) (2). Voorts verdient ook

(1) Ten onregte schrijft Mr. DE PINTO, Handl. tot de Burg. Rv. II, § 603, de bepaling van art. 890 Burg. Rv. aan dusdanige oorzaak toe, en zoekt hij de reden daarvan te verklaren.

(2) Geheel ten onregte wordt door Mr. LIPMAN, Burg. Rv. bl. 388, de verwijzing bij art. 897 Burg. Rv. naar de artt. 888—890 Kooph. minder juist geoordeeld, als zoude door art. 890 Burg. Rv. reeds genoegzaam omtrent den lijfswang voorzien zijn. Laatstgenoemd artikel toch spreekt alleen van de al of niet schorsende kracht van het vonnis.

Mr. LIPMAN valt wijders den Wetgever te dezer plaatse ongemeen hard,

opmerking, dat tegen den in staat van kennelijk onvermogen verklaarde alleen de *in de gevallen van art. 585 B. Rv.* verkregen lijfswang kan worden uitgeoefend, en dus alleen de lijfswang, welke in zoodanige gevallen is verkregen, als waarin meestal kwade trouw plaats heeft, en niet die, welke in de gevallen van art. 586, wegens onderteekening van wissels of ander handelspapier, zelfs ter zake van koophandel, mogt zijn verkregen (1).

Ook door den geregtelijken boedelafstand (die toch ook eene willekeurige daad is. daar zij buiten de bij de wet bepaalde gevallen niet geweigerd kan worden,) kan een ieder zich van den lijfswang bevrijden; zelfs brengt deze ontslag daaruit mede. Zie de artt. 596, 3°, 707 en 709 B. Rv.

En welke zijn dan nu, volgens voormelde vonnissen, de bijzondere redenen, waarom in sommige gevallen de lijfswang niet meer kan worden verkregen? Want dat er zoodanige gevallen bestaan, wordt daarin erkend; alleen wordt ontkend, dat de redenen, die daartoe geleid hebben, eenige toepassing zouden kunnen vinden ten opzichte van den voormaligen koopman, die als zoodanig eene handelsschuld aangegaan heeft, of dat zij strijdig zouden zijn met het behoud van den lijfswang ter zake van handelsschulden, door den voormaligen koopman aangegaan. — Wij zullen ten slotte die bijzondere redenen, voor sommige gevallen aanwezig geacht, onderzoeken.

als hij de aanhaling van sommige artikelen zoo geheel onjuist noemt. Art. 790 Kooph. toch is te regt aangehaald, omdat het niet alleen spreekt van *inbewaringstelling*. maar ook van *gijzeling*. Zoo komt ook de twijfel, of er eene nieuwe insolvent-verklaring noodig zoude zijn als er geen accoord tot stand komt, mij geheel overbodig voor; het vonnis van verklaring in staat van K. O. bevat er reeds van zelf eene, welke blijft bestaan zoolang zij niet door de homologatie van een accoord is opgeheven. Zie art. 896, 2°. Burg. Rv.

(1) Zeer ten onregte derhalve zag de Regtbank van 's Gravenhage in art. 890 Burg. Rv. een voorbeeld van instandhouding van den lijfswang.

Tegen zeventigjarige personen, zegt men, wordt de lijfswang niet meer toegelaten, omdat in dit geval geene willekeurige daad, maar ouderdom dien uitsluit, welke ouderdom tijdens het aangaan der handeling kon worden voorzien. — Voorzeker, het bereiken van dien hoogen leeftijd hangt niet van 's menschen wil af, is geene willekeurige daad! Maar dat het bereiken van dien leeftijd voorzien kon worden, zal wel niets afdoen: het middel zal evenmin toepasselijk zijn, ook al wist men niet dat de aan lijfswang onderhevige persoon zoo nabij dien leeftijd was, ook zelfs niet wanneer deze dien opzettelijk had verzwegen of verbloed.

Van den zeventigjarige behoeft evenwel ter zake van handelsschulden in het geheel geen sprake te zijn, daar die leeftijd alleen in burgerlijke zaken, en wel slechts enkele, van den lijfswang bevrijdt.

De reden, die voor het geval van faillissement wordt opgegeven, is alleen deze, dat de gefailleerde het beheer over zijne goederen heeft verloren. (1)

Als dit de reden was (2), dan moest de reeds ten uitvoer gelegde lijfswang ook *ophouden*, — dan moest, *na* de vereffening van het faillissement, althans

(1) « Niet omdat hij opgehouden heeft koopman te zijn, » wordt er in een der gemelde vonnissen bijgevoegd. Zeker, het faillissement belet niet onmiddellijk weder handel te drijven: het ware wel te wenschen dat zulks den gefailleerde verboden ware, zoolang hij niet is gerehabiliteerd; er zouden dan gewis vrij wat minder faillissementen voorkomen, en vele kwade practijken geweerd worden.

(2) Om dezelfde reden, nml. dat hem het beheer zijner goederen ontnomen is, wordt in het vonnis der Arr. Rb. van 's Grav. gezegd, kan tegen den onder curatele gestelde geen lijfswang worden uitgeoefend. Ik moet doen opmerken, dat nergens staat geschreven, dat tegen onder curatele gestelden of minderjarigen geen lijfswang plaats heeft. Dit is evenwel een noodzakelijk gevolg van hunne onbevoegdheid om in regten te verschijnen: niet tegen hen wordt vonnis verkregen, maar tegen hunnen curator of voogd.

De minderjarige koopman, die beperkte handligting heeft bekomen, en de gebuwde koopvrouw zijn echter, ofschoon geen of slechts een zeer beperkt

nog lijfswang tegen den gefailleerde kunnen worden verkregen, — dan moest zelfs de uitoefening van den lijfswang geschorst zijn, niet tot de insolvent-verklaring, maar tot dat de geheele vereffening van den boedel is afgelopen en de rekening en verantwoording is afgelegd; na dat tijdstip toch herkrijgt de gefailleerde of de in staat van kennelijk onvermogen verklaarde eerst het beheer over zijne goederen, zoo er alsdan mogten overschieten, wat zeer zelden het geval zal zijn.

En evenwel noch het een, noch het ander hiervan heeft plaats; ik toonde dit straks reeds aan uit de art. 888—890 Kh. en 897 B. Rv.

De eigenlijke reden, waarom de lijfswang tegen den gefailleerde en den kennelijk onvermogend verklaarde niet meer mag worden uitgeoefend of verkregen kan worden, is omdat het middel niet meer baat, en nu zelfs geen dwangmiddel, maar slechts eene noodeloze wraakoefening zoude zijn; daarom wordt het voor het vervolg ontnomen, en kan alleen de reeds uitgesprokene lijfswang (tegen den gefailleerde ter welker zake ook, en tegen den kennelijk onvermogend verklaarde alleen in de gevallen van art. 585 B. Rv. verkregen) als een verkregen regt worden uitgeoefend, tenzij de regter ook dit verhindre door de ten uitvoerlegging van den lijfswang te verbieden of zelfs het ontslag uit den reeds ten uitvoer gelegden te gelasten (art. 890 Kh. en 897 B. Rv.).

De gronden, welke tegen het door mij ontwikkelde stelsel zijn aangevoerd, komen mij voor hetzelfde niet

beheer over hunne goederen hebbende, niettemin aan den lijfswang onderhevig.

Welligt werd door de Regtbank met « *onder curatele stelling* » slechts bedoeld de verklaring in staat van K. O.; deze toch werd in het Wetboek van 1830 *curatele* genoemd.

omverre te kunnen werpen. Mogt men er betere kunpen aanvoeren, ik ben bereid mij daardoor te laten overtuigen of, in het tegenovergestelde geval, die te bestrijden.

ROMEINSCH REGT.

Was de editio actionis in het Romeinsch proces-regt eene geregtelijke of eene buitengeregtelijke handeling? door Mr. I. TELTING, Advocaat te Leeuwarden.

Even als in ons hedendaagsch proces regt elke regtsingang aanvangt met eene dagvaarding (1), zoo werd ook bij de Romeinen in de oudste tijden (2) de procedure geopend door eene in jus vocatio (3). Die in jus vocatio verschilde echter, behalve in vele andere opzigten, ook daarin van onze dagvaarding, dat zij geenszins de middelen en het onderwerp van den eisch bevatte. De eischer sprak den gedaagde in dezer voege aan: «in jus te voco,» of «sequere ad tribunal,» of «age, ambula in jus,» gelijk de voorbeelden der oude in jus vocationes bij de Latijnsche schrijvers ons leeren; daarmede was de geheele in jus vocatio volbragt; de gedaagde was

(1) Zie art. 1 B. R.

(2) Over den overgang der oude in jus vocatio in de latere denuntiatio zie men BETHMANN-HOLLWEG, *Gerichtsverf. u. Civilproc. d. sink. Röm. Reichs*, § 21, ASVERUS, *Die Denunciation der Römer*, § 14, KELLER, *Der Röm. Civilproc. u. die Actionen in summ. Darstell.* § 48. De oude in jus vocatio schijnt echter nog vrij lang in gebruik te zijn gebleven. Zie S. H. v. IDSINGA, *Var. jur. civ. c. 6* p. 48—50, HARTMANN, *Das Contumacialverf. d. Römer*, Anhang I. Onder het Justiniaansch regt geschiedde de proces-inleiding door een libellus conventionis. Zie BETHMANN-HOLLWEG, a. a. O. § 23.

(3) Zie § 3. I. de poen. tem. litig.

alzoop dat oogenblik onbekend met de vordering, welke zijne partij in regten tegen hem wilde doen gelden (4). Om hem die vordering te doen kennen was eene andere handeling noodig, namelijk de *editio actionis*.

Over de vraag, welke plaats deze handeling in de procedure innam, of liever, of zij eene buitengeregtelijke handeling was, dan wel in jure voor den praetor plaats had, is vooral onder de oudere schrijvers veel getwist (5); in lateren tijd heeft men zich meer vereenigd tot het gevoelen dat zij in jure plaats had. De beschouwing dezer vraag, welke ook in verband staat met de leer van het vadimonium, is mij niet onbelangrijk voorgekomen.

Volgens het oudste Romeinsche proces-regt, gelijk ons dat door restitutie der decemvirale wetgeving is bekend geworden, was de gedaagde verplicht om aan de in jus vocatio gehoor te geven en den eischer onmiddellijk voor den praetor te volgen, en kon hij zelfs bij tegenstreving, na voorafgaande antestatio, met geweld hiertoe gedwongen worden. «Si in jus vocat, ito; ni it, testamino, igitur em capito. si calvitur pedemve struit, manum endojacito,» dus luidde het gestrengte voorschrift van de wet der twaalf tafelen, geheel in overeenstemming met den ruwen geest van het volk, waarvoor die wetgeving bestemd was (6).

Diezelfde wet bevatte echter deze uitzonderingen, dat de gedaagde door *het aangaan eener dading* met den

(4) Onder het Justiniaansch regt was dit anders. De libellus conventionis stemde meer overeen met onze tegenwoordige dagvaarding.

(5) Verg. SMALLENBURG, *animadv.* 3 ad Not. SCHULTINGH, *tit. D. de edendo ad l. 1 pr.* ZIMMERN, *Gesch. d. Röm. Privatr.*, Th. III, § 113, Not. 1.

(6) Zie DIRKSEN, *Uebers. d. bish. Vers. zur Kritik u. Herstell. d. Text. der Zwölftafelfragm.*, S. 724, vergeleken met UNTERHOLZNER in *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.*, Band II, S. 432 fgg.

eischer of door *het stellen van een vindex*, die de verdediging op zich nam, het strenge gevolg der in *jus vocatio* ontkomen kon. Daarenboven ontwikkelde zich uit het latere *jus honorarium* het *vadimonium*, eene cautie, waardoor de gedaagde zich verbond om in *jure* te verschijnen, zoo men al niet mag aannemen, dat reeds de decemvirale wetgeving zoodanige instelling gekend heeft (7).

Nu redeneert men aldus: was het waar, dat de gedaagde door het aangaan eener dading zich bevrijden kon van de verplichting om op de in *jus vocatio* onmiddelijk te volgen, dan moest hij noodzakelijk bekend zijn met het onderwerp der in te stellen actie; was hij daarvan onkundig, dan was het hem onmogelijk er over te transigeren. De *editio actionis*, de handeling, welke hem de in te stellen actie deed kennen, moest dus plaats hebben vóór of te gelijk met, niet na de in *jus vocatio*; zij was dus eene buitengeregtelijke handeling, even als de in *jus vocatio* zelve.

Daarbij kwam nog, dat volgens sommigen het *vadimonium* altijd en alleen buiten regten plaats had. Zij beschouwden dit, hoezeer ten onregte, even als de dading en het stellen van een *vindex*, eeniglijk als een middel om van het noodzakelijk gevolg der in *jus vocatio* bevrijd te worden. De eischer riep den gedaagde voor den praetor; het was billijk, dat hem de noodige tijd gegund werd om zich te beraden of hij door vrijwillige voldoening de aanspraak in regten wilde voorkomen, dan wel of hij het van belang rekende om den eisch tegen te spreken, en in het laatste geval om zich op zijne verdediging voor te bereiden. De eischer moest daarentegen zekerheid hebben, dat partij zich voor den praetor zou

(7) Of er reeds in de twaalf tafelen van een *vadimonium* sprake was, en zoo ja, van welken aard dit geweest zal zijn, is eene zeer betwiste vraag, die ik later opzettelijk hoop te behandelen.

laten vinden, en hiervoor stelde deze vadimonium. Van deze eenzijdige beschouwing was wederom het gevolg dat men de editio actionis vóór of te gelijk met de in jus vocatio liet plaats vinden. Immers geschiedde deze handeling eerst in jure, dan was de gedaagde vóór dien tijd onbekend met het onderwerp der actie, in dat geval kon hij geen belang hebben bij een termijn van beraad, en het voorname doel van het vadimonium, in den zin, waarin het door deze schrijvers verstaan wordt, zou dus vervallen. Door deze redeneringen geloof ik dat men er toe gekomen is om de editio actionis als eene buitengeregtelijke handeling te beschouwen (8).

Reeds CUIACIUS (9) beweert, dat oudtijds de editio actionis atque instrumentorum litis aan de in jus vocatio voorafging en dat de gedaagde daarom dadelijk volgen moest, als bekend zijnde met het onderwerp van den eisch; dat echter in lateren tijd, waarmede hij waarschijnlijk den libellus conventionis van het Justiniaansch regt bedoelt, deze handeling te gelijk met de in jus vocatio geschiedde en dat de gedaagde daarom tijd van beraad verkreeg. Op eene andere plaats evenwel (10), waar hij spreekt over het verschil in volgorde van behandeling in den Codex, bij ULPIANUS en PAULUS en in de Pandecten (11), drukt hij zich minder bepaald uit

(8) Verg. ZIMMERN, a. a. O.

(9) *Obs.* lib. X c. 10.

(10) *Paratitl. in Cod.* tit. de edend. (II, 1.).

(11) Bij ULPIANUS en PAULUS en in de Pandecten werd, in navolging van het edictum perpetuum, eerst gehandeld de edendo, daarna de in jus vocando; in den Codex daarentegen heeft men eene omgekeerde volgorde in acht genomen. MAJANSIUS, *Disp.* 49, § 1, wil, in navolging, zoo ik meen, van DONELLUS, wien hij echter niet aanhaalt, dit verschil daardoor verklaren, dat, naar de logische volgorde van denken, de editio of liever het opstellen van den libellus conventionis aan de in jus vocatio moet voorafgaan, volgens orde van handelen daarentegen daarop volgt.

en zegt dat het moeilijk te beslissen valt of de editio actionis de in jus vocatio voorafging, dan wel omgekeerd, en dat veeleer beide handelingen op een en hetzelfde tijdstip plaats grepen. Het is evenwel niet onwaarschijnlijk dat hij hier wederom den libellus conventionis van het Justiniaansch regt op het oog heeft.

RAEVARDUS daarentegen (12) was van oordeel, op grond eener na te noemen plaats van PLAUTUS, *Pers. act. IV, sc. 9, vs. 9*, dat de eischer niet noodzakelijk gehouden was, om vóór de in jus vocatio zijne actie door editio bekend te maken, hoezeer hij erkent dat dit somwijlen geschiedde.

De leer van CUIJACIUS wordt opzettelijk bestreden door NOODT (13); wel erkent hij dat de actionis editio aan de in jus vocatio voorafgaan kon; dit blijkt genoegzaam uit TERENT. *Adelph. act. II, sc. 1, vs. 40*:

«nam ego liberali illam adsero causa manu.

Nunc vide utrum vis; argentum accipere, an causam
meditari tuam.

Delibera hoc, dum ego redeo, leno.»

en uit de volgorde van het edictum perpetuum (14); maar dat die volgorde regtens noodzakelijk was wordt door hem ontkend op deze gronden. Vooreerst zegt ULPIANUS in *l. 1, § 1 D. de edend.*:

«Eum quoque edere Labeo ait, qui producit ad-
versarium suum ad album, et demonstret quod dic-
taturus est, vel id dicendo, quo uti velit (15).»

(12) *Protribunal. lib. c. 4.*

(13) *Comm. ad Dig. ad tit. de edend. (II, 13) in ejus opp., T. II, p. 64.* Zie ook *de pact.*, c. 1. T. I, p. 484.

(14) Verg. noot 11.

(15) Deze plaats wordt wel bij RAEVARDUS l. l. aangehaald, waar hij spreekt over de verschillende wijzen, waarop de editio actionis geschieden kan, doch niet gebruikt voor het doel, waartoe NOODT er zich op beroept.

Onder *album* zal *ULPIANUS* hier toch wel het *album* des praetors, en onder *adversarius* den gedaagde hebben verstaan; tevens leert hij dat de gedaagde, door den eischer in *jus* geroepen, verschijnen moet, ook al geschiedde de *editio actionis* eerst bij het *album* des praetors. Voorts lezen wij bij *PLAUTUS*, *Pers. act. IV, sc. 9, vs. 9*:

«*Sa. Age ambula in jus, leno. Do. Quid me in jus vocas?*

Sa. Ille apud praetorem dicam: sed ego in jus voco.»
en *Aulul. act. IV, sc. 10, vs. 30*:

«*Jam quidem ad praetorem hercle te rapiam, et ibi scribam dicam.*»

Volgens het oudste regt alzoo maakte het ten opzichte van de gehoudenheid des gedaagden, om op de in *jus vocatio* onmiddellijk te volgen, geen verschil of de *editio actionis* al dan niet geschied was; was hij in *jure* verschenen, dan moest hij in het eerste geval dadelijk zijne verdediging voordragen (16), in het laatste geval kon hij een termijn van beraad verzoeken.

Dit hebben ook de compilatoren van het *Just. regt* in het oog gehouden, toen zij in den *Codex* de *editio actionis* achter de in *jus vocatio* plaatsten, in de *Pandecten* daarentegen eene omgekeerde volgorde bewaarden.

SCHULTING (17) vereenigt zich in zoo verre met *NOODT*, dat volgens het oudste procesregt het geheel van den wil des eischers afhing, of hij den gedaagde vóór de in *jus vocatio* met de actie wilde bekend maken. Het latere procesregt evenwel, zooals zich dat in het edict des praetors ontwikkelde, vordert naar zijne meening eene aan de in *jus vocatio* voorafgaande *editio actionis*. Hij beroept zich daarbij op de *l. 1. pr. D. de edend.*:

(16) Dit meen ik te mogen betwijfelen; ik geloof dat hij in ieder geval door het stellen van *vadimonium* zich een termijn van beraad verschaffen kon.

(17) *Enarr. part. prim. Pand. ad tit. de edend., § 1, p. 261 sqq.*
Verg. *NOODT, de pact. l. 1.*

«Qua quisque actione agere volet, eam edere debet. nam aequissimum videtur, eum, qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat; et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum, cognita actione qua conveniatur.»

In het edictum perpetuum werd dan ook eerst gehandeld over de editio actionis en de pacta, vervolgens over de in jus vocatio, omdat die editio aanleiding geven kon tot het sluiten eener overeenkomst, waardoor de in jus vocatio kon worden voorgekomen. TRIBONIANUS eindelijk heeft den titel de edendo daarom de plaats, die hij in de Pandecten inneemt, aangewezen, omdat de gedaagde, wanneer er geene editio actionis geschied was, niet in regten behoefde te verschijnen.

JANUS A COSTA (18) is, op grond van de door mij reeds aangehaalde plaatsen van PLAUTUS en TERENTIUS, even als NOODT, van meening, dat het van de willekeur des eischers afhing, of hij de editio actionis voor de in jus vocatio, of wel in jure wilde verrigten, zoodat dit nu eens op deze, dan weder op gene wijze geschiedde, doch dat er geene noodzakelijkheid bestond, waarom de editio actionis buiten regten zou moeten plaats vinden. In allen gevalle kon § 3 I. de poen. tem. litig. met regt de in jus vocatio het «principium omnium actionum instituendarum» noemen, omdat daardoor de eischer eerst gezegd kon worden aan te vangen met het instellen zijner actie.

Zeer uitvoerig wordt deze vraag behandeld door D'ARNAUD (19), die haar in den geest van CUIJACIUS beslist. Eerst geeft hij de positieve gronden voor zijne meening op, daarna tracht hij de tegenbewijzen te ontzenuwen.

Vooreerst alzoo wijst hij op de boven reeds aangehaalde l. 1 pr. D. de edend. Zonder voorafgaande editio actionis

(18) Ad § 3, I de poen. tem. litig.

(19) Var. conjeet. lib. II c. 9.

kon de gedaagde zijne schuld niet erkennen en den eischer geen voldoening geven, en daar de hulp des regters alleen tegen hen wordt ingeroepen, die in gebreke blijven of wel weigerachtig zijn om aan hunne verplichtingen te voldoen, moest men, alvorens iemand in regten te roepen, verklaren krachtens welke verbindtenis men hem wilde aanspreken, en de editio actionis moest alzoo aan de in jus vocatio voorafgaan; dit blijkt ook duidelijk uit de volgorde van het edictum perpetuum.

Sommigen hebben evenwel beweerd, dat wel de billijkheid zoodanige handelwijze voorschreef, maar dat regtens niemand daartoe kon worden gedwongen. Zij beroepen zich vooreerst op PLAUTUS, *Aulul.* act. IV, sc. 10, vs. 30. Tegen deze plaats brengt d'ARNAUD in het midden, dat *dicam scribere* niet beteekende *actionem edere*, maar *actionem instituere*. 't Was eene spreekwijze, die niet alleen dikwijls bij de Comici, maar ook bij CICERO in dien zin voorkomt (20). De aangehaalde plaats van PLAUTUS bewijst dus in het onderhavige vraagpunt niets, omdat zij daarop geene betrekking heeft. Leest men daarentegen een weinig verder, nl. vs. 33, dan vindt men in de woorden van denzelfden schrijver veeleer een bewijs voor de tegenovergestelde meening.

De tweede bewijsplaats, waarop men steunt, is van denzelfden schrijver in zijn *Persa*, act. IV, sc. 9, vs. 9. Deze plaats kan evenmin bewijs opleveren, omdat daar niet van eene civiele, maar van eene criminele actie sprake is. Hier bestond volstrekt geen reden, waarom

(20) Verg. CIC. in *Verr.* II. 24. TERENT. *Phorm.* II. 2. 15. Men zou hierbij kunnen voegen *Phorm.* I. 2. 77. II. 2. 15. II. 3. 91. IV. 3. 63. PLAUT. *Poen.* III. 6. 5. CIC. in *Verr.* II. 2. 15; 17. 18. SERV. ad *Aen.* VI. 431. Volgens MAJANSIUS l. l. § 5 was *dicam scribere* die soort van editio, wanneer de actie opgeschreven aan partij werd overhandigd. RUDORFF in zijne uitgave van PUCHTA, *Inst.* § 184 Note. S. 269 merkt op dat het eene eigenaardige instelling van het Grieksch provinciaalregt was.

de aanklager vooraf den grond zijner beschuldiging zou behoeven kenbaar te maken, omdat toch in allen gevalle de heklaagde in regten zou moeten verschijnen en niet bij magte was om door eene dading de zaak te beëindigen (21).

Eindelijk voert men nog *l. 1 § 1 D. de edend.* aan. Wil men echter onder het album, dat daar voorkomt, het album des praetors verstaan, dan zou ULPIANUS in lijnrechte tegenspraak komen met hetgeen hij in den aanhef van hetzelfde fragment leert. Men zou daarom, indien de lezing dezer plaats zuiver ware, de woorden van LABEO op deze wijze moeten verklaren, dat eene editio actionis ook gebeuren kon door den gedaagde de in te stellen actie op het album aan te wijzen, wanneer partijen zich toevallig daar ter plaatse bevonden, waar het album ten toon gesteld was.

Het schijnt evenwel dat de plaats corrupt is. De zegswijze *producere aliquem ad album*, in de beteekenis van iemand naar de plaats brengen, waar het album zich bevond, is geen goed Latijn. Dit is ook reeds vroeger opgemerkt, en men heeft daarom voorgeslagen om te lezen *deducat* of *perducat*. Evenmin laat zich de uitdrukking verdedigen *demonstrat, quid dictaturus sit*. Deze kwam alleen voor bij actiones praescriptis verbis, en juist zoodanige actien waren niet opgenomen in het album des praetors (22). CUIACIUS wilde daarom lezen *ex quo edicto acturus est* (23). Doch aangenomen

(21) Zie *l. 7 § 14 D. de pact.* (11. 14). PAUL. *sent. rec. I. 1 § 7.* Verg. NOODT, *Dicolet. et Maxim. c. 5.*

(22) Verg. *l. 1 D. de praescr. verb.* (XIX, 5). Ik zie niet in dat deze plaats iets voor de meening van d'ARNAUD bewijst; alleen blijkt er uit dat de actiones praescriptis verbis gegeven werden uit contracten, die geen eigene technische benaming droegen.

(23) *Obs. l. VIII. c. 15.* SMALLENBURG *animadv. 3 ad SCHULTING. ad. l. 1 § 1 D. de edend.* beweert echter, met beroep op NOODT, ad h.

al de waarheid dezer emendatie, dan blijven er nog moeilijkheden over. Vooreerst toch is het wel niet denkbaar, dat alle edicten van alle praetoren op ééne enkele tabula konden worden opgeteekend (24), en ten andere kon men krachtens ééne overeenkomst op verschillende wijzen verbonden zijn, zoodat eene aanwijzing van het edict, waarin zoodanige overeenkomst behandeld werd, nog niet voldoende was om den gedaagde met de in te stellen actie bekend te maken.

D'ARNAUD slaat daarom voor om de plaats op deze wijze te lezen: «Qui producat adversario suum modo album.» Men zou hiertegen kunnen inbrengen dat *producere* alleen van bezielde, van onbezielde voorwerpen daarentegen *proferre* gebezigd wordt; maar het is ligt mogelijk dat ULPIANUS dit spraakgebruik niet altoos juist voor oogen heeft gehad, en zeker is het althans dat *producere* somwijlen ook bij onbezielde voorwerpen voorkomt (25), evenals *proferre* bij bezielde voorwerpen (26). De schrijver wil dan onder *album* een privaat aantekeningboekje hebben verstaan, waaruit de eischer

t., v. HEES in eene straks aan te halen *diss.* p. 533 en POTHIER ad h. t. dat hier geene emendatie noodig is, omdat de uitdrukking *quod dictaturus est* in den zin van *qua actione usurus est* zich volkomen laat regtvaardigen.

(24) Dit is een zonderling denkbeeld van D'ARNAUD, immers het edict des praetors was, gelijk CIC. in *Verr.* I, 42 zegt, eene *lex annua*; de regtsmagt des praetors was bepaald door den tijd, gedurende welken hij zijne magistratuur bekleedde; men had alzoo slechts met één edict te maken, dat van den fungerenden magistraat, de vroegere edicten zijner voorgangers golden niet meer. Waartoe dan eene tabula of album, waarop alle edicten van alle praetoren waren opgeteekend? Ik versta de emendatie van CUIJACIUS in den zin van *ex quo capite of ex qua parte edicti acturus est*.

(25) Verg. DONAT. *ad Terent. Eun.* I. 2. 3. JUVENAL. *Sat.* VIII. 266.

(26) Verg. I. 6 *D. de quaest.* (XLVIII. 13).

vóór of bij de in jus vocatio aan den gedaagde den grond zijner actie kenbaar maakte (27).

VAN HEES heeft in zijne inaugurele dissertatie (28) eene geheele § aan onze vraag gewijd. Hij onderscheidt twee tijdperken, dat van de twaalf tafelen en dat van het edict. In het oudste tijdperk was het geen gewoonte om vóór de in jus vocatio de actie door editio bekend te maken. Vooreerst maakt de wet der twaalf tafelen bij haar voorschrift *si in jus vocat ito* geene de minste beperking van voorafgaande editio actionis. Ten tweede pleit voor dit gevoelen de reeds meermalen aangehaalde plaats van PLAUTUS, *Pers.* Ten derde was de editio actionis eene voor den eischer zeer gevaarlijke zaak, waarvan de geheele afloop van het geding afhankelijk was. Hij mogt daarom niet gedwongen worden om bij de in jus vocatio, die dikwijls op de openbare straat onder het gedrang der volksmenigte geschiedde, tevens de editio actionis te verrigten en daardoor zijne geheele zaak op het spel te zetten. Eindelijk bestond er hoegenaamd geen reden voor eene voorafgaande editio actionis, omdat de gedaagde op de in jus vocatio verplicht was te volgen, en het hem dus onverschillig wezen moest of hij wat eerder of later met de in te stellen actie bekend werd (29). Men zegge niet, de gedaagde behoefde niet

(27) Andere lezingen zie nog bij SMALLENBURG l. l. en DIRKSEN, *Beijtr. zur Kunde des Röm. Rechts*, S. 315 fg.

(28) A. H. VAN HEES, *Diss. de iis, quae antiquit. ap Rom. int. litig. ante lit. cont. fiebant*, L. B. 1747 in FELLEBERG, *Jurisprud. antiq.* I p. 451—564. § 39.

(29) De waarheid van dit laatste argument zou ik betwijfelen; ik geloof dat de gedaagde er wel belang bij had om de in te stellen actie vooraf te kennen, b. v. voor het geval dat hij transigeren wilde, hetwelk hem toch bij de wet der twaalf tafelen uitdrukkelijk werd toegestaan. Alleen was dat belang niet zoo groot als sommigen beweren, daar hij altijd later door het vadimonium uitstel kon verkrijgen.

te volgen, wanneer hij den eischer voldoening geven wilde, en dit kon hij niet, tenzij hem de in te stellen actie bekend ware (30). Immers van zoodanige bevrijding van den gedaagde, door voldoening aan den eisch, weten de twaalf tafelen niets; zij bevelen slechts: «si in jus vocat, ito.» En hiermede vervalt dan ook het tweede bezwaar, dat de hulp van den magistraat alleen tegen hen wordt ingeroepen, die in gebreke blijven of weigerachtig zijn om aan hunne verplichtingen te voldoen (31); want zoodanige beperking komt in de twaalf tafelen niet voor (32).

In lateren tijd, toen de praetor reeds zijn edict gegeven had *in jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent*, was het wel de gewoonte om aan de in jus vocatio eene editio actionis te laten voorafgaan, ten einde daardoor noodeloze uitstellen te voorkomen, maar toch geene regelmatige noodzakelijkheid. Vooreerst bestaat er geen plaats, waaruit men dit met zekerheid zou kunnen opmaken (33). Ten andere blijkt uit Cic. *in Ferr.* III, 28, dat de editio actionis zelfs niet eens *in jure* behoefde, maar ook *in iudicio* kon geschieden.

«Statim tanquam conjuratio aliqua Agyrii contra Rempublicam facta, aut Legatus Praetoris pulsatus esset, ita Agyrio Magistratus, et quinque primi accitu istius evocantur. Veniunt Syracusas: Praesto est Apronius: ait eos ipsos qui venissent contra edictum Praetoris fecisse; quaerebant quid? respondebat *se ad recuperatores esse dicturum* » (34).

(30) *L. 1 pr. D. de edend.* boven aangehaald. SCHULTING en d'ARNAUD l. l.

(31) d'ARNAUD l. l.

(32) Hiervoor bestond ook hoegenaamd geen reden, daar die beperking van zelf sprak en dus in geene wet behoefde opgenomen te worden.

(33) Voorzeker een zwak argument.

(34) Ik zou evenwel betwijfelen of hier aan eene regelmatige procedure

Hierop gaat de schrijver over tot eene opzettelijke bestrijding van d'ARNAUD. De *l. 1 pr. D. de edend.*, waarop deze zich beroept, spreekt zeer algemeen en kon slechts algemeen spreken, omdat ULPIANUS anders met zich zelve in tweestrijd komen moest, waar hij in hetzelfde fragment, § 1, zegt: «eum quoque edere Labeo dicit, qui producat adversarium suum ad album et demonstret quid dictaturus est.» Uit deze plaats volgt dus in geenen deele dat de editio actionis vóór de in jus vocatio geschieden moest. Omdat d'ARNAUD dien hij zijne opvatting van gezegde *l. 1 pr.* onvermijdelijken strijd bespeurde, wilde hij de § 1 emenderen. Zoude evenwel zijne emendatie opgaan, dan had hij vóór alles moeten bewijzen, dat privaatspersonen er een *album* op na hielden, hetgeen wel door hem beweerd, maar niet bewezen is. Maar daarenboven zijn de redenen, die hem tot emendatie bewegen, ongegrond. *Producere* zou alleen gezegd worden in den zin, waarin wij het nog tegenwoordig bezigen, van iemand, b. v. als getuige, in den gerigte produceren. De geleerde schrijver had alzoo TERENT. *Adelph.* Act. III, sc. 3, vs. 47 sqq., Act. IV, sc. 2, vs. 21 sq. en LUCILIUS XXX, welke eerste en laatste plaats ook bij NONIUS MARCELLUS, *de var. sign. verb.* p. 373 aangehaald worden, over 't hoofd gezien, waar dit woord wel degelijk voorkomt als *deducere*, iemand ergens heen begeleiden. Dit moge dan wel geen bijzonder sierlijk Latijn wezen, 't woord komt echter zoo voor, en waarlijk in den tijd der klassieke juristen moet men het met het klassiek Latijn zoo naauw niet nemen.

Demonstret quid dictaturus sit. Dictare actionem

kan worden gedacht; immers kan het niet twijfelachtig zijn dat de editio actionis wel in allen gevallen voor de litiscontestatie moest plaats hebben, daar zij alleen eene tegenspraak van partij en litiscontestatie mogelijk maakt. SCHULTING in *Not. ad l. 1 D. de edend.* zegt dan ook niet zonder betekenis: «sed id de Verre.»

wordt voornamelijk gebezigd van actiones praescriptis verbis, en deze kwamen in het album des praetors niet voor. Maar volgt daar dan uit, dat die spreekwijze nooit van andere actien gebruikt werd, te meer daar juist het tegendeel blijkt uit onze plaats, tenzij men haar geweld aandoe? (35)

Eindelijk ééne tabula kon onmogelijk alle edicten van alle praetoren bevatten, en al ware dit ook mogelijk, dan zou nog eene aanwijzing van een bepaald gedeelte van het edict onvoldoende zijn, omdat men uit ééne overeenkomst op verschillende wijze verbonden zijn kon. Dit wordt genoegzaam wederlegd door Cic. *pro Q. Rosc. com.* 8: «Sunt jura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere injuriae, aut ratione actionis errare posset; expressae sunt enim ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria publicae a Praetore formulae ad quas privata lis accommodatur» (36).

Even als bij VAN HEES, worden ook bij VOORDA (37) twee tijdperken onderscheiden, hij komt evenwel tot een verschillend resultaat. De twaalf tafelen vorderden geene voorafgaande editio actionis, hoezeer dit misschien wel in de bedoeling des wetgevers lag, daar hij vrijheid liet tot transactie, vóórdat partijen in jure verschenen. De praetor daarentegen schreef eene editio actionis voor, opdat de gedaagde weten zou of hij zich al dan niet op de actie wilde inlaten en in het eerste geval den noodigen tijd zou hebben, om zich op zijne verdediging voor te bereiden. Hieruit blijkt dan ook genoegzaam, dat die editio actionis vóór of te gelijk met de in jus vocatio moest geschieden, en de praetor handelde alzoo geheel in den

(35) Verg. integendeel boven noot 22.

(36) Verg. integendeel boven noot 24.

(37) *Diss. de Vadimonio*. T. a. Rh. 1751 in FELLEBERG, *Jurisprud. antiq.* I. p. 1 - 63. c. II. § 4.

geest van den decenviralen wetgever, hoewel deze zijne ware bedoeling niet bepaald had uitgedrukt.

Men ziet, dit is geheel dezelfde leer, als reeds vroeger door SCHULTING verkondigd was, eene leer geheel in overeenstemming met het door den schrijver aangenomen gevoelen, dat het vadimonium altijd en alleen buiten regten plaats had en diende om den gedaagde vrij te stellen van de verpligting om op de in jus vocatio onmiddellijk te volgen (38). Hij vervolgt dan ook op deze wijze: Stelt men, dat de gedaagde onmiddellijk volgde, dan moet men aannemen, dat de editio actionis aan de in jus vocatio voorafging; beloofde deze daarentegen vadimonium, dan moest zij wel aan de verschijning in jure, maar behoefde niet aan de in jus vocatio vooraf te gaan, doch kon met deze te gelijk geschieden, en hiermede is dan ook CUIACIUS geregvaardigd, die schijnen kon in zijne *Obs.* en *Paratitl.* boven aangehaald zich niet volkomen te zijn gelijk gebleven.

De meermalen aangehaalde plaats van PLAUTUS, *Pers.* staat aan dit gevoelen niet in den weg; daaruit blijkt alleen dat de eischer tot eene voorafgaande editio niet gedwongen kon worden. Dit kon hij dan ook niet, en meermalen geschiedde daarom die handeling eerst in jure, maar dit was meer feitelijk dan regtens en geenszins in overeenstemming met de bedoeling des practors.

Evenmin strijdt tegen dit gevoelen, dat in de Instituten de in jus vocatio het «principium omnium actionum instituendarum» genoemd wordt; de reden toch hiervan is daarin gelegen, dat de editio actionis eigenlijk geen geregtelijke, maar alleen eene voorbereidende handeling was.

Tot zoo verre VOORDA. Van den strijd tusschen d'ARNAUD EN VAN HEES, die evenwel reeds voor het ver-

(38) Verg. de aangeh. *Diss.* c. II, § 3. Dit punt hoop ik later opzettelijk te behandelen.

schijnen zijner dissertatie gevoerd was, en van de meermalen besprokene hoofdbewijsplaats *l. 1. § 1. D. de edend.* maakt hij geen melding.

GLÜCK (39) vereenigt zich met VAN HEES, wiens woorden hij zelfs met eene geringe verandering teruggeeft (40); het zal dus niet noodig zijn bij zijne bewijsvoering stil te staan; alleen merk ik op, dat hij de twee verschillende tijdperken, dat van de twaalf tafelen en dat van het edict niet onderscheidt, doch alleen het eerste op het oog schijnt te hebben, en dat hij enkele argumenten van VAN HEES achterwege laat.

In zijn' Pandecten-commentaar (41) zoekt hij, in navolging van MARCKART (42), het geschil te vereffenen, door eene geregteijke en eene buitengeregteijke editio actionis aan te nemen.

In een afzonderlijk geschrift over de editio van bewijsstukken (43) heeft HARSCHER VON ALMENDINGEN ook ons

(39) *Diss. de vita petend. rest. in integr. praet.* in zijne *opusc. jurid. fasc. II.* p. 259—500, § 9 init. not. 29. 30, 31.

(40) Van dit misbruik, dat bij meer schrijvers uit de vorige eeuw in zwang was (zie b. v. mijne inaugurele *Diss. de crim. amb.* p. 8), om de woorden van anderen als hunne eigene op te disschen, is ook GLÜCK in dit geschrift niet vrij gebleven. Zoo heeft hij in dat gedeelte, waar hij over het vadimonium handelt, § 12—16, meermalen een al te vlijtig gebruik gemaakt van VOORDA's dissertatie over dat onderwerp. Verg. b. v. GLÜCK, § 8, not. 28 met VOORDA, c. V, § 4 med.; § 12, not. 67 met c. III, § 1 in fine; § 13, p. 337, 338 met c. II, § 1; § 15, p. 353, 354 init. met c. V, § 2; p. 354, 355 met c. V, § 3; p. 362, 363 init. met c. V, § 4 med. Vergelijk nog denzelfden § 14 met MEISTER, *Vindex et vas.* c. II, § 7.

(41) *Ausführl. Erläut. der Pand.* § 270. Not. 21. Th. III. S. 589.

(42) *Interpr. recept. jur. civ. lect.* I. c. 19. p. 122 sqq. aangehaald bij GLÜCK a. a. O. en bij SMALLENBURG, *Animadv.* 3 ad *l. 1. pr. D. de edend.*

(43) *Ueber Urkundenedition und Argentarien* in GROLMAN's *Magaz. für die Philos. u. Gesch. d. Rechts.* Th. I. S. 281—366, aldaar S. 297, fg. en Not. c.

vraagpunt aangeroerd. Hij verklaart ronduit dat de gedaagde op de in jus vocatio niet behoefde te volgen, zoo hem niet vooraf de actie bekend gemaakt was. In eene noot houdt hij zich bezig met de verdediging van CUIACIUS tegen NOODT; van de geschriften van D'ARNAUD, VAN HEES en VOORDA maakt hij geen gewag.

Wel is er volgens hem geen bepaalde bewijsplaats voor het gevoelen van CUIACIUS aan te voeren, maar werd deze tot zijne ontdekking gebragt door de volgorde van den edictencommentaar van ULPIANUS; door NOODT daarentegen wordt te veel gewigt gehecht aan de plaats van PLAUTUS, hij denkt er niet aan dat de proces-orde ten tijde van ULPIANUS kan zijn veranderd, hij ziet over 't hoofd dat volgens dezen jurist de gedaagde *instructus ad agendum* in jure verschijnen moest. Eindelijk is NOODT in tegenspraak met zijne eigene bewering dat de woorden van het edict, waarover ULPIANUS commentarieerde, geluid zouden hebben: «*qua quisque actione agere volet, eam edere debet.*» Waartoe toch een uitdrukkelijk voorschrift des praetors, waarbij den eischer de editio actionis bevolen werd, wanneer het van de willekeur van dezen afhing, om die handeling eerst in jure te verrigten? Hier sprak dit immers van zelf, hier moest de gedaagde noodzakelijk met de actie bekend worden. De hypothese van CUIACIUS is te zeer in overeenstemming met den geest der Romeinsche procesorde, dan dat men die als bloote hypothese kan beschouwen.

ZIMMERN, waar hij in zijn bekend werk over de geschiedenis van het Romeensch regt over de actionis editio handelt, spreekt over onze vraag in eene noot (44); hij voert daar de verschillende schrijvers van beide zijden aan, en verklaart zich op grond van PLAUT. *Pers. Act.* IV, sc. 9, vs. 8 sqq., TERENT. *Adelph. Act.* II, sc. 1, vs. 40

(44) *Gesch. des Röm. Privatr.* III § 113, Not. 1, verg. § 112, text voor Not. 21.

sqq. (45) en *l. 1 § 1 D. de edend.* voor het gevoelen, dat naar de gewone procesorde de editio in jure plaats had, hoezeer hij erkent dat men ook dikwijls die handeling aan de in jus vocatio liet voorafgaan, 't geen ook inderdaad voordeelig wezen kon, wanneer de gedaagde zich bewegen liet om later geen uitsstel te verlangen, en dat zich hieruit misschien de orde van het edict verklaren laat.

Latere schrijvers over de Romeinsche procedure nemen, zonder van de vraag gewag te maken, vrij algemeen aan, dat de editio actionis in jure voor den praetor plaats had (46).

Ziedaar de geschiedenis van het vraagpunt. Vatten wij de verschillende gevoelens zamen, dan zien wij, dat de schrijvers zich in twee hoofdklassen groeperen, waarvan de eene beweerde, dat de editio actionis *buiten regten* moest plaats hebben, en dat bij gebreke daarvan de gedaagde niet in jure behoefde te verschijnen, de andere daarentegen, dat zij volgens de procesorde eerst *in jure* plaats had, doch dat het den eischer ook vrijstond om reeds vroeger zijne actie bekend te maken. De meesten onderscheiden daarbij twee tijdperken, dat van de twaalf tafelen en dat van het edict.

De bewijzen zijn aan den eenen kant de volgorde van het edict en de *l. 1 pr. D. de edend.*, aan den anderen kant het gestreng voorschrift der decemvirale wetgeving, PLAUTUS, *Pers.* IV, 9, 9. *Aulul.* IV, 10, 30 en de *l. 1 § 1 D. de edend.* (47).

(45) De plaats van TERENTIUS is minder juist aangehaald bij ZIMMERN, § 112, Not. 21, omdat juist uit die plaats blijkt dat de editio actionis somwijlen buiten regten geschiedde.

(46) Zie o. a. BETHMANN-HOLLWEG, a. a. O. § 21. Not. 1*; HARTMANN, a. a. O. S. 83; KELLER, a. a. O. § 50; PUCHTA, *Inst.* II. § 160, S. 80. Sommigen, zooals ASVERUS, a. a. O. § 14. Not. 11 en REIN, *das Röm. Privatr.* S. 474, gaan zelfs zoo ver van de editio actionis in het iudicium te plaatsen. Doch vergelijk boven noot 34.

(47) Ten onregte, geloof ik, verstaat BETHMANN-HOLLWEG, § 22,

Wat mij betreft, ik verklaar mij te vereenigen met de thans heerschende meening, dat volgens de gewone procesorde de editio actionis *in jure voor den praetor* plaats had, doch dat natuurlijk de eischer de vrijheid had om den gedaagde ook reeds vóór of te gelijk met de in jus vocatio met de in te stellen actie bekend te maken, zoo als dan waarschijnlijk ook dikwijls geschiedde.

Voor deze meening heb ik de volgende gronden.

Het gestreng voorschrift der twaalf tafelen, dat den gedaagde gebod om op de in jus vocatio den eischer onmiddellijk te volgen, en den eischer zelfs de bevoegdheid toekende om, bij weigering of tegenstreving van den gedaagde, dezen, na voorafgaande antestatio, met geweld te dwingen, duldde geene beperking of afwijking, dan die in de wet zelve voorkwam, en nergens wordt de verpligting van den gedaagde, om aan de in jus vocatio gehoor te geven, afhankelijk gemaakt van de voorwaarde, dat vooraf de actie aan hem moest zijn bekend gemaakt. Men zegge niet dat daardoor de bepaling dier zelfde wet, volgens welke de gedaagde door transactie zich bevrijden kon van de op hem rustende verpligting, illusoir zou worden gemaakt. Immers stond het den eischer vrij hem vooraf met de actie bekend te maken, en in dat geval was de gedaagde voorzeker in de gelegenheid om eene dading aan te gaan. Ten andere was het niet waarschijnlijk, dat de gedaagde, althans in de meeste gevallen, ook zonder voorafgaande editio actionis, geheel onbekend was met de reden waarom

Not. 4 deze plaats van den libellus conventionis van het Justiniaansch regt, tenzij men zijne woorden in dien zin opvatte, dat door de opneming van dit fragment in de Pandecten, het daarop moet worden toegepast. Immers het edict en *ULPIANUS* in zijn' commentaar daarover hadden de editio actionis, welke door den eischer zonder medewerking van den magistraat geschiedde, op het oog.

Themis, D. III, 2de St. [1856].

hij voor den praetor geroepen werd; immers wat nog heden ten dage gewoonlijk gebeurt, was ook bij de Romeinen gewoonte, dat men, alvorens iemand in regten te roepen en zich aan de onaangenaamheden van een proces bloot te stellen, zijne partij in der minne poogde over te halen om aan hare verplichtingen te voldoen, zoodat dan eindelijk eene procedure slechts strekte, om door regtsmiddelen te verkrijgen, wat men geen kans zag op eene andere wijze te bereiken (48).

Doch gesteld ook, dat zoodanige middelen tot transactie niet gebezigd waren, dan was het nog in hooge mate onwaarschijnlijk, dat de gedaagde in vele gevallen niet zou weten, waarom hij gedagvaard werd; immers had iemand jegens een ander eene verbindtenis aangegaan, eene schuld gecontracteerd, dan was hem dit niet onbekend, en werd hij nu door zijne partij in regten geroepen, dan kon hij ligt bevroeden dat het uit kracht dier verbindtenis geschiedde.

Eindelijk is het mogelijk, dat het vadimonium, waarvan de twaalf tafelen sporen schijnen te bevatten, eene cautie was, welke in jure gesteld werd en waardoor de gedaagde, na het hooren van de *editio actionis*, zich uitstel verschafte om zich op zijn antwoord voor te bereiden.

De praetoren bouwden het regtsgebouw voort op den grondslag der twaalf tafelen; zij konden dus, zonder dien grondslag te veranderen of op te heffen, hem wijzigen en daaraan toevoegselen maken met de latere regtsbehoeften en regtsontwikkeling overeenstemmende (49); het *edictum perpetuum* werd uit de oudere edicten

(48) Zie b. v. Cic. *pro Quinct.* 5: « Appellat ultro Naevium, ut, quoniam suspicaretur aliqua de re fore controversiam, videret, ut quam primum et quam minima cum molestia tota res transigeretur. » Verg. v. IDSINGA, l. l. p. 43 en de schrijvers daar aangehaald.

(49) Zie l. 7, § 1 *D. de just. et jur.* (I, 1). Verg. o. a. BEIN, a. a. O. S. 71 fg.

zamengesteld en wijzigde deze wederom naar de behoefte des tijds. Het is dus denkbaar, dat hetzij de oudere edicten, hetzij het edictum perpetuum, met het oog op de billijkheid, het gestreng voorschrift der twaalf tafelen in dier voege zouden hebben gewijzigd, dat zij den eischer voorschreven om vóór of bij de in jus vocatio zijne actie door editio bekend te maken. Hoezeer ik gaarne erken, dat werkelijk het jus honorarium de editio actionis voor den eischer verbindend heeft gemaakt, geloof ik echter niet dat door den praetor zoodanig voorschrift, omtrent den tijd wanneer die handeling plaats moest hebben, gegeven is.

Vooreerst toch meen ik te hebben aangetoond dat de bezwaren tegen het bevel der twaalf tafelen inderdaad zoo groot niet waren als zij wel schijnen.

Ten andere zijn voor den vroegeren tijd **PLAUTUS**, *Pers.* en *Aulul.*, voor den lateren tijd de *L. 1 § 1 D. de edend.* voldoende om de onjuistheid dier bewering aan te toonen. Met **PLAUTUS** heeft men het zoo naauw niet genomen, en de *L. 1 § 1* is door de meesten maar niet aangeroerd. **D'ARNAUD** evenwel heeft vooreerst getracht de bewijskracht van den dichter te ontzenuwen, en toen hem daarna nog de jurist in den weg stond, wiens gezag moeilijker omver te werpen was, heeft hij dezen dood eenvoudig weggeëmendeerd. Voorzeker eene zeer gemakkelijke manier van bewijzen! maar hare juistheid betwijfel ik. Ik neem daarom in allen gevalle de bewijskracht van **ULPIANUS** aan, en daaruit blijkt a fortiori de waarheid der voorstelling bij **PLAUTUS**. Immers niemand zal toch wel willen beweren, dat een voorschrift des praetors, waarbij in overeenstemming met de billijkheid aan den eischer de editio actionis bij de in jus vocatio tot plicht gemaakt werd, ten tijde van **PLAUTUS** zal hebben bestaan, doch ten tijde van **ULPIANUS** niet meer bekend zou zijn geweest. Zoodanige bewering zou

in lijnregten strijd zijn met den ontwikkelingsgang van het jus honorarium.

Men zal mij echter tegenwerpen, door de bewijskracht van *ULPIANUS*, zoo als de plaats daar ligt, aan te nemen, brengt gij hem in tegenspraak met zich zelven en dat wel in hetzelfde fragment. Ik ontken dit; ik ontken met *VAN HEES* dat in de *l. 1 pr. D. de edend.* gelegen is, wat door *D'ARNAUD* daaruit te voorschijn wordt gebracht. Daar wordt wel gezegd dat de eischer zijne actie moest bekend maken, opdat de gedaagde weten zou, hoe hij te handelen had, *utrum cedere an contendere vellet*, maar *ULPIANUS* zegt volstrekt niet dat de editio actionis vóór of bij de in jus vocatio geschieden moest, en hij wilde dit ook niet te kennen geven. Immers hoe hebben wij ons de zaak voor te stellen? De eischer riep den gedaagde voor den praetor: waren partijen daar verscheenen, dan had de editio actionis plaats, de gedaagde wist dan hoe hij zich gedragen moest; wilde hij erkennen, hij kon dit dadelijk doen; wilde hij den eisch ontkennen of zich op exceptien beroepen, ook dit kon hij doen; wilde hij eindelijk uitstel vragen, hij behoefde slechts *vadimonium* te stellen, dat hij tegen een bepaalden tijd weder voor den praetor zou verschijnen (50).

Wat eindelijk de volgorde van het edict betreft, waarin eerst de editio actionis, vervolgens de in jus vocatio behandeld wordt, is het mogelijk dat hierin de gewoonte is gevolgd, welke misschien medebragt om vóór of te gelijk met de in jus vocatio de actie bekend te maken (51), of dat de praetor zich meer door den loop der gedachten dan door de procesorde heeft laten leiden (52).

(50) *ZIMMERN*, § 112 voor Not. 20, § 113 a. E. en Not. 1. *PUCHTA* § 160 S. 80, die overigens den vroegeren tijd der legis actiones op het oog heeft. *KELLER* § 47, 50.

(51) *ZIMMERN*, a. a. O.

(52) Verg. boven noot 11.

BOEKBEORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

(NEDERLANDSCHE LITERAATUUR.)

Registers op het Archief afkomstig van het voormalig Hof des Vorstendoms Gelre en Graafschaps Zutphen, opgemaakt volgens besluit van HH. Ged. St. der prov. Gelderland van 9 Dec. 1851 n°. 3, door P. NIJHOFF, adjunct-archivaris van Gelderland. Arnhem. Is. AN. NIJHOFF EN ZOON. 1856. 461 blz. in 8°.

De draad der nationale regtsoverlevering werd bij ons schier geheel afgesneden. De bron waaruit de nederlandsche wetboeken vloeiden is zoo doorgaans het franche, zoo zelden het oud-vaderlandsche regt, dat de praktische jurist, zelfs al ontbreekt het hem noch aan de lust noch aan de middelen, meestal tot grondige beoefening onzer voormalige provinciale regten den tijd en de aanleiding mist. En ook aan onze Academiën mag de student van geluk spreken die er een liefhebberij-collegie over hooren kan. Onze kundige archivariissen intusschen trachten meer en meer wat elders verzuimd wordt door hunnen ijver aan te vullen. In plaats van de oude gedenkstukken te midden waarvan zij leven voor de oogen van anderen verborgen te houden, verlangen zij niets liever dan de algemeene oplettendheid er op te vestigen en het helder licht dat er van uitstraalt voor ieder te laten schijnen. Een merkwaardig voorbeeld dezer echt wetenschappelijke gezindheid levert het aangekondigd werk van den Hr. P. NIJHOFF, zoon en adjunct van Gelderland's waardigen archivaris, op. In het voorbericht geeft de schr. zelf, na eene gedrongene schets van den oorsprong, den werkkring en de

lotgevallen van het Geldersche Hof, de volgende opgave van den inhoud:

«Het beschreven archief omvat het geheele tijdvak van 's Hof's bestaan, van 1544 tot 1811, maar over de jaren 1544 tot 1600 is veel verloren gegaan of vroeger naar elders verplaatst.

«De dubbele werkring van het Hof maakte ook bij de rangschikking van zijn archief eene afscheiding noodzakelijk. Ten gevolge daarvan is het tijdrekendkundig register in twee afdeelingen gesplitst. De eerste afdeeling loopt alleen over het justitiele gedeelte van 's Hof's werkzaamheden; het bevat de vonnissen en andere justitiele handelingen door het Hof in die kwaliteit gegeven. De tweede afdeeling is alleen aan het politieke en administrative gewijd. In beide registers hebben wij echter niet *alles* opgenomen wat wij vonden, het had onzen arbeid ligt onvoltooid gelaten. «Wat verouderd en als afgedaan kon beschouwd worden, is achterwege gebleven; wat van voortdurend aanbeldang kon geacht worden of ter bevordering van geschiedenis of regtskennis strekken kon, hebben wij naar ons beste weten, zoo naauwkeurig mogelijk, soms ook met een enkel woord, opgeteekend. Meer bijzonder zijn al zoodanige vonnissen, tot de uitoefening der civile jurisdictie betrekking hebbende, vermeld, bij welke ten aanzien van het regt op zaken beslist is, en alzoo wat op grondeigendom en daarmede verbonden regten, op tienden, erfpachten, en tinsen, op grensbepalingen, wegen, veren, waarden en zanden, vischerijen, vikariën, collatie-regt, molens en molenstuwen en dergelijke betrekking heeft. Het alphabetisch register, naar orde der behandelde zaken, ingerigt, brengt de beide afdeelingen van het tijdrekendkundig register weder met elkaër in verband.»

Bovendien worden, onder de rubriek **BOEKEN EN**

PAKKETTEN ENZ., een aantal charters op papier en perkament, cartularia, briefwisselingen en uitvoerige rapporten over de politieke gebeurtenissen in Gelderland, vooral over de jaren 1702 tot 1708 en 1784 tot 1796, en insgelijks eenige KAARTEN vermeld; en eindelijk aan de *stukken uit het archief der voormalige Geldersche Leenkamer* mede eene plaats ingeruimd.

Is het waar, dat eene maatschappij het best beoordeeld wordt naar hare regtsinstellingen, en regtsinstellingen, even als alle bestaande zaken, slechts uit de toepassing te kennen zijn, men zal aan dergelijke registers, omdat eerst zij den weg tot die kennis openstellen en effenen, groote waarde moeten toeschrijven. Te meer omdat de arbeid, er aan te koste gelegd, vaak juist voor hen die er het meeste voordeel van trekken met weinig dank beloond en ligt vergeten wordt, dat hij stalen vlijt, scherp en wis oordeel, aanzienlijke kundigheden vereischt. Liet evenwel de schr., in wiens geslacht de liefde voor het archiefwezen erfelijk schijnt, zich niet afschrikken van de schijnbaar dorre taak, door de uitmuntende wijze waarop hij ze, althans naar mijn oordeel, volbragt, bewees hij aan de vaderlandsche regtsgeschiedenis eene belangrijke dienst en verwierf zich wezenlijke en niet geringe verdiensten.

J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO.

(BUITENLANDSCHE LITERATUUR.)

De l'Amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante, par A. BONNEVILLE, conseiller à la cour impériale de Paris, officier de la légion d'honneur. Paris, Cotillon 1855, XXXIV, 732 in 8°.

Onder bovenstaanden titel is voorleden jaar te Parijs een zeer merkwaardig werk in het licht verschenen, dat in hooge mate de belangstellende aandacht verdient ook in ons land, waar (wij erkennen het gaarne) sedert de laatste jaren eenige verbeteringen in de strafwet tot stand gebracht, doch inderdaad slechts halve maatregelen zijn genomen, en in menig opzigt nog veel te doen overblijft. De schrijver is door zijne veeljarige regterlijke loopbaan en de verschillende betrekkingen, door hem bekleed, in de gelegenheid geweest de gebreken der wetgeving te leeren kennen en mag hij uitnemendheid bevoegd geacht worden te dezer zake te oordeelen. Reeds vroeger was hij op eene gunstige wijze bekend door onderscheidene geschriften, waarin wenken en voorstellen zijn vervat, die allezins voor verwezenlijking vatbaar zijn, en onder de maatregelen, die men aan hem te danken heeft, behoort onder anderen het invoeren van de zoogenaamde leggers of *casiers judiciaires*, waarvan ook in het voorliggend werk gesproken wordt. Sedert meer dan dertig jaren belast met de moeilijke taak om boosdoeners te beteugelen, heeft hij, zoo als hij zegt, met BEXON begrepen, dat de regterlijke ambtenaar niet alleen de wet moet kennen en toepassen, maar bovendien moet onderzoeken in hoeverre zij tot betere handhaving der publieke orde zou kunnen veranderd worden. Hij heeft daartoe de bronnen en de nog

te weinig bekende precedenten van het oude Fransche regt opgespoord, de vreemde strafwetgevingen voor het grootste gedeelte onderzocht en de oude en nieuwe schrijvers geraadpleegd, hier en daar verzamelende wat hem geschikt voorkwam, om de tegenwoordige wetgeving te wijzigen, aan te vullen en te verbeteren. Het is, voorzien met dezen rijken schat, dat hij zijne taak heeft ondernomen en men mag zeggen, dat hij op eene meesterlijke wijze daarin is geslaagd en het voorregt bezit zijne denkbeelden in aangenamen en vloeienden stijl uit te drukken.

In eene inleiding, die getuigt, dat de schrijver zeer ingenomen is met de thans bestaande orde van zaken in Frankrijk, betoogt hij, onder aanhaling van de woorden des Keizers, bij verschillende gelegenheden uitgesproken, hoe noodzakelijk het is om de publieke veiligheid te versterken, waartoe hij de middelen aanwijst. Vooruitgang in alle zaken is de roeping eener nationale Regering en bij de veelvuldige verbeteringen, waarvan de invoering wenschelijk is, moet in de eerste plaats gedacht worden aan eene voorziening tegen de schrikbarende toeneming der misdrijven sedert de laatste vijf en twintig jaren. Het is aan een krachtig Gouvernement, gelijk dat van het Keizerrijk, gegeven om die talrijke inbreuken op de wet te doen verminderen. Geene voldoende beteugeling wordt er meer gevonden en dit moet hoofdzakelijk worden toegeschreven aan de gebreken der strafwet en de al te groote toegevendheid van de gezworenen en van de Regters. Vooral de laatste oorzaak zal, voor het grootste gedeelte, onder den heilzamen invloed der Keizerlijke regering verdwijnen en reeds nu doet zich die invloed, blijkens de statistiek over het jaar 1852, eenigermate gevoelen, doordien de misdrijven vlijtiger opgespoord en strenger gestraft werden en het aannemen van verzachtende omstandigheden aan-

merkelijk verminderde. Te regt wordt de aanmerking gemaakt, dat het stelsel (?) der verzachtende omstandigheden alles op losse schroeven gezet en gezworenen en regters tot wetgevers verheven heeft. Zoowel de strafwetboeken van 1808 en 1810, als de later daarin gebragte wijzigingen mogen niet onveranderd blijven bestaan. Het is niet voldoende op eene betere uitvoering door doelmatige instructien en circulaires aan te dringen; de wet zelve dient verbeterd te worden, te beginnen met het Wetboek van Strafvordering, vervolgens dat van Strafrecht alsmede het pénitentiair stelsel. Gelijkijdige herziening van de beide genoemde wetboeken schijnt niet mogelijk en het is ook wenschelijk het Wetboek van Strafvordering aan dat van Strafrecht te doen vóór-afgaan, omdat zonder eene doelmatige rechtspleging de beteugeling altijd magteloos moet zijn. Ten blijke daarvan wordt aangehaald, dat van de 100 misdrijven, 25 onvervolgd blijven wegens ontstentenis van genoegzame aanwijzingen, terwijl van de 100 beschuldigten, 33 wegens gebrek aan bewijs worden vrijgesproken. Men wachte zich echter, zegt de schrijver, om onberaden en ondoordachte wijzigingen in de wet te brengen; de verbeteringen laten zich niet improviseren, zij moeten rijpelijk overwogen en voorbereid worden. Van den anderen kant verwerpe men ook niet ligtvaardig de denkbeelden van de specialiteiten in het vak, hoe zonderling en onuitvoerlijk zij ook mogen toeschijnen. De schrijver doet opmerken, dat voorstellen, die aanvankelijk niets dan tegenkanting ontmoeten, somwijlen, na rijpelijk gewikt en gewogen te zijn, algemeene goedkeuring vinden. Geene omverwerping, maar vooruitgang en verbetering, ziedaar het doel van den Heer BONNEVILLE, en het heerschend denkbeeld van zijn werk is: dat de wet zoodanig moet ingerigt zijn, dat de onschuldige niet door vervolging, de schuldige niet door noodelooze gestreng-

heid en langdurige instructiën gekweld, maar ook ieder, die haar overtreden heeft, zoo spoedig mogelijk gestraft worde. «La loi ne commande l'obéissance et le respect que lorsqu'elle est à la fois généreuse et forte.»

Aan dit denkbeeld wordt eene nadere ontwikkeling gegeven in 25 hoofdstukken, allen om hunnen inhoud even belangrijk. Terwijl wij sommigen daarvan, voor ons land van mindere waarde, voorbijgaan, zullen wij de andere in de hoofdtrekken trachten mede te deelen, hier en daar opgevende wat, naar ons gevoelen, al of niet aannemelijk schijnt te zijn.

Het eerste hoofdstuk is gewijd aan de toeneming der misdrijven. In dit land hebben wij daarover minder te klagen, ofschoon toch uit de statistiek wegens het politiewezen over het jaar 1854 (Zie *Weekblad* n°. 1703 en 1705) (1), blijkt dat, terwijl de aanrandingen tegen de personen verminderden, die tegen de eigendommen zijn toegenomen, vooral ook uit de opgegeven waarde der ontvreemdingen zichtbaar, en dat de vermeerdering van het cijfer der diefstallen niet enkel min beduidende delicten tot oorzaak heeft. In Frankrijk daarentegen mag de vermeerdering der misdrijven sedert de laatste 25 jaren inderdaad schrikbarend genoemd worden. De schrijver wijst hier op het nut der geregtelijke statistiek, «*le bilan criminel du pays*,» zoo als zij door hem genoemd wordt. Het denkbeeld daarvan is uitgegaan van het consulaat en sedert 1825 meer tot uitvoering gekomen. De zegelbewaarder ABATUCCI heeft in zijn verslag over 1850 een algemeen overzicht gegeven van en met het jaar 1826 tot inbegrepen het jaar 1850, waaruit o. a. blijkt dat, bij vergelijking van de jaren 1826 tot 1830, met die van 1846 tot 1850, het cijfer der aanklagten, bij het openbaar ministerie ontvangen, in het laatste tijdvak schier ver-

(1) Zie ook de geregtelijke statistiek des Rijks over 1854, in het *Weekblad*, n°. 1722.

dubbeld is, terwijl sedert 25 jaren de misdaden tegen de personen 31 procent, en de meestgewigtige daaronder, in de reden van 23, 55, 100, 175 en 200 procent zijn toegenomen. Maar dit is niet alles. De vermindering der *misdaden* is slechts schijnbaar en moet alleen daaraan worden toegeschreven, dat sommigen daarvan gecorrectionaliseerd zijn. De aanrandingen tegen de eigendommen zijn evenwel vermeerderd en, buiten de overtredingen van fiscaal aard, bedraagt het getal der overige misdrijven thans meer dan het dubbel, en is het totaal bedrag in de reden van 40 procent geklommen, hoezeer gedurende denzelfden tijd de bevolking slechts 11 procent heeft gewonnen. Van 1826 tot 1850 hebben de misdrijven van moedwillige slagen en kwetsuren eene vermeerdering ondergaan van 40 procent, die tegen de zeden van 150, die tegen de eigendommen uit hebzucht van meer dan 100, en meer bijzonder de diefstallen van 150 procent. De misdrijven tegen de openbare orde zijn van 1846 tot 1850 driemaal, die van bedelarij tienmaal zoo menigvuldig geworden als van 1826 tot 1830, en de mondelinge en schriftelijke bedreigingen zonder bevel of voorwaarde, de misdrijven van feitelijken wederstand, van beledigingen en geweldplegingen tegen de met openbaar gezag bekleed zijnde, of de openbare magt in handen hebbende beambten, hebben eene vermeerdering ondergaan van 300 procent. Wat het misdrijf van bedelarij betreft, zoo blijkt uit de statistiek wegens het politiewezen in Nederland over 1854, dat er in dit jaar aan de justitie zijn overgeleverd 2173 bedelaars en landloopers, terwijl het in het voorgaande jaar slechts 1630 bedroeg, zoodat ook hier eene vrij aanmerkelijke vermeerdering te dien aanzien bespeurd wordt, hoewel zulks minder aan eene toeneming van het wanbedrijf, dan aan vermeerderden ijver wordt toegeschreven. In Frankrijk heeft men sedert 1825 dezelfde middelen van

vervolging gehad, dezelfde waakzaamheid in het beteugelen der misdrijven betoond, weshalve het cijfer der statistieken («ces précieux et inflexibles documents, ces diagnostics éloquents»), waarvan óók bij ons, in belang der openbare orde en van de zedelijke verbetering, tot dusverre zoo weinig partij getrokken is, het onwraakbaar bewijs opleveren voor de voortdurende vermeerdering der misdrijven en daaruit de gevolgtrekking gemaakt wordt, dat er hoe eerder hoe beter aan een geneesmiddel voor de kwaal moet gedacht worden.

De oorzaak van de kwaal is niet te zoeken in grootere verdorvenheid, maar in het gebrekkige van het represief stelsel, vooral ook daaruit blijkbaar, dat de herhalingen van misdrijf, volgens de statistiek van 1850, in de reden van 50 procent zijn toegenomen.

Het tweede hoofdstuk handelt over het middel om daarin te voorzien, namelijk over de verbetering der strafwetgeving. In 1789 bestonden er in de Fransche wetgeving vele gebreken, waaronder in de eerste plaats de gestrengheid en het willekeurige der straffen moeten gerekend worden. In plaats van haar te verbeteren, schafte de constituerende vergadering haar geheel af en stelde daarvoor in de plaats de wetten van 24 Augustus 1790, 15 Mei, 22 Julij en 28 September 1791, welke laatste wet, ter vervanging van de zoogenaamde arbitraire straffen, een niet minder gevaarlijk stelsel aannam door *vaste* en *onveranderlijke* straffen te bepalen, zonder voor de verschillende graden van strafbaarheid eenige ruimte te laten. In de gebrekkige regtspleging had men op gelijke wijze trachten te voorzien door het Wetboek van Brumaire, Jaar IV, dat door MERLIN in tijd van acht dagen voorbereid en door de nationale conventie, op enkele voorlezing door den steller van hetzelfde, in twee zittingen aangenomen werd. Keizer Napoleon kon dergelijke, overigens onvolledige en voorloopige, wetgeving niet

behouden en voerde de wetboeken in van 1808 en 1810. Ten blijke dat die wetboeken destijds de uitdrukking waren van de heerschende denkbeelden omtrent het strafregt, althans groote verbeteringen aanbragten, kan dienen dat zij in vele landen, onder anderen ook in het Koninkrijk der Nederlanden, schier onveranderd ingevoerd werden. Niettemin worden de gebreken daarvan erkend en Napoleon zelve was van de onvolmaaktheid dier wetboeken niet onbewust, doch meende dat de ondervinding daarover uitspraak moest doen en eene strafwetgeving steeds met de toenemende beschaving in verband behoorde te staan. De schrijver brengt te dezer plaatse in herinnering het inderdaad merkwaardige decreet van 5 Nivôse, Jaar X, volgens hetwelk jaarlijks door eene deputatie uit het Hof van cassatie en door den minister van Justitie verslag moest worden gedaan over die gedeelten der wetgeving, waarvan de gebreken of de ongenoegzaamheid zouden komen te blijken. De Restauratie en de Julij-regering hadden, gebruik makende van deze nuttige voorschriften, veel ter verbetering kunnen doen, maar de eerste bepaalde zich tot de onbeduidende herziening van 1824, en de tweede was, onder den indruk der partijen, die ieder in hare rigting, hetzij tot overdreven menschelijkheid, hetzij tot willekeur aanspoorden, buiten magte iets anders tot stand te brengen dan den maatregel van 1832, die niet alleen den aard en de hoegrootheid der straf wijzigde, maar zoo verging om, bij eene algemeene bepaling, in criminalibus eene traspgewijze, in correctionalibus eene onbepaalde vermindering van straf, zelfs ten aanzien van recidivisten, uithoofde van verzachtende omstandigheden toe te laten. Zonder twijfel moet aan den regter altijd eenige vrijheid in de toepassing worden gelaten, maar de herziening van 28 April 1832, neemt alle ontzag voor de wet weg en geeft voedsel aan zwakheid en willekeur.

Met eenigen grond zou misschien de vraag geopperd kunnen worden: of ook de artl. 9 en 20 der wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n^o. 102) niet eenigermate, hoewel niet op gelijke wijze, aan hetzelfde euvel mank gaan? Eene betere gradatie der strafschijsnt in ieder geval de voorkeur te verdienen en de wet doen zijn, wat zij moet wezen, namelijk eene ernstige bedreiging, waarvoor de meest verstokte booswicht terugdeinst. In Frankrijk, zegt de schrijver, zal, nevens de reeds ingevoerde maatregelen ter verbetering, waarvan hij het nut erkent, tot eene *algemeene* herziening moeten worden overgegaan, op het voorbeeld van zoovele andere natiën van Europa, die sedert 1830 eene nieuwe strafwetgeving hebben ingevoerd. Hetzelfde is voor ons eene gewenschte zaak en niet gaarne zagen wij den weg van partiële wijzigingen ingeslagen, waardoor zoo ligt de vereischte eenheid wordt verbroken. In 1846 zeide het Hof van cassatie, bij monde van den heer RAYNOUARD, met betrekking tot eene algemeene of gedeeltelijke herziening der strafwetgeving: «Entre ces deux partis, le plus grand, celui d'une réfonte complète n'est pas le plus difficile, il est le plus digne d'un peuple éclairé, il est aussi le plus conforme à cet esprit de conservation et de durée sur qui repose le long avenir des lois.» Indien men de vreemde wetgevingen liet vertalen, gelijk reeds de eerste consul, bij zijn decreet van den 11 Messidor, Jaar IX, had voorgeschreven en daarbij, ingevolge het bovenaangehaalde decreet van 5 Nivôse, Jaar X, de verslagen inwon van het hoogste regterlijk collegie en van den minister van Justitie, zou het dan, met behulp dezer bouwstoffen, zoo moeijelijk zijn, een voorloopig ontwerp zamen te stellen? Zou, na het oordeel der overige regterlijke collegiën, van de balie en van de specialiteiten in het vak te hebben ingeroepen, niet op eene gemakkelijke wijze te geraken zijn tot een definitief ontwerp,

geschikt om aan den Raad van State en aan de wetgevende magt te worden aangeboden?

In het derde hoofdstuk kortelijk herhalende wat hij omtrent het wenschelijke eener herziening heeft gezegd, komt de schrijver tot de wijzigingen, die, naar zijne meening, gemaakt dienen te worden, en wel in de eerste plaats tot de noodzakelijkheid, om de vervolging van misdaden en wanbedrijven te versterken, waarmede hij zich in zijn vierde hoofdstuk bezig houdt. Hij betoogt, dat de hoop om niet ontdekt te worden, en, zoo men ontdekt wordt, toegevendheid te vinden of straffeloos te blijven, eene van de voornaamste oorzaken is, die tot het misdrijf aansporen. Op de vier beschuldigten wordt er één vrijgesproken wegens gebrek aan bewijs, van de 100 misdaden en wanbedrijven worden er 75 vervolgd, terwijl er 25 onvervolgd blijven, en van de 75 vervolgte, 50 tot eene veroordeeling en 25 tot eene vrijspraak leiden. De kans van vrijspraak staat alzoo gelijk met die van veroordeeling, ja, zij is veel grooter, indien men bedenkt, dat hier slechts sprake is van *geconstateerde* misdrijven en eene menigte van feiten, die anders onder het bereik der wet zouden vallen, voor het oog der justitie verborgen blijven, of andere, gelijk brand, aan onvoorzigtigheid, verdrinking en verworging aan zelfmoord toegeschreven worden. Naar aanleiding van deze beschouwingen, moet iedereen gevoelen hoe noodzakelijk het is de vervolging krachtiger te maken en te versterken.

Als eerste middel voor de regtsveiligheid geeft de schrijver in zijn vijfde hoofdstuk aan de hand de persoonlijke medewerking der burgers in het beteugelen der misdaden en wanbedrijven. De inhoud van dit hoofdstuk, vroeger voor het grootste gedeelte door de *Gazette des Tribunaux* opgenomen, is ons bekend gemaakt door de Nederduitsche vertaling, die daarvan in den jare 1853 het licht heeft gezien. De vertaler heeft toen in-

derdaad met die vertolking menigeeen beliefd, vooral ook om de zamentreffing van dat stuk met de bekende ministeriële circulaire van 10 Januarij 1849, die destijds aan den Heer BONNEVILLE onbekend was, doch thans door hem wordt medegedeeld. In dat gewichtig hoofdstuk toont de schrijver aan, dat het de pligt is van ieder burger de misdaad te beletten en haar kenbaar te maken. De verplichting van art. 475, no. 12, van den Code Pénal, om, bij betrapping op heeter daad of bij openbaren kreet, bijstand te verleenen, alléén wanneer men daartoe geroepen wordt, is niet voldoende en de straf van 6 tot 10 franken eene bittere spotternij. Nog bespottelijker is het voorschrift van art. 106 Code d'Instr. Crim., bepalende, dat een ieder gehouden is den beschuldigde te vatten, die op heeterdaad betrapt is, zonder dat er een bevel tot geleiding noodig zij, *indien tegen het feit eene lijf- of onteerende straf is bedreigd*, zoodat de burger, op gevaar van willekeurige gevangenneming, op staanden voet de moeilijke vraag zal moeten oplossen, in hoeverre het ten laste gelegde feit al dan niet zoodanige straf medebrengt. Het laatste wordt niet bij ons gevorderd, maar art. 39 Wetboek van Strafvord. verklaart elk dienaar der openbare magt *verplicht* en een iegelijk *bevoegd* den verdachte aan te houden, en dit zou in het oog van den schrijver evenmin genade vinden. Zoo wordt ook door hem afgekeurd de bepaling van de artt. 29 en 30 Cod. d'Instr. Crim., overeenkomende met de artt. 13 en 14 van het Wetboek van Strafvord., volgens welke een openbaar ambtenaar, die in de uitoefening van zijne bediening kennis bekomt van een misdrijf, en een ieder, die getuige is geweest van eenen aanslag, hetzij tegen de openbare rust, hetzij tegen iemands leven of eigendom, gehouden is daarvan dadelijk berigt te geven. Laatstgenoemd artikel behelst slechts een nudum praeceptum en legt eene zedelijke verplichting op, welke straffeloos

kan worden nagelaten. De verplichting tot aangifte moet daarentegen, onder bedreiging van straf, gedwongen zijn. De schrijver wil bij de artt. 29 en 30 van den Code d'Instr. Crim. het volgende gevoegd hebben: «Een ieder, die, zonder ernstig gevaar daartoe in staat, het volvoeren van eene misdaad of een wanbedrijf, waarvan hij kennis draagt, niet dadelijk aan den naastbijzijnde ambtenaar zal hebben ontdekt, kan, naar gelang der omstandigheden, gestraft worden met eene boete van 16 tot 1000 franken, en zelfs, ten hoogste voor vijf jaren, geschorst worden in de uitoefening der regten, in art. 42 van het lijfstraffelijk Wetboek vermeld. Is die persoon een burgerlijk of krijgbeampte, een agent of ambtenaar van den Staat of van eenigerhande, onder vergunning der Regering bestaande, compagnie of administratie, of indien hij een beroep uitoefent dat onderworpen is aan de administrative magtiging, dan kan hem bovendien het vervullen van zijne functiën, zijn ambt of zijn beroep voor een tijd of geheel worden ontzegd.» Zoodanige onvoorwaardelijke verplichting tot aangifte, onder bedreiging van straf voor te schrijven, komt ons niet wenschelijk voor. Het moge een vooroordeel zijn, maar er is altijd iets hatelijks in gelegen, iederen burger te noodzaken zijnen medeburger aan te brengen en te verklikken. Dat vooroordeel is sterker dan de wet, en, wat door de openbare meening goedgekeurd of verschoond wordt, moet niet dan bij uitzondering, gelijk b. v. het tweegevecht, gestraft worden. Iets anders is het tegen het niet beletten van eene misdaad of van een wanbedrijf straf te bedreigen, en den burger te verplichten, om, des gevorderd, in het aanhouden van een misdadiger hulp en bijstand te verleenen aan de openbare magt. Met nog meer grond dient er gewaakt te worden tegen handelingen, die de strekking hebben om de

misdadigers te begunstigen of aan de vervolging der justitie te onttrekken. Ook zal gewis iedereen beamen, hetgeen ten slotte van dit hoofdstuk gezegd wordt, namelijk: dat de getuigen, ter terechtzitting opgeroepen om hunne verklaring af te leggen, behandeld moeten worden met de oplettendheid, de onderscheiding en de omzigtigheid, die zij verdienen, opdat zij niet van het uitoefenen van een burgerpligt worden afgeschrikt. De heer BONNEVILLE zegt niet te willen overdrijven, maar houdt staande dat de handelwijze van het gerecht in Frankrijk, ten aanzien der getuigen over het algemeen zoodanig is, dat er geen eenige onder dezen wordt gevonden, die, na eenmaal getuigenis voor het gerecht te hebben afgelegd, niet alles ter wereld zou doen om er nooit weder te verschijnen. Hoezeer het nu zoo erg in Nederland niet gesteld is, is het echter eene waarheid dat men zich liefst van het geven van getuigenis verschoont, en kan het zijn nut hebben te herinneren, dat de getuigen voor het gerecht in gelijke mate moeten vinden de geruststellende minzaamheid, de bescheiden omzigtigheid, de welwillende ondervraging, en al hetgeen noodig is om hunne verwarring te doen bedaren, hunne herinneringen terug te roepen en vastheid te geven in hunne gemoedelijke weifelingen. De schrijver vergist zich niet, wanneer hij in de onverdragelijke gesteldheid, waarin de burgers, die voor den Franschen regter verschijnen, somwijlen gebragt worden, een der talrijke oorzaken ziet, die het beteugelend gezag verzwakken.

Om de algemeene zamenwerking der burgers tot uitvoering der wet en handhaving van de rechtsveiligheid op te wekken, wordt bij hetzelfde hoofdstuk aanbevolen: het toekennen van een gedeelte der boeten aan de gemeenten, waar het misdrijf gepleegd is. In de oude Fransche wetten vindt men op vele plaatsen de boeten, onder anderen, hetzij aan de kerken, hetzij aan de armen,

hetzij aan de gemeenten toegekend, en dit stelsel is schier overal aangenomen. Het doel daarvan kan geen ander zijn, dan om door den alvermogenden invloed van godsdienstige en weldadige begrippen de preventieve en repressieve werking van de misdaad te versterken. Wordt, gelijk BENTHAM zegt, de boete uitsluitend ten voordeele van de schatkist uitgesproken, dan put de veroordeelde daaruit geen het minste onderrigt, terwijl, wanneer zij ten voordeele van de kerk of de armen moet strekken, daarin te vinden is eene billijke vergoeding voor het kwaad of het schandaal, dat door zijn misdrijf veroorzaakt is. Vooral het toekennen van de boete aan *de plaats*, waar het misdrijf gepleegd is, *la localisation du produit des amendes*, zoo als dit door BONNEVILLE genoemd wordt, is een uitmuntend middel om eene meer ijverige en krachtige beteugeling te verkrijgen, omdat *het belang* van de ingezetenen daarbij betrokken wordt. Het oogmerk van den wetgever is duidelijk en wordt door de latere wetten, zooals o. a. de Fransche Jagtwet van 3 Mei 1844 en de wet van den 22 April 1850 *sur l'assainissement des logements insalubres* buiten allen twijfel gesteld. De schrijver stelt derhalve het volgende dilemma: de maatregel is heilzaam en goed, of hij is het niet. In het laatste geval is het eene dwaasheid geweest dien in de wet op te nemen, in het eerste geval moet hij algemeen gemaakt en tot alle boeten uitgestrekt worden. Nadat dit stelsel gedurende bijna vijftig jaren in Oostenrijk beproefd was, is het uitdrukkelijk gehuldigd bij het te Weenen op den 27 Mei 1852 afgekondigde Wetboek, volgens hetwelk alle opgelegde boeten en verbeurd verklaarde goederen, koopwaren en werktuigen steeds ten voordeele komen van het armenfonds der plaats, waar de strafbare handeling begaan is. Het Wetboek van Brazilië, afgekondigd den 25 Nov. 1851, houdt eene soortgelijke bepaling in, en wil bij art. 56,

dat alle boeten gestort worden in de kas der gemeenten, waar het misdrijf gepleegd is. Indien nu, op het voorbeeld van deze beide groote Rijken, de boete *gelocaliseerd*, en een gedeelte, b. v. de helft, toegekend werd aan de gemeenten of de armen van de plaats, waar het misdrijf gepleegd is; indien op iedere inbreuk der strafwet boete gesteld werd, behoudens natuurlijk het regt om daarbij gevangenis-straf te voegen, en binnen de perken, door de wet gesteld, naar gelang van het vermogen van den schuldige, dan lijdt het geen twijfel of men zou de vervolging der misdrijven versterken en de kansen van straffeloosheid verminderen. De voordeelen daarvan zouden zijn: vermeerdering van opbrengst en voor het Rijk en voor de gemeenten, betere opsporing der misdrijven, veelvuldiger toepassing van boeten door den regter, uit hoofde van de bestemming der gelden, en daarentegen verkorting der gevangenis-straf en daardoor mindere kosten voor den Staat. De armen zouden er door gebaat, het doel der straffen beter bereikt, en de inning der uitgesproken boeten bevorderd worden. De schrijver stelt ten slotte eene algemeene bepaling voor van den navolgenden inhoud: « Alle boeten en verbeurdverklaarde voorwerpen komen voor de helft ten voordeele der gemeente van de plaats, waar het misdrijf gepleegd is. Zij worden hoofdzakelijk tot ondersteuning van de plaatselijke armen aangewend. » De aangevoerde redenen schijnen in allen deele voor het aannemen van dergelijke bepaling te pleiten, en wij gelooven met den schrijver dat daarvan eene heilzame uitwerking zoude te verwachten zijn.

Zijn voorstel daarentegen, om premiën voor de opsporing van misdaden en wanbedrijven te verleenen, waarover in het zevende hoofdstuk gesproken wordt, zouden wij niet gaarne ingang zien vinden. De gronden, daarvoor bijgebracht, zijn niet in staat onze overtuiging

op dit punt aan het wankelen te brengen, hoe smakelijk dezelve ook worden voorgedragen. Reeds elders is de aanmerking gemaakt, dat eene premie op de veroordeeling, gelijk de schrijver wil, niet zonder gevaar kan worden toegezegd. Het vooruitzicht om eene premie te erlangen, kan vaak eene reden zijn om de zaak op deze of gene wijze voor te dragen, waardoor de getuigenis veel van hare waarde verliest, en niet zelden zal men iemand geneigd vinden om de waarheid te verzwijgen of te verbloemen, zoo hij belang heeft bij den uitslag van het geding. Van daar, dat de burgerlijke wet (art. 1950, n^o. 3, B. W.) de wraking van dusdanige belanghebbende getuigen heeft toegelaten. Het Wetboek van Strafvordering (art. 188, n^o. 4) heeft zelfs van het geven van getuigenis uitgesloten: de aanbren- gers, wier *aangiften* door de wet met geld beloond worden. De Heer BONNEVILLE beroept zich op de uit- werking van de Fransche jagtwet van den 3 Mei 1844, om aan te toonen, hoe de aanmoediging, daarbij ge- geven, het verbaliseren en veroordeelen ter zake van jagt-overtreding heeft doen toenemen. Hetzelfde kan wel- ligt gezegd worden van de Nederlandsche wet op de jagt van 6 Maart 1852, doch men mag vragen, of de ingebragte klagten altijd even gegrond waren, of er geene zaken zijn vervolgd, die onopgemerkt hadden moeten blijven en of niet de regter, misleid door de verklaring van dezen of genen jagtopziener, hier of daar eene ongegronde veroordeeling heeft uitgesproken? Een bevoegd beoordeelaar, de Heer COST JORDENS, gewezen kantonregter, heeft in de Eerste Kamer (*Bijblad tot de St.-Courant* 1855--56, p. 86) op het verleen en dier premiën gewezen, als oorzaak van al te strenge uitvoering en groote kosten, en aanleiding gevende tot handelingen (*niet enkele, maar menigvuldige*), die inderdaad aan vexatie grenzen. De jagtwet, overigens

uitmuntend, wat het beginsel betreft, vordert in dit opzigt dringend verbetering, daar de ondervinding al het nadeelige van het verleenen dier aanmoediging heeft doen uitkomen (1). Gewis zal de lof van consequentie niet aan onze wetten kunnen gegeven worden, wanneer zij premiën toekennen in fiscale en andere overtredingen en die uitsluiten voor gewone misdrijven. Het mag voor het minst zonderling genoemd worden, dat bij de postwet het beginsel is aangenomen, dat geen aandeel in verbeurdverklaarde voorwerpen of opgelegde boeten aan de beambten, met het toezigt belast, zal worden toegekend, terwijl, volgens de jagtwet, buiten het boetenfonds, dat daarbij behouden is, eene premie aan de opzieners en beambten kan worden toegekend. Maar het is beter van een verkeerd beginsel terug te komen dan consequent te worden in de dwaling, en de omstandigheid, dat, bij het toekennen van premien voor *sommige* overtredingen, de aandacht der beambten hoofdzakelijk daarop gevestigd wordt, is juist eene reden om ze *voor allen* af te schaffen. Het premiestelsel is in ons oog een hoogst verderfelijik stelsel, dat hoe eerder hoe beter uit onze wetten dient te verdwijnen omdat het tot kwelzucht en ongegronde klagten aanleiding geeft en zoogenaamde *agents provocateurs* in het leven kan roepen, die niet genoeg veracht en geweerd kunnen worden. Om waakzame en ijverige beambten te verkrijgen, moet men vooreerst geene andere dan eerlijke en bekwame personen aanstellen, voor eene goede bezoldiging zorgen, de ongeschikten of de zoodanige, die zich aan pligtverzuim schuldig maken, meêdoogeloos wegzenden, maar in geen geval premien uitreiken en er soms nog gratificatiën bijvoegen, zoo als zulks ten onzent heeft plaats gehad. Alléén wegens bijzonderen

(1) Tot ons leedwezen zien wij, dat bij de voorgestelde herziening het premiestelsel wordt behouden.

dienstijver, ter beoordeeling van hoogere ambtenaren en niet altijd af te meten naar *het getal* der gedane bekeuringen of ingediende klagten en daarop gevolgde veroordeelingen, zou in het algemeen aan de beambten, met de opsporing der misdrijven belast, eene belooning kunnen worden toegezegd, gelijk dit, tijdens de beraadslagingen over de jagtwet, werd voorgesteld, of ook wel eene eemedaille kunnen worden uitgereikt, welk denkbeeld door den schrijver wordt aangegeven. Het hoofdstuk bevat overigens nuttige wenken, die behartiging verdienen, gelijk bijv. om aan de beambten voor te schrijven, de verklaringen der getuigen op te nemen en zoo mogelijk te laten teekenen, zonder echter daartoe eenigen dwang te gebruiken. Door dit voorschrift, hetwelk hier en daar in praktijk is gebragt, bekomt men getrouwe berigten omtrent het voorgevallene, omdat zij dadelijk na het ontdekken van het misdrijf zijn ingewonnen en worden tevens, zoo voor het Rijk, als voor de getuigen, kosten bespaard, omdat men op die wijze de personen leert kennen, wier oproeping voor den regter noodzakelijk is (1).

Niet minder aanbeveling verdient het denkbeeld van den schrijver om de veld- en boschwachters, de ambtenaren der in- en uitgaande regten, de bijzondere veldwachters en jagtopzieners, de stedelijke beambten van het octrooi en de kantonniers der wegen dienstbaar te maken aan de politie. Deze stof maakt het onderwerp uit van het achtste, negende en tiende hoofdstuk. Het getal der ambtenaren, met de opsporing van misdrijven

(1) «Chaque citoyen,» zegt de schrijver, «perd, pour venir témoigner «en justice, sa journée de travail qu'on peut évaluer en moyenne à deux «francs, ce qui fait pour les 390,000 témoins, annuellement entendus, «une perte de 3,900,000 fr. On comprend combien il importe de dimi-
«nuer le préjudice pécuniaire que cause au pays cet impôt des témoig-
«nages.»

belast, is niet voldoende. De heer BONNEVILLE verlangt dat zij over het geheele land verspreid worden als een net, waaruit de boosdoeners niet kunnen ontsnappen. En dit kan geschieden zonder vermeerdering van kosten, door het denkbeeld van den schrijver in praktijk te brengen. De veldwachters moeten als het ware eene supplementaire gendarmerie vormen, in brigades verdeeld, en niet alleen met het toezigt op het veld, maar ook met het opsporen van gewone misdrijven belast worden. Het kan aan de speciale dienstverrigtingen van de boschwachters en ambtenaren der in- en uitgaande regten niet schaden om ter gelegenheid en in de waarneming daarvan of in het doen hunner ronde tevens het oog te houden op andere misdrijven. Dit blijkt daaruit dat zij nu reeds belast zijn met bezigbeden, buiten hunnen werkkring gelegen. De bijzondere veldwachters en jagtopzieners, ofschoon beëdigd, hebben alleen bevoegdheid voor de goederen, aan hun toezigt onderworpen; waarom zou men die bevoegdheid niet uitbreiden en hun in sommige gevallen de verplichting opleggen om aan commissaris van politie, maréchaussée en veldwachter hulp en bijstand te verleenen, en op die wijze eene zeer heilzame en nuttige samenwerking tot stand brengen? Na de mogelijkheid aangetoond te hebben om ook de stedelijke beambten van het oetroot tot hetzelfde einde te bezigen en de onschadelijkheid van dien maatregel in het licht te hebben gesteld, somt de schrijver de voordeelen op, die daaruit zouden voortvloeijen. Niemand is onbewust dat de steden en het platteland, even als twee naburige rijken, elkander de booswichten terugkaatsen. Zij die op het platteland aan vervolging bloot staan, verschuilen zich in de volkrijke steden. Die door de stedelijke politie bewaakt en opgespoord wordt, vlugt daarentegen naar eene eenzame streek van het platteland. De stadspoort is aldus de engte, langs welke de

meeste misdadigers en het grootste gedeelte van de voortbrengselen hunner misdaden in- en uitgaan. Welligt is daaraan gedeeltelijk toe te schrijven dat in de oude tijden de *seniores* zitting namen *ad portas urbium*. Zoo de stedelijke beambten dáár als schildwachten geplaatst, de signalementen der misdadigers en de aantekeningen der politie nedergelegd werden, de heilzame gevolgen zouden niet uitblijven. Men vreeze niet dat er willekeur zal plaats hebben of dat de stedelijke beambten ongeschikt zullen zijn voor deze nieuwe taak. De rustige burger zal evenmin beducht zijn bij het binnentreden der stad als in het voorbijgaan van de kazerne der maréchaussée en, even als bij de manschappen van dit wapen, zal men bij de stedelijke beambten genoegzame kennis, rechtschapenheid en ijver aantreffen om boosdoeners aan te houden en te bewaken. Eene doelmatige instructie kan hun overigens tot rigtsnoer gegeven worden. En nu mogen zij niet alles kunnen zien en beletten, in het algemeen stelsel kan men toch gelukkige uitkomsten van hunne medewerking verwachten. — Ten allen tijde heeft de wetgever zijne bijzondere zorg besteed aan de veiligheid der wegen. Van daar dat tegen sommige vergrijpen op den openbaren weg strenge straffen bedreigd worden en het is juist met betrekking tot deze vergrijpen dat de gezworenen zich het minst toegevend betoonen. Niettegenstaande dit, laat die veiligheid te wenschen over en zal zij nog veel verminderen op die wegen, welke, ten gevolge van het aanleggen van ijzeren spoorwegen, verlaten worden. Om daarin te voorzien, hetgeen noodzakelijke behoefte is, zou men de hulp kunnen aanwenden van de kantonniërs, die daartoe de vereischten en de noodige waarborgen bezitten, en wel, door hen, zoowel des nachts als over dag, op hun post te laten en hun eene geschikte woning, zoo min kostbaar mogelijk, te geven, waarvan de eigendom aan het Rijk zoude verbljven,

doch waarvan het gebruik zou worden afgestaan aan den kantonnier, tegen eenen matigen huurprijs, op zijne bezoldiging in te houden, waardoor het Rijk de interessen van het bestede kapitaal gemakkelijk zou terugvinden. Bij onraad zouden de kantonniers, op die wijze van afstand tot afstand geplaatst, elkander op een eenvoudig teeken met den hoorn kunnen waarschuwen en in een oogenblik bijeenroepen. Het is niet aannemelijk dat de dienst der wegen daardoor zal lijden, maar al ware dit ook zoo, zegt de schrijver, is er dan in ieder geval niet meer aan gelegen dat een misdadiger vervolgd, dan een eind wegs minder goed verzorgd worde? (1)

Het voorstel van den heer BONNEVILLE om aldus het politiepersoneel uit te breiden, schoon niet zonder bedenking en welligt niet in allen deele aannemelijk, mag wel in ernstige overweging genomen worden in ons Rijk, waar, ja, aan uitbreiding gedacht is, doch de doelmatigheid der in dit opzigt genomen maatregelen door deskundigen in twijfel getrokken wordt. Bij Koninklijk besluit van 17 December 1851 (*Stbl.* n^o. 166) werden eenige nadere bepalingen gemaakt omtrent het beheer der algemeene of Rijks-politie, terwijl, om het getal der Rijks-veldwachters te vergrooten, bij besluit van 17 Januarij 1854 (*Stbl.* n^o. 3) aan den Minister van Justitie de bevoegdheid is gegeven daartoe alle zoodanige beambten te benoemen, als welke naar den aard van

(1) Het schijnt echter niet in de bedoeling van den schrijver te liggen om aan de relazen of schriftelijke verklaringen van al deze beambten *kracht van bewijs* toe te kennen voor *gewone* misdrijven, gelijk dit (naar ons inzien ten onregte) door den Hoogen Raad der Nederlanden is aangenomen. (Cf. DE PINTO *Handl. tot het wetb. van Strafv.* II, pag. 53.) Hij verlangt alleen hunne medewerking om des te beter op het spoor dier misdrijven te geraken.

Welligt zouden de bedoelde beambten, of eenige hunner, ook gebezigd kunnen worden tot het doen van beteekenigen in strafzaken, waardoor eene aanmerkelijke bezuiniging zoude te verkrijgen zijn.

hunnen gewonen werkring voor die betrekking geschikt zouden geacht worden. Deze en andere bepalingen hebben echter in het algemeen weinig bijval gevonden. Er zijn er, die de aanmerking maken, dat er geen verband of eenheid bestaat tusschen de onderscheidene beambten, die hier met politiedienst belast zijn. Velen zijn van meening dat er gebrek is aan toezigt en tucht, aan regeling van bevoegdheid en pligten der beambten, en dat men te vergeefs de verhouding zoekt, waarin zij tegen over elkander geplaatst zijn. Is dit oordeel misschien al te gestreng, vrij algemeen wordt het evenwel betreurd dat de Regering de regeling der rijkspolitie niet als een onderwerp van wetgeving beschouwt en de bouwstoffen, in het politieverflag aangegeven, ongebruikt laat liggen (1).

Onder de middelen om eene krachtige vervolging der misdrijven te verkrijgen, is er een, dat door den nieuweren wetgever niet genoeg in het oog is gehouden en waarvan de noodzakelijkheid meer en meer openbaar wordt. De schrijver bedoelt de handhaving van den eerbied en de achting, aan de overheid verschuldigd, waaromtrent hij bij het elfde hoofdstuk in gewigtige beschouwingen treedt. Minachting voor het gezag is te gelijkertijd eene reden en een teeken van onvoldoende beteugeling, en bijgevolg eene algemeene oorzaak van vermeerdering der misdrijven. Uit de statistiek is al wederom de overtuiging voor dit beweren te putten, aangezien gedurende de jaren 1848, 1849 en 1850 in de misdrijven van geweldadigen en feitelijken wederstand, en beledigingen tegen het openbaar gezag, eene buitengewone vermeer-

(1) Dat het, hoezeer moeilijk, niet onmogelijk is het onderwerp, althans gedeeltelijk, bij *de wet* te regelen, blijkt uit het voorgedragen ontwerp van politie-wet in Beijeren, te vinden in het verdienstelijk Tijdschrift van Mr. D'ENGELBRONNER en Mr. JAC. VAN GIGCH, pag. 201 en volg.

dering wordt waargenomen van 35, 40 en 45 procent. De aangehaalde cijfers der statistiek leveren het bewijs op, dat het getal dier misdrijven van 1826 tot 1850, bijna het vierdubbel heeft bedragen; dat dit getal, gelijk dat van de meeste overige misdrijven, tot het aan de Februarij-omwenteling vóórafgaande jaar is verdubbeld; dat in 1848, tijdstip van wanorde en regeringloosheid, eensklaps het cijfer tot het driedubbel is gestegen en die vermeerdering gaandeweg toeneemt, in de jaren 1849 en 1850, toen velerhande bewegingen en beroeringen aan de orde van den dag waren; dat daarentegen in 1851 wederom eensklaps stilstand en zelfs vermindering plaats grijpt, onder het krachtig bestuur van den prins-president; dat deze vermindering voortduurt nadat aan Napoleon het tienjarig presidentschap was opgedragen; en eindelijk: dat er aanmerkelijke verbetering onder het keizerlijk oppergezag te bespeuren is. Het verdient opmerking dat de vermeerdering hoofdzakelijk betreft de misdrijven van feitelijken en gewelddadigen wederstand, en van beleedigingen jegens *ondergeschikte* beambten, en schier ongevoelig is geweest met betrekking tot de hoogere ambtenaren. Uit deze feiten is als algemeene en voorbijgaande oorzaak voor de aanzienlijke vermeerdering van vergripen tegen de gehoorzaamheid af te leiden: de verslapping van het regerend gezag, en als meer bijzondere en blijvende oorzaak: de vermindering van den eerbied, aan de ondergeschikte beambten van het gezag verschuldigd. De Keizer heeft, getrouw aan zijne belofte, het regerend gezag opgebeurd; blijft dus over: het te keer gaan van de tweede zoo even genoemde oorzaak. Napoleon de I^{ste} was van gevoelen dat eene regering, wil zij krachtig en populair zijn, niet streng genoeg kan zijn in de keuze harer ambtenaren, en de tegenwoordige Keizer heeft getoond van dat denkbeeld doordrongen te zijn. Het is nu bovenal noodig, dat de Regering naauw-

lettend zij in de keuze der *ondergeschikte* beambten, die, met politiedienst belast, dagelijks in aanraking komen met het volk en daardoor meer dan anderen blootgesteld zijn aan oneerbiedige behandeling of feitelijken wederstand. Maar al te dikwijls wordt daartoe door de beambten zelven aanleiding gegeven, en niet zelden ziet men, hetgeen zij misdoen, op rekening gesteld van de regering. Van het grootste belang is het dus dat men, op het voorbeeld van Engeland, bekwame en geschikte beambten trachte te verkrijgen, na een naauwkeurig onderzoek omtrent hunne vroegere levenswijze ingesteld en proeven van hunne bekwaamheid genomen te hebben. De uitnemende organisatie van de politie te Londen heeft het Keizerlijk decreet uitgelokt van den 17 September 1854, waarbij soortgelijke organisatie voor Parijs in het leven wordt geroepen. Het zijn echter voornamelijk de goede keuzen, die de Engelsche politie (1) boven die van andere natiën doen uitmunten. Niet alleen dient men van de kandidaten een certificaat van goed gedrag te vorderen, maar daarenboven een uittreksel uit den legger of *Casier Judiciaire*, houdende dat er geene veroordeeling tegen hen is uitgesproken. Bij de waarborgen, hieruit voort te vloeijen, is het noodzakelijk eene zeer strenge tucht en een doelmatig toezigt te voegen, want hieraan heeft men hoofdzakelijk de nuttige diensten der *Maréchaussée* te danken. De beambten mogen overigens bij eene gestrenge pligtsvervulling nimmer eene gepaste voorkomendheid en welwillendheid jegens het publiek

(1) Onlangs is aan het Parlement eene *bill* voorgesteld, hoofdzakelijk ten doel hebbende, de instelling van bureaux van constabels in de *graafschappen* verplichtend te maken, de verdeling der *districten* en de aanstelling, zoo noodig, van nieuwe constabels aan den Ministerraad op te dragen, en aan de constabels in de graafschappen het regt te verleenen om in *kleine steden* werkzaam te mogen zijn. (Zie *Weekbl. van het Regt*, n^o. 1722.)

uit het oog verliezen. Van den anderen kant is het de plicht der Regering alle daden van gehoorzaamheid, belediging, verzet en feitelijken wederstand tegen de beambten met nadruk te straffen en te zorgen voor eene behoorlijke vergoeding, wanneer zij, als het ware, op het slagveld vallen of in de uitoefening hunner bediening verminkt of verwond worden. De schrijver beroept zich op nieuw op Engeland en wijst op den onbegrensden eerbied, die daar voor het gezag bestaat en in de volkszedes schijnt te liggen. Gelijk ieder zich buigt op het hooren van den naam der Koningin (*gracious and beloved Sovereign*), zoo houdt dáár elke tegenstand op en keert de rust terstond terug, zoodra in naam der wet (*suprema regina*) wordt gesproken. Zie hoe in Londen eensklaps eene eerbiedige stilte heerscht als de *policeman* zijn wit staafje in beweging brengt, *si forte virum quem conspexere silent!* Hoe geheel verschillend is het in Frankrijk, en ook in Nederland, waar men niet zelden in de vertegenwoordigers van het gezag zijne verdrukkers ziet en tegenover de openbare magt partij wordt getrokken voor den overtreder. Om dergelijke vooroordeelen uit te roeijen, moet er krachtiger be-teugeling kunnen plaats hebben. De Romeinen noemden de belediging, hetzij door woorden, hetzij door daden, van magistraatspersonen en beambten, eene *injuria atrox* en onder het oude Fransche regt gold de spreuk: « *qui meffait au sergent, il meffait au seigneur.* » Zonder nu zoover te willen gaan, moet men toch erkennen, dat de belediging, den vertegenwoordiger der wet aangedaan, strenger moet gestraft worden dan die aan particulieren. Met betrekking tot de beledigingen aan de ambtenaren der administratieve en regterlijke magt is de wet toereikend, hoezeer eene bepaling als die van het Beijersch wetboek wenschelijk zoude zijn, volgens welke aan de ambtenaren de bevoegdheid is gegeven om

tot handhaving van den eerbied, hun in de uitoefening hunner bediening verschuldigd, een of twee dagen gevangenisstraf uit te spreken, onverminderd de straffen tegen geweldpleging en feitelijken wederstand bedreigd. Maar voorzeker is de belediging, den *ondergeschikte* beambten aangedaan, bij art. 224 Code Pénal met eene boete van 16 tot 200 franken, niet voldoende gestraft, vooral indien men bedenkt dat het even goed is geene straf, als eene boete uit te spreken tegen dezulken, die zich in den regel aan dergelijke vergrijpen schuldig maken. Bij de wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n^o. 102) is nu nog daarenboven toegelaten, art. 463 *Code Pénal* van toepassing te maken. Het is dus inderdaad wenschelijk op het voorbeeld van Sardinië, naast de geldboete, eene gevangenisstraf van hoogstens zes maanden te bepalen. Overigens mag het *lijdelijk* verzet (men denke aan het geval dat een aangehoudene zich laat voortslepen) zoo min strafloos blijven als het *feitelijk* verzet. In Engeland worden de straffen van boete en gevangenis, hetzij afzonderlijk, hetzij te zamen, uitgesproken ingeval van eenvoudigen wederstand en zelfs van weigering om bijstand en hulp aan de openbare magt te verleenen. Bij deze hoogst noodzakelijke bescherming, moet nog gezorgd worden voor het lot van den beambte die, ten gevolge van ondervonden gewelddadigheden, verplicht is zijne bediening te laten varen. Zoo hij geene schadeloosstelling van den schuldige kan verkrijgen, moet hij zich tot den Staat kunnen wenden en, bij overlijden, behoort daartoe het regt aan zijne weduwe en kinderen te worden toegekend. Door een gedeelte dier schadeloosstelling op te leggen aan de gemeente van de plaats, waar het misdrijf gepleegd is, zoude het belang der ingezetenen opgewekt worden om inbreuken van dien aard tegen te gaan en te voorkomen. Dit beginsel van verantwoordelijkheid, hetwelk in een der Zwitsersche kantons

is aangenomen voor het geval, dat schade wordt toegebracht aan de eigendommen van den vrederegter, zou, bij de tegenwoordige uitbreiding van de regtsmagt des Kantonregters in strafzaken, zeer wel voegen in onze wetgeving en reeds is de wenschelijkheid daarvan gebleken, daar niet lang geleden, in de nabijheid van Maastricht, vermoedelijk uit wraak, eene vernieling van boomen heeft plaats gehad bij een Kantonregter, zonder dat het heeft mogen gelukken op het spoor der daders te geraken.

Op de resumtie zijner beschouwingen over den eerbied, aan de ondergeschikte beambten van het gezag verschuldigd, laat de schrijver twee hoofdstukken volgen, over de veiligheid in de steden en op het platte land. In het twaalfde hoofdstuk over het eerste onderwerp sprekende, vangt hij aan met de opmerking, dat het getal der misdaden en wanbedrijven betrekkelijk veel grooter is in de steden dan op het platte land. De reden daarvan ligt voor de hand. Zoo wel door de ophooping harer bevolking, als door de opeenstapeling van roerende eigendommen en de vereeniging van al wat in staat is verkeerde hartstogten in verzoeking te brengen en de natuurlijke neiging tot hebzucht, ongebondenheid en buitensporigheid bovenmate te prikkelen, geven de steden oneindig meer voedsel en gelegenheid, om de maatschappelijke wetten te schenden en te overtreden. In het midden dier onophoudelijke beweging der bevolking is het buitendien voor den misdadiger gemakkelijker zich schuik te houden en zelfs te verdwijnen. De politiedienst moet dáárom binnen beperkten kring worden toevertrouwd aan waakzame agenten, die volkomen met het personeel, de zeden en gewoonten van de bevolking in hunne wijken bekend zijn. De schrijver juicht het toe dat de politie te Parijs onlangs naar die van Londen is ingerigt en deelt het daartoe betrekkelijk decreet mede van den 17 September 1854 met de rapporten van den

Minister van Binnenlandsche Zaken en het besluit van den Prefect van politie. Het laat zich aanzien, dat dit voorbeeld navolging zal vinden in de groote en volkrijke steden en het stelsel, naar de plaatselijke behoeften gewijzigd, ook in andere steden van het Keizerrijk zal worden ingevoerd. Hiervan is echter, bij meerdere veiligheid in de steden, te wachten, dat een aantal booswichten gedwongen zullen zijn naar het platte land te verhuizen (1). De schrijver schetst nu in zijn dertiende hoofdstuk hoe de landbouw steeds een voorwerp van staatszorg heeft uitgemaakt en put daaruit een nieuwen bewijsgrond tot ondersteuning van de door hem voorgestelde maatregelen, die bijzonderlijk moeten bijdragen, om de veiligheid (eene eerste behoefte voor den landbouw) te verzekeren. De naam van NAPOLEON en de herstelling van het Keizerrijk zijn dáár met geestdrift begroet als een voorteeken van orde en een waarborg van bestendigheid en van rust. Intusschen genieten de plattelands-bewoners in verre na niet dezelfde regtsveiligheid als de stedelingen en zijn er een aantal plagen, die den landman de rust, zoo onmisbaar voor zijne werkzaamheden, benemen, namelijk de landlooperij en bedelarij, de strooperijen, de diefstal en de brandstichting, alsmede die gestadige rondzwerfing van leegloopers en misdadigers van allerlei slag en aard, die, uit de steden verjaagd, hun toevlugtsoord zoeken in de buitengemeenten,

(1) Deze voorspelling schijnt reeds bevestigd te worden. Ingevolge eene statistiek is het aantal misdrijven en aanrandingen tegen personen gedurende het jaar 1855 te Parijs afgenomen. Er heeft geen enkele nachtelijke aanval in de straten plaats gehad, en de moorden, die in de laatste tijden gepleegd zijn, hebben andere beweegredenen dan diefstal ten grondslag gehad. Daarentegen is het aantal misdrijven en aanrandingen in de omstreken van Parijs gedurende het afgelopen jaar toenomen, waaruit men kan opmaken, dat de boosdoeners, die door de politie te Parijs in het oog gehouden werden, zich verplaatst hebben. (Zie *Weekblad van het Regt*, n^o. 1725, onder de berigten.)

om daar gewelddadigheden en bezwaringen van allerlei aard te komen plegen. Hoe men zulks reeds van de vroegste tijden heeft zoeken te keer te gaan, kan onder anderen blijken uit eene ordonnantie van FRANS DEN I^e, van den 25 September 1523, die velerlei treffende punten van overeenkomst aanbiedt met de handelingen des Keizers en de gebeurtenissen van den tegenwoordigen tijd. NAPOLEON DE I^e had zich dan ook veel daaraan gelegen laten liggen, getuigen de verschillende maatregelen door hem genomen. Ter voortzetting van de heilzame inzigten zijns voorgangers, heeft de tegenwoordige Keizer van zijnen kant tot handhaving der rust trachten mede te werken door het plaatsen eener brigade maréchaussée in elk kanton, het instellen van kantonale Commissarissen van politie, het gestrengelijk beteugelen van het maken van socialistische propaganda door de leermeesters van het lager onderwijs, de oprigting van koffijhuizen en kroegen afhankelijk te stellen van de vergunning der administratieve autoriteit (1), het verleen van de bevoegdheid om personen, die onder toezigt der hooge politie geplaatst zijn en zich van het aangewezen verblijf verwijderen, hetzij naar Cayenne, hetzij naar Algiers over te brengen enz. enz. Bij dit alles zoude het noodig zijn te zorgen voor eene spoedige opsporing, aanhouding en overtuiging der schuldigen, hunne straffe en strenge beteugeling en hunne verwijdering naar eene kolonie, waartoe bij voorkeur Algiers zou moeten gekozen worden, waar de gelegenheid bestaat om hen, die daartoe in staat zijn, onder militair toezigt, aan werken van landbouw en openbaar nut te bezigen. Men zou aan de kolonisten, die zich door goed gedrag en bestendigen ijver onderscheiden, een stuk

(1) Ter navolging aanbevolen door hen, die maatregelen willen genomen hebben tegen het misbruik van sterken drank.

gronds ter bebouwing kunnen afstaan, de zoodanige daarentegen naar Cayenne en naar de andere strafkoloniën moeten verwijderen, die, ondanks deze middelen om zich aan arbeid te gewennen en na vruchteloos disciplinaire straffen te hebben ondergaan, getoond hadden voor geene verbetering vatbaar te zijn.

Hetgeen door den schrijver over de bevordering der veiligheid in het algemeen gezegd wordt, is der lezing overwaardig en onderscheidene van de door hem voorgestelde maatregelen zouden in dit Rijk hunne toepassing kunnen vinden. Het spreekt echter van zelf dat het verkeer en onmogelijk zou zijn in Nederland in te voeren wat men in Frankrijk heeft moeten en mogen verordenen om de regtsveiligheid aldaar te verzekeren. Het verschil van toestand, van behoeften en omstandigheden mag niet uit het oog verloren worden, en, terwijl het de pligt der Regering is voor de veiligheid van personen en goederen te zorgen, moet zij zich zorgvuldig wachten de natuurlijke vrijheid en beweging der ingezetenen te ontnemen of te belemmeren.

Om de publieke orde onder den heilzamen invloed der repressieve wetten te handhaven, is het noodzakelijk, zeggen de criminalisten, dat de straf onmiddellijk en onvermijdelijk op het misdrijf volge. De schrijver treedt bij het vijftiende hoofdstuk in een onderzoek van hetgeen ter bespoediging der regtspleging in strafzaken zou kunnen gedaan worden, na bij het voorgaande kortelijk herhaald te hebben wat hij ter bevordering der veiligheid heeft aangeprezen. Het is eene algemeen erkende en onomstootelijke waarheid, dat de straf van meer uitwerking en kracht zal zijn, naarmate zij spoediger trefte. De kracht daarvan is zoo groot dat, indien het mogelijk ware de schuldigen op heeterdaad te bestraffen, hierdoor tegelijkertijd eene besparing van tijd, van uitgaven en van gestrengheid zoude te weeg gebragt worden.

Ten allen tijde heeft men dan ook begrepen eene spoedige beregting van de strafzaken te moeten aanbevelen. Evenmin bij ons, als in Frankrijk, mogen de magistratspersonen geacht worden aanleiding te geven tot de vertraging, die soms in de regtspleging wordt waargenomen, ofschoon zij in verre na niet met zoo vele werkzaamheden overladen zijn, en, volgens onze regtspleging, elke week de gelegenheid openstaat om criminele zaken ter openbare terechtzitting te behandelen. Maar de oorzaak dier vertraging ligt in vele opzigten in de wet en daarin moet dus verbetering gebragt worden. Als eene eerste verbetering wordt door den schrijver genoemd: *Eenheid van bevoegdheid ten aanzien der vervolging*. Naar de tegenwoordige wet (art. 23 en 24 *Code d'Instr. Crim.*) zijn drie regterlijke collegien gelijkelijk geregtd tot de vervolging van misdrijven, namelijk dat van de plaats, waar het misdrijf begaan is, dat van de woonplaats of van het verblijf van den beklaagde en dat van de plaats, waar de beklaagde wordt gevonden. Het Nederlandsch Wetb. van Strafv. heeft er alleen in art. 24 bijgevoegd dat, ingeval van gelijktijdige bemoeijingen van onderscheidene officieren van justitie, diegene hunner met de vervolging der zaak belast zal blijven, die bij de in het artikel bepaalde rangschikking vroeger is geplaatst. Men verwachtte van de bevoegdheid, gelijkelijk aan drie regterlijke collegien toegekend, dat het misdrijf nimmer onvervolgd zou blijven, doch de ondervinding heeft deze verwachting gelogenstraft. De schrijver doet zien dat de bevoegdheid, gelijkelijk gegeven aan den regter van het verblijf en aan dien van de plaats, waar de aanhouding is geschied, van feudalen oorsprong is, alleen in het geldelijk belang der Heeren nitgevonden, omdat deze een aandeel in de boeten hadden. Hij toont aan hoe dit door onderscheidene Fransche Koningen is bestreden en welk nut er in gelegen is om thans, nu

de toekening der bevoegdheid enkel en alleen in het belang der justitie moet geschieden, tot het beginsel terug te keeren van het Romeinsche regt: *in eâ potissimum regione statui in quo facimus aliquod perpetratum est*. Dáár, waar het corpus delicti, de beleedigde partij en de getuigen aanwezig zijn, zal immers het misdrijf des te naauwkeuriger geconstateerd en de instructie des te spoediger en op de minst kostbare wijze gevoerd kunnen worden. Hierdoor zal tevens voor de statistiek eene naauwkeurige kennis kunnen verkregen worden van de betrekkelijke misdadigheid van elk departement. Na deze redenen opgegeven te hebben, beroept de schrijver zich op de wetgeving der Beide Siciliën, van het Kanton Waadtland en van Oostenrijk, waarin het beginsel, dat hij voorstaat, is nedergelegd en laat er op volgen: «J'ai déduit mes motifs, j'ai cité mes autorités, «nunc est judicandum.» In correctionnele zaken, zegt hij, moet daarenboven de voorloopige instructie, die niets anders dan oponthoud veroorzaakt, zeldzamer worden, hetgeen het geval zal zijn eensdeels, wanneer men in de aanklagten zooveel mogelijk de verklaringen der getuigen en de antwoorden der beklagden door de ondergeschikte beambten laat opnemen, en ten andere, wanneer aan het openbaar ministerie meer ruimte wordt gelaten om zonder tusschenkomst van den regter van instructie voorloopige inlichtingen in te winnen. Een ander middel om het onderzoek te bespoedigen bestaat daarin dat de justitie zich zooveel mogelijk terstond begeve ter plaatse, waar de daad gepleegd is, gelijk dit in den regel geschiedde onder de oude Fransche wetgeving. Ter vermijding van kosten en tijdverlies, noodwendig voortvloeiende uit de gelijktijdige afwezigheid van den ambtenaar van het openbaar ministerie, den regter van instructie en den griffier, zou dit in correctionnele zaken veilig aan den eerstgemelden ambtenaar

kunnen worden overgelaten. In criminele zaken schijnt er ook geene volstreckte noodzakelijkheid te bestaan dat de regter van instructie steeds door dien ambtenaar vergezeld zij. Bij ontdekking op heeter daad moet de ambtenaar van het openbaar ministerie zich onverwijld begeben ter plaatse, waar het misdrijf gepleegd is, alleen onder verplichting om daarvan kennis te geven aan den regter van instructie en zonder dat het noodig zij dien ambtenaar af te wachten (zie artt. 31 en 32 Code d'Instr. Crim. en art. 41 Wetb. van Strafv.). Waarom is het *gebruikelijk* dat de regter van instructie steeds medega of volge? Zou het Openbaar Ministerie, bij ontdekking op heeter daad, met overeenstemming van den regter van instructie, niet *alléén* kunnen doen, wat dagelijks door mindere ambtenaren (de hulpofficieren) moet verrigt worden? (artt. 16, 4de lid, art. 49 en 50 Code d'Instr. Crim. en art. 37 Wetb. van Strafvord.) Zou wederkeerig in andere gevallen de Regter van instructie, met overeenstemming van het parket, niet op zich zelven kunnen handelen? Het Nederlandsch Wetb. van Strafv. heeft eene afscheiding gemaakt tusschen de voorloopige informatiën en de eigenlijke instructie en in het eerste geval de leiding van het onderzoek aan den Officier van justitie gegeven, zoodat hier gelegenheid bestaat om met spoed door eenen enkelen ambtenaar de eerste *aanwijzing omtrent het bestaan van het misdrijf* te verzamelen (art. 29 Wetb. van Strafv.). Er wordt ook tot het onderzoek der zaak niet meer zooveel *regterlijk* personeel gevorderd als in Frankrijk, sedert dat de wet van 26 Mei 1841 (*Stbl.* n^o. 18) aan de griffiers der regtbanken de bevoegdheid heeft gegeven om zich, onder anderen bij de instructie van strafzaken te laten vervangen door beëdigde klerken ter griffie, op hunne voordragt door de Regtbanken te benoemen. Voor het overige zijn echter de aanmerkingen van den schrijver

op onze wijze van rechtspleging van toepassing en blijven de bovenstaande vragen in haar geheel. Van den anderen kant geeft onze wet aanleiding tot vertraging en belemmering, doordien de magt van den Regter-Commissaris veel beperkter is en het opperbeleid over de instructie is gegeven aan de Raadkamer der Regtbank. Voor eene spoedige werking der justitie en eene meer naauwkeurige ontdekking der waarheid, zou het dienstiger zijn tot het Fransche stelsel, *mutatis mutandis*, terug te keeren en onder anderen in de instructie de getuigen onder eede te hooren of wel tegen het afleggen eener valsche onbeëdigde verklaring voor den Regter-Commissaris gestrengere straffen te bedreigen.

Ter bespoediging wordt verder door den Heer BONNEVILLE voorgesteld: 1°. om aan de Regters van instructie, die overladen zijn met werk, een der Regters-plaatsvervangers toe te voegen, belast met de instructie der kleine zaken of geringere misdrijven, hetgeen zich ook voor Nederland laat aanbevelen, niet zoo zeer omdat de Regters-Commissarissen al te drukke bezigheden hebben, dan wel om daardoor eene nuttige kweekschool voor Regters van instructie te verkrijgen; 2°. om alle nutteloos geschrijf af te schaffen en de behandeling van zaken te vereenvoudigen; want niet ten onregte wordt van de Fransche administratie (en met even veel grond van de onze) gezegd: *qu'elle est trop paperassière*, een euvel, dat zich vooral bij de parketten op eene nadeelige wijze in de afdoening van zaken doet gevoelen; 3°. om dáár, waar noodig, geschikte en niet te karig bezoldigde Secretarissen bij het parket in te stellen en te beëdigen, die, onder toezigt van de ambtenaren van het openbaar ministerie, met de bureau-werkzaamheden zouden belast worden; 4°. om het volvoeren van rogatoire commissiën aan vaste termijnen te binden onder verpligting van de ambtenaren om, bij vertraging, de

redenen te vermelden en met aansprakelijkheid voor de kosten, zoo zij zich niet behoorlijk regtvaardigen; 5°. om door doelmatige middelen en instructiën het verstrekken van inlichtingen, welke met betrekking tot de verdachten gevraagd worden, te bevorderen.

De behandeling van dit onderwerp in het zestiende hoofdstuk voortzettende, prijst de schrijver vooral de Engelsche regtspleging om hare eenvoudigheid en buitengewone snelheid. Dáár geene nietsbeduidende beuzelarijen, geene belemmerende nietigheden, geene nuttelooze vormen; alles gaat regtstreeks tot het voorgestelde doel: (*guilty or not guilty*) schuldig, of niet schuldig. De Fransche wetgeving daarentegen, hoe voortreffelijk overigens, heeft al te veel willen regelen en daardoor den loop der regtspleging belemmerd. De middelen, die de schrijver voorstelt om tot de gewenschte eenvoudigheid te geraken, zijn: *a.* bespoediging in het opsporen van de antecedenten der beklaagden; *b.* afschaffing van de bemoeijenissen van de Raadkamers der Regtbanken bij de instructie van strafzaken; *c.* het correctionaliseren der misdaden of verwijzing daarvan naar den correctionnelen Regter, op grond van verschillende omstandigheden, door de Raadkamer van het Hof als verzachtend erkend; *d.* afschaffing van de acte van beschuldiging; *e.* overbrenging van den beschuldigde naar de daartoe bestemde gevangenis op eenvoudig bevel van den procureur-generaal, behoudens nadere beteekening van het arrest van verwijzing en van de acte van beschuldiging.

a. Bespoediging in het opsporen van de antecedenten der beklaagden. De vertraging, waartoe deze opsporing aanleiding gaf, is verdwenen door het invoeren der geregteleggers of *casiers judiciaires*. Naar aanleiding van het voorstel van den schrijver wordt ter griffie van iedere Regtbank een legger aangehouden, in verschillende vakken en naar alphabetische orde verdeeld,

die in een voor het publiek niet toegankelijk lokaal, bij voorkeur dáár, waar de registers van den burgerlijken stand berusten, geplaatst wordt. In dezen legger worden losse bladen of bulletins naar alphabetische orde gerangschikt, bevattende ten opzichte van dezulken, die in het arrondissement geboren zijn, alle gewijsden in correctionnele, en in criminele zaken, zoowel door de Hoven van assises, als door de militaire Regtbanken uitgesproken, alle de disciplinaire straffen op hen toegepast, hunne faillietverklaring, zoo zij kooplieden zijn, en hunne rehabilitatie na ondergane veroordeeling of faillietverklaring. Deze losse bladen of bulletins, bestemd om over het gansche Rijk verspreid en van verre gezonden te worden, ten einde eene plaats in te nemen in de leggers, zijn naar een bepaald formulier en op eene voorgeschreven grootte ingerigt. Wanneer de plaats der geboorte bekend, doch geene acte daarvan te vinden is in de registers van den burgerlijken stand, dan wordt daarvan melding gemaakt in den legger. Mogt er geene acte van geboorte gevonden worden, betrekking hebbende op den veroordeelde, dan zijn de regterlijke ambtenaren verplicht alle nasporingen te doen, welke onder hun bereik liggen, en zijn ook deze vruchteloos gebleven, dan geschiedt de opname in den legger van het arrondissement der woonplaats, zoo die met juistheid is opgegeven. In een afzonderlijk vak van den legger ter griffie van de plaats, waar de veroordeeling is uitgesproken, worden de zoodanige vermeld, wier geboorte- en woonplaats niet kunnen worden opgespoord. Ook is voorzien in het geval dat de veroordeelde vreemdeling of genaturaliseerd is. Door middel van deze leggers kan men op eene gemakkelijke en spoedige wijze de noodige inlichtingen bekomen en den Regter in staat stellen het vorig gedrag van den beklagde in aanmerking te nemen. *Consideranda est persona nocentis; majores nostri severius famosos quam*

integrae vitae homines punierunt. Bij het uitdeelen van ridderkruizen, het vergeven van ambten en bedieningen en het zamenstellen der jury, heeft men slechts de *casiers judiciaires* te raadplegen, om zich niet in de zedelijkheid en bekwaamheid der personen te vergissen, terwijl door de overlegging van negatieve uittreksels uit dezelve te vorderen en die tegen eene matige retributie verkrijgbaar te stellen, eene aanzienlijke opbrengst voor 's Rijks schatkist geboren wordt. De schrijver wenscht bij die leggers nog gevoegd te hebben al de bevelen van begeleiding en gevangenneming, opdat de voortvlugtige achterhaald, en de regterlijke instructien voortgezet zouden kunnen worden, die thans, uithoofde van vruchteloze nasporingen, blijven slapen.

b. Afschaffing van alle bemoeijenissen van de Raadkamers der Regtbanken bij de instructie van strafzaken. Waarom, vraagt de schrijver, zoude deze bemoeijenissen, behoudens het regt van verzet, niet aan den Regter van instructie *alleen* kunnen toevertrouwd worden? Dit denkbeeld heeft niets zonderlings of buitengewoons, als men bedenkt dat in Engeland een enkele magistraatspersoon (de vrederegter), als regter van instructie het onderzoek doet, het *warrant* (bevel van dwang bij den lijve) verleent en *alléén*, over de bevoegdheid oordeelende, den verdachte verwijst of naar de *quarter sessions* (correctionele Regtbanken), of naar het Hof van assises. Onder het bestaan van het wetboek van Brumaire, jaar IV, was insgelijks een éénig magistraatspersoon belast met de instructie, namelijk de Directeur der gezworenen, die verklaarde dat er geene genoegzame bezwaren tot verdere vervolging bestonden, of naar den bevoegden regter verwees. Waartoe dus die tusschenkomst van de Raadkamer dáár, waar het openbaar ministerie tegen hare uitspraken kan opkomen (art. 121 Wetb. van Strafv.), en de zaak toch moet gebracht

worden in de Raadkamer van het Hof? (art. 124 en volg. Wetb. van Strafv.) Waarom hier twee graden van jurisdictie verleend? Nog minder noodig is de bemoeienis der Raadkamer, wanneer het correctionnele zaken geldt. Worden er genoegzame bezwaren tot verdere vervolging *en* door den Regter van instructie *en* door de ambtenaren van het openbaar ministerie gevonden, is dan deze overeenstemming niet voldoende om naar eene jurisdictie te verwijzen, waar de zaak raauwelijks had kunnen worden aangebragt door het openbaar ministerie? Als beiden het eens zijn, dat er geene genoegzame bezwaren aanwezig zijn, zal dan het maatschappelijk belang geen overvloedigen waarborg vinden in de verantwoordelijkheid dier ambtenaren en in het toezigt dat de procureur-generaal over den geregelden loop der justitie dient te houden? Alleen in geval van verschil van gevoelen tusschen die twee ambtenaren zou de beslissing aan de Raadkamer van het hof moeten zijn.

c. Het correctionnalisieren der misdaden of verwijzing daarvan naar den correctionnelen regter, op grond van verschillende omstandigheden door de Raadkamer van het Hof als verzachtend erkend. Tot ondersteuning hiervan wordt aangevoerd, dat de hoven van assises in wezenlijkheid niets anders dan correctionnele kamers zijn geworden, ten gevolge van het aannemen van verzachtende omstandigheden, zoodat deze voortaan van invloed moeten zijn op de regeling der bevoegdheid. Het stelsel, door den Belgischen wetgever aangenomen in de wetten van 1 en 15 Mei 1849, vindt daarom goedkeuring bij den schrijver. Nogtans zijn daartegen gewigtige bezwaren in te brengen (1) en verdient het

(1) Bij het onderzoek der wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n^o. 132) bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal werd, op de deswege gestelde vraag, door de Regering geantwoord, dat, daargelaten of het Belgisch verwijzingsstelsel wel zeer stelselmatig en regelmatig werkend te achten

onzes erachtens de voorkeur, dat de *wetgever* zich met de taak belaste om de bevoegdheid van de correctionnelle regtbanken uit te breiden, die van de hoven tot zware misdaden te beperken. Het geval zal zich dan niet meer voordoen, dat de hoven over diefstal van een kiel, van een konijn of van een bos stroo hebben te oordeelen. Alleen de jeugdige ouderdom van den dader moet, wanneer het misdaden geldt, eene verwijzing naar de correctionnelle rechtbank blijven wettigen (zie art. 119 Wetb. van Strafvord.)

d. Afschaffing van de acte van beschuldiging. Het is bekend dat de wetgever van 1791, en kort daarna die van het jaar IV, de Engelsche regtspleging van de *jury van beschuldiging* van toepassing heeft trachten te maken op Frankrijk, daarbij invoerende de acte van beschuldiging, in navolging van de *bill of indictment*, die tot grondslag strekte der criminele vervolging. De tegenwoordige acte van beschuldiging is geheel van haar oorspronkelijk karakter afgeweken, want in plaats van de verwijzing vooraf te gaan, komt zij thans daarna. Zoo als zij nu is, mag zij als overbodig beschouwd worden, want het verslag van den procureur-generaal (art. 124 Wetb. van Strafv.) heeft de Raadkamer met de zaak bekend gemaakt en door het daarop gevolgde arrest van verwijzing zijn de feiten bepaald, die daarenboven naauwkeurig in de dagvaarding, 's noods met de qualificatie, zouden kunnen omschreven worden. De kundige schrijver (D. P.) in het *Weekblad van het Regt* (zie n^o. 1699) vermeent zich nauwelijks krachtig genoeg tegen de voorgestelde afschaffing te kunnen verzetten, en beschouwt de acte van beschuldiging in het volstrekt belang der verdediging. Maar is inderdaad de vrees

ware, de invoering daarvan een greep zou zijn in het Wetboek van Strafvordering, van veel gewigt, en zeker in de bedoelde wet niet te huis behoorende. (Zie *Weekb. v. h. Regt*, n^o. 1734, onder de berigten.)

gegrond dat de beschuldigde, bij gemis dier acte, buiten staat zal zijn om te weten welke bezwaren tegen hem worden ingebracht (1)? Zijn raadsman kan immers inzage verkrijgen der stukken (art. 162 Wetb. van Strafv.), en de mededeeling van afschriften dier stukken (zie art. 163 Wetb. van Strafv.) zou door den wetgever verpligtend kunnen gemaakt worden en altijd kosteloos moeten geschieden. De acte van beschuldiging is daarentegen in vele opzichten zeer schadelijk, en hare redactie brengt altijd vertraging en veel werk voor ambtenaren van het openbaar ministerie te weeg. Zij is veeltijds niets anders dan eene eenzijdige pleidooi tegen den beschuldigde, des te nadeeliger, omdat zij een blijvend stuk is bij het onderzoek der zaak, terwijl de verdediging doorgaans slechts mondeling is. Een van beiden: *of* de voordragt en ontwikkeling door den procureur-generaal (art. 174 Wetb. van Strafv.), *of* de acte van beschuldiging kunnen veilig achterwege blijven. Indien wij echter moeten kiezen, dan verlangen wij alleen behouden en verpligtend gesteld te zien: *de voordragt en ontwikkeling*, welke dan van zelf iets meer zoude worden dan eene bloote referte tot de acte van beschuldiging, gelijk thans het geval is.

e. Overbrenging van den beschuldigde naar de daartoe bestemde gevangenis, op eenvoudig bevel van den procureur-generaal, behoudens nadere beteekening van het arrest van verwijzing en van de acte van beschuldiging. Het geldt hier wel geene verandering van gewigt, maar al wat eenigermate tot bespoediging kan leiden, is wenschelijk. De regterlijke ambtenaren kunnen overigens in de praktijk het hunne bijdragen, om eene gere-

(1) Er zijn correctionnele zaken van zeer gewigtigen en ingewikkelden aard, waarin eene voorloopige instructie heeft plaats gehad, en echter volstaat men ook daarin met eene eenvoudige *dagvaarding*, zonder dat daarvan eenig nadeel voor de verdediging is ondervonden.

gelde en spoedige afdoening van zaken te bevorderen. Bij zijne circulaire van den 20 Februarij jl. (zie *Weekbl. v. h. Regt* n°. 1728) heeft de Minister DONKER CURTIUS daaromtrent eenige zeer goede wenken gegeven, waarvan wij met hem weldra de nuttige uitwerking hopen te bespeuren. De heer BONNEVILLE spreekt in een zijner hoofdstukken van een ander uitmuntend voorschrift, voorheen in het ressort van Parijs, door den procureur-generaal BELLART gegeven, dat bij uitnemendheid geschikt is om eene gewenschte werkzaamheid en een gepasten nadjver bij de regterlijke ambtenaren gaande te houden, namelijk de invoering van de zoogenaamde *feuille d'examen*, gevoegd bij iedere dossier in criminele zaken, waarop onder anderen de voorzitter van het hof en de magistraat, die met de vervolging belast was, in eene afzonderlijke kolom hunne aanmerkingen maakten omtrent de regelmatigheid of ongenoegzaamheid der processen-verbaal, omtrent de traagheid of vaardigheid, waarmede de zaken behandeld werden, en de gebreken of goede leiding, die in den gang der procedure werden waargenomen. In deze nota van aanmerkingen vond de procureur-generaal aanleiding om aan de hulp-officiëren of magistraatspersonen, met de opsporing en het onderzoek belast, de noodige teregtwijzing te geven of hun den welverdienden lof toe te zwaaijen.

De belemmeringen, vertragingen en onvolledigheden, waarvan in het zeventiende hoofdstuk gesproken wordt, laten wij onaangeroerd, omdat zij betrekking hebben op de regtspleging voor de jury. Intusschen verklaren wij met den schrijver zeer levendige sympathie te gevoelen voor eene instelling, die in ons oog onmisbaar en een noodzakelijk gevolg is der regtstreeksche verkiezingen. Zoo die instelling van de gebreken gezuiverd werd, die in Frankrijk en elders bestaan en door de ondervinding gebleken zijn, dan is daarin ongetwijfeld een veel grooter

waarborg voor de juistheid der beslissing te vinden, al ware het slechts om het veel *groot*er personeel, dat over de schuld of onschuld van den beklaagde oordeelt, waarin ook door den schrijver van de *Denkbeelden over Regterlijke Organisatie* (zie pag. 117 en volg. van dit Tijdschrift), hoezeer anders geen voorstander der jury, een waarborg schijnt gevonden te worden, daar hij de uitspraak over schuld of onschuld aan minstens *zes* regters wil opgedragen hebben. Naar onze meening kan, zoo lang er geene jury bestaat, het appel, althans zoo het in correctionnele zaken wordt toegestaan, ook op geene goede gronden in criminele zaken worden ontzegt.

In het achttiende, negentiende, twintigste en een-en-twintigste hoofdstuk wordt een onderwerp van anderen aard onderzocht, namelijk: de preventieve gevangenschap, de voorloopige in-vrijheid-stelling en de schadevergoeding, door de maatschappij aan onregtvaardig vervolgd verschuldigd. De preventieve gevangenschap heeft een drieledig doel, te weten: de publieke veiligheid te verzekeren, door een einde te maken aan het gevaar of aan het schandaal, ten gevolge van het misdrijf te weeg gebracht; de waarheid op eene spoedige en gemakkelijke wijze te achterhalen, en de uitvoering der straf te waarborgen, door den beklaagde te beletten zich daaraan te onttrekken. Binnen deze enge grenzen beperkt, is de preventieve gevangenschap eene voorzorg, even regtmatic als de beteugeling zelve. Daar buiten zoude zij onregtvaardigheid en verdrukking heeten. Het gevolg hiervan is, dat de regter haar niet moet bevelen, dan wanneer zij volstrekt onvermijdelijk is om dit drieledig doel te bereiken. Het Romeinsche en het oud Fransche regt hebben nagenoeg de ware beginselen gehuldigd. *Onmiddellijke* aanhouding voor alle *misdaden* in het algemeen; *verplichtende* preventieve gevangenschap voor

gewigtige misdaden; bevoegdheid om, wanneer het misdaden geldt van minder zwaarwigtigen aard, de inhechtenisneming te bevelen, behoudens het regt om den beschuldigde voorloopig onder borgtogt te ontslaan. In Frankrijk heeft men een tegenovergestelden weg ingeslagen; voor misdaden is het bevel van gevangenneming of aanhouding (le mandat d'arrêt) *facultatief*, de voorloopige in-vrijheid-stelling daarentegen verboden (artt. 94 en 113 Code d'Instr. Crim.). En, hetgeen opmerking verdient, de tekst der wet schijnt met hare motieven in kennelijken strijd. Uit de wettelijke bepalingen vloeit voort, dat de beschuldigde, tegen wien geen bevel van gevangenneming (mandat d'arrêt) is uitgevaardigd, zich door de vlugt aan de straf kan onttrekken, doch dat hij, eenmaal aangehouden zijnde ter zake van misdaad, niet meer voorloopig in vrijheid kan gesteld worden. Ofschoon de regterlijke ambtenaren door de toepassing, die zij van de wet maken, in deze ongelegenheden te gemoet komen, verlangt echter de schrijver, dat de wet daaromtrent betere en stellige voorschriften geve. Hij, die beklagd is van *wanbedrijf*, moet nimmer in hechtenis genomen kunnen worden, wanneer het feit met enkele boete gestraft wordt, en de preventieve gevangenschap moet, behoudens het geval van herhaling, ten aanzien van beklagden, die eene vaste woonplaats hebben, alléén dan geoorloofd zijn, wanneer tegen het feit eene gevangenisstraf van zekeren duur, bijv. van drie maanden, bedreigd is. In den regel dienen de vrouwen, zoo noodzakelijk in haar huishouden, op vrije voeten te blijven, wanneer zij eene vaste woonplaats hebben, behalve in het geval van *misdaad*. De schrijver geeft in bedenking, om art. 119 Code d'Instr. Crim. in zijn geheel te behouden, maar hetzelfde uit te strekken tot de voorloopige in-vrijheid-stelling van hen, die, gedomicilieerd zijnde, beschuldigd worden eene misdaad van minder

zwaarwigtigen aard (*minoris gradús*) te hebben begaan. Voorts wil hij den borgtogt in de gevallen, voorzien bij het 1ste en 3de lid van dat artikel, zoodra het wanbedrijven geldt, tot een minimum van 250 franken terug gebragt, en voor dezen zelfs den persoonlijken borgtogt toegelaten hebben van een gedomicilieerd en te goeder naam bekend burger, ter beoordeeling van den regter. Eindelijk stelt hij voor aan den regter van instructie, met overeenstemming van het openbaar ministerie, de bevoegdheid te geven om in elken stand der regspleging het bevel van gevangenneming voorloopig op te heffen en te veranderen in een bevel van begeleiding of dagvaarding in persoon. Reeds is men er in Frankrijk op bedacht geweest, om in dit opzigt eene wijziging tot stand te brengen en aan den regter van instructie de bevoegdheid toe te kennen het bevel van gevangenneming, dat hij heeft uitgevaardigd, in te trekken, na ingewonnen advijs van den keizerlijken procureur, doch *met dien verstande, dat hij altijd vrij blijft in zijne beslissing*. In dien zin werd eenige jaren geleden door een lid der wetgevende vergadering een voorstel van wet gedaan. Bij verschil van gevoelen tusschen den regter van instructie en den ambtenaar van het openbaar ministerie, moet het evenwel aan de raadkamer zijn om het incident te beslissen, terwijl het ook aan de regtbanken moet worden vrijgelaten om, van het oogenblik dat de beklaagde ten correctionnelle verwezen en de regter van instructie gedesaisisseerd is, het verleende bevel van gevangenneming, daartoe termen bestaande, op te heffen, omdat er eenige tijd kan verlopen tusschen de verwijzing en de uitspraak, en deze om verschillende redenen, soms onbepaald, kan worden uitgesteld. Het wets-voorstel, in dier voege geamendeerd, zou, zonder nadeel voor de justitie, krachtdadig medewerken om de preventieve gevangenschap te verkor-

ten (1). De Belgische wet van den 18 Febr. 1852 is hierin voorgegaan en heeft bijna letterlijk het stelsel van den schrijver gehuldigd. Moet evenwel, ten voordeele van den beklaagde, de bevoegdheid gegeven zijn om zijne voorloopige invrijheid-stelling te bevelen, van den anderen kant moet het in het belang der maatschappij vrijstaan om, *in elken stand van het geding* (2), een bevel van voorloopige aanhouding of gevangenneming te verleenen, omdat thans aan hen, die eene correctionnelle veroordeeling te ontmoet zien, de gelegenheid is gegeven hunne zaken te vereffenen, al wat zij bezitten te gelde te maken en zich door de vlugt aan de straf te onttrekken, ja, zelfs wanneer zij tot vijfjarige gevangenisstraf, ter zake van *wanbedrijf*, veroordeeld zijn, door het instellen van hooger beroep en cassatie, den noodigen tijd tot het volvoeren van hun voornemen te winnen en, wat erger is, na definitieve veroordeeling, in alle veiligheid de wijk te nemen naar het buitenland, ten einde aldaar de verjaring hunner straf af te wachten, vermits bij de tractaten geene uitlevering voor *wanbedrijven* is toegelaten. Aan den regter van instructie moet evenzoo het regt toekomen om, met overeenstemming van het openbaar ministerie, op het verzoek *tot voorloopige in-vrijheid-stelling onder borgtocht* te beschikken, terwijl

(1) Onlangs werd een beschuldigde ter zake van bedriegelijke bankbreuk door het Hof van Limburg *vrijgesproken*, die bijna *een geheel jaar* in hechtenis was geweest. Zóó lang moest de preventieve gevangenschap nimmer gerekt kunnen worden. Zoowel de schatkist als de beschuldigten zouden er mede gebaat worden.

(2) Door sommige schrijvers wordt aan den regter het vermogen betwist, om gedurende den loop van het rechtsgeding of ter openbare terechtzitting de in-hechtenis-neming of de in-vrijheid-stelling van den beklaagde te bevelen, doch de Hooge Raad is van een ander gevoelen. (Zie DE PINTO, *Handl. tot het Wetb. van Strafv.*, II, pag. 285 en volg.)

wederom, bij verschil van gevoelen tusschen die ambtenaren, of waanneer het verzoek van den beklaagde is afgewezen, de tusschenkomst der raadkamer moet worden voorgeschreven. Men zegge niet: waartoe dat ontslag onder borgtogt, zoo de eenvoudige opheffing van het bevel van gevangenneming geoorloofd is? Het eene geschiedt op het verzoek van den beklaagde, het andere ex officio en uit eigen beweging door den regter, zoodat er wel degelijk verschil bestaat en hier eene afzonderlijke regeling noodzakelijk is. De Belgische wet van den 18 Februarij 1852 heeft mede in dien zin de bepaling van den Franschen Code d'Instr. Crim. gewijzigd.

Te vergeefs is er eenige geldige reden te zoeken, waarom de Nederlandsche wetgever de in-vrijheid-stelling onder borgtogt heeft afgeschaft, en bij de herziening onzer regspleging, waar wij verlangend naar uitzien, moet aan de herstelling van dat middel gedacht worden, waarbij dan de nuttige wenken van den schrijver in aanmerking kunnen komen. Daarentegen moet de al te ver gedreven vrijgevigheid worden ingekort van art. 88 Wetb. van Strafv., dat der Regtbank toelaat om, waanneer tegen het misdrijf lijf- en oonteerende straf is bedreigd, of bij bepaalde wanbedrijven, hetzij slechts *eene dagvaarding in persoon*, hetzij een bevel van gevangenneming of gevangenhouding te verleenen, en buiten de aldaar uitgezonderde gevallen, in *alle* andere correctionnele zaken de bevoegdheid tot het verleenen van een bevel van gevangenneming ontzegt. Door de voorstellen van den schrijver te volgen, zullen de belangen van de justitie en die der beklaagden gelijkelijk worden behartigd.

Ten slotte wordt hier de vraag gesteld en onderzocht in hoeverre de duur der preventieve gevangenschap, bij veroordeeling, aan den beklaagde moet worden toegerekend. De wetgever heeft zich daarover niet uitgela-

ten, welligt met opzet, omdat hare opstellers, hoezeer overtuigd van de harde noodzakelijkheid der preventieve gevangenschap daarin geene straf gezien hebben. Is evenwel dit stilzwijgen geoorloofd dáár, waar het een algemeen beginsel van regtvaardigheid geldt? Niemand kan toch ontkennen, dat billijkheidshalve in sommige gevallen niet buiten aanmerking mag blijven de tijd, dien de veroordeelde vóóraf in den kerker heeft doorgebracht en veeltijds wordt dan ook in de praktijk in zekere mate daarop door den Regter gelet. Waarom dus het beginsel niet openhartig erkend, gelijk dit in Beijeren, Oostenrijk en Sardinië is geschied en ook onder het costumier regt van Frankrijk was aangenomen? De schrijver hecht zijne goedkeuring aan de bepaling van art. 46 van het Wetb. van Oostenrijk, die als verzachtende omstandigheid aanneemt de preventieve gevangenschap door den beklaagde *buiten zijn toedoen* ondergaan, doch geeft de voorkeur aan art. 62 van het Wetb. van Sardinië, waarbij is toegelaten zulks in de bepaling der straf toe te rekenen. Het zou te ver gaan, de preventieve gevangenschap, zelfs wanneer zij buiten toedoen van den beklaagde is ondergaan, op dezelfde lijn te willen stellen als de wettelijk bepaalde straf. Van daar dat een voorstel van die strekking, in 1850 door een vertegenwoordiger aan de wetgevende kamer in Frankrijk gedaan, *voor alstoen* buiten aanmerking bleef, maar algemeen was destijds het heerschend gevoelen, dat de preventieve gevangenschap in mindering der straf moest dienen. Wel nu, is men het daarover eens, zegt de schrijver, dan moet ook in de wet de bepaling worden opgenomen, dat de Regter, behoudens het geval van herhaling, *in zekere mate* de preventieve gevangenschap, *buiten toedoen* van den veroordeelde ondergaan zal *kunnen* toerekenen, onder gehoudenheid om in dit geval den dag te bepalen van welken de straf zal beginnen te loopen. Of echter

met dergelijke *facultatieve* bepaling veel van het beginsel zal overblijven, mag met regt in twijfel getrokken worden. De Nederlandsche wetgever heeft de hardheid der preventieve gevangenschap eenigermate trachten te verzachten, door in art. 21 van de wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n^o. 102) te bepalen, dat tuchthuis- en gevangenisstraffen aanvangen met den dag der uitspraak, niet-tegenstaande hooger beroep of voorziening in cassatie, wanneer de veroordeelde bereids in hechtenis is. Het gevolg daarvan is, dat de meeste veroordeelden, soms alléén om niet van de eene naar de andere gevangenis vervoerd te worden, hooger beroep of voorziening in cassatie aantekenen, omdat toch inmiddels hun straftijd verstrijkt. Andere bezwaren zijn daaruit ontstaan, die reeds bij de beraadslaging over dit artikel in de Tweede Kamer der Staten-Generaal voorspeld werden, doch waarop destijds niet genoeg is gelet. De ondervinding heeft nu geleerd, dat het voorgestelde amendement van den volgenden inhoud de voorkeur verdiende: «Echter «zal, wanneer de veroordeelde zich voorloopig in hechtenis bevindt, de duur dier voorloopige gevangenschap «door den Regter bij het opleggen der tuchthuis- of «gevangenisstraffen in aanmerking moeten worden genomen.» Dergelijke bepaling maakte het geenszins van den goeden wil of het welbehagen van den Regter afhankelijk om de preventieve gevangenschap in aanmerking te nemen, maar was wel degelijk imperatief en zou de ongelegenheden niet hebben doen geboren worden, waartoe de tegenwoordige wet aanleiding heeft gegeven.

Indien de preventieve gevangenschap wordt toegerekend aan den veroordeelde, dan is daarvan het noodwendig gevolg dat aan onregtvaardig vervolgd den het nadeel moet worden vergoed, dat hun daardoor is toegebracht. En waarom niet, vraagt de schrijver, wanneer dit met de billijkheid en regtvaardigheid strookt? Het is niet onmo-

gelijk om die theorie in praktijk te brengen; want al wat regtvaardig is, is mogelijk, mits men niets anders op het oog hebbe, dan wat inderdaad regtvaardig kan genoemd worden.

In het twintigste en een-en-twintigste hoofdstuk tracht de Heer BONNEVILLE daarvan het bewijs te leveren en handelt hij uitvoerig over de schadevergoeding, welke de Maatschappij aan onregtvaardig vervolgdenschuldigen verschuldigd is. Dwalingen zullen altijd onvermijdelijk zijn en vermoedens, aanvankelijk opgevat en door het openbaar gerucht bevestigd, zullen niet zelden bij eene naauwkeurige instructie verdwijnen. Het zou echter verkeerd zijn de beklagden, die na in hechtenis gesteld te zijn, wederom losgelaten of vrijgesproken worden, allen zonder uitzondering voor *onschuldig* te houden. Ten onregte worden zij door den Zegelbewaarder in Frankrijk in officiële stukken aldus genoemd. Blijkens de geregtelijke statistiek zijn aldaar gedurende het jaar 1851 79,590 personen voorloopig in hechtenis genomen. Op dit getal zijn er voorloopig in vrijheid gesteld: 1771; door de hoven van assises en de correctionele regtbanken tot straf verwezen: 51,653, en door dezelfde regterlijke collegiën vrijgesproken of wel in raadkamer buiten vervolgd gesteld: 26,766, die gedurende meerderen of minderen tijd in hechtenis waren geweest. Nogtans waren deze vrijgelatenen niet allen onschuldig en ofschoon ieder burger, die vervolgd wordt, het vermoeden voor zich heeft, dat hij onschuldig is, zoo lang zijne schuld niet op eene wettige wijze bewezen is, zoo mag evenwel dit vermoeden niet altijd als een in waarheid erkend feit beschouwd worde. Zulks kan het geval niet zijn ten opzichte van dengene, te wiens aanzien is beslist, dat er geene termen zijn tot teregstelling (zie art. 246 *Code d'Instr. Crim.* en art. 167 *Strafv.*), omdat die beslissing niet definitief is en de beklagde wederom in regten

mag worden betrokken, zoodra er nieuwe bezwaren tegen hem zijn ingekomen; tenzij bij de ordonnantie zelve worde uitgemaakt, dat de vervolging of aanhouding van den beklagde het gevolg is geweest van dwaling. Evenmin zijn al de beklagden, die bij eindbeslissing worden vrijgesproken, daarom onschuldig, omdat veeltijds die vrijspraak heeft plaats gehad, uithoofde van gebrek aan bewijs. Niet zelden blijkt zelfs bij een ontslag van regtsvervolging, dat een beklagde, hoezeer niet strafbaar naar de wet, eene hoogst laakbare of onvoorzigtige daad heeft begaan. Alléén dezulken hebben dus te klagen en aanspraak op vergoeding, wier onschuld op eene authentieke wijze daargesteld en door de justitie erkend wordt. Maar hunne aanspraak of hun regt op vergoeding is dan ook zoo duidelijk en klaar, dat het overbodig is zulks te betoogen en de bepaling, in alle bekende wetgevingen opgenomen, dat hij, die zijn medeburger valschelijk beschuldigt, zich blootstelt aan schadevergoeding, moet evenzeer gelden wanneer door eene vereeniging van personen, door eene gemeente of door de geheele Maatschappij eene valsche of onregtmatige beschuldiging heeft plaats gehad. Een voor een worden de bezwaren, tegen het stelsel in te brengen, wederlegd en onder anderen ook de tegenwerping dat hier wederom een nieuwe en vrij aanzienlijke last voor de schatkist zou geboren worden. Inderdaad, zegt de schrijver, het zou een *nieuwe* last zijn, gelijk iedere lang miskende schuld, waarvan men zich eindelijk kwijt, maar minder bezwarend, wanneer de schadevergoeding niet verder wordt uitgestrekt dan voor het geval van volkomen onschuld. «Au surplus,» voegt hij er bij, zich bedienende van de woorden van een voormalig Zegelbewaarder, «qu'importe la question d'argent, si c'est une question de justice?» Werd de vraag geopperd hoe het komt, dat een regt, zoo duidelijk en onwederlegbaar aangetoond, tot dusverre niet

uitdrukkelijk bij de wet is erkend; men zou zich daarvan kunnen afmaken met het antwoord, dat de meest stellige regten vaak om verschillende redenen onthouden of eerst sedert kort, soms ten koste eener omwenteling, verkregen zijn. Maar het is buitendien bewijsbaar, dat het regt op schadevergoeding schier altijd *in beginsel* heeft gegolden. Dit beginsel, aanvankelijk in de Grieksche en Romeinsche wetgeving aangenomen, later miskend door het feodaal regt, maar hersteld door de Koningen LODEWIJK DEN XI^e., FRANS DEN I^e. en LODEWIJK DEN XV^e., is op eene plegtige wijze door LODEWIJK DEN XVI^e. gehuldigd, in 1789 bijna algemeen terug verlangd en sedert dien tijd door de meest uitstekende criminalisten als wenschelijk voorgesteld. Intusschen blijft het altoos hoogst moeilijk deswege eene doeltreffende bepaling in de wet op te nemen, hoe nuttig, hoe billijk en regtvaardig de zaak op zich zelve ook moge wezen. Volgens den schrijver, moet de te verleenen schadeloosstelling bestaan in eene plegtige erkenning van de onschuld des beklagden met openbare bekendmaking van het vonnis, alsmede in eene geldelijke vergoeding, door den regter te bepalen. Hij verlangt eene bepaling in de wet, aan den regter de verplichting opleggende om, wanneer er noch beledigde partij, noch verantwoordelijke aanklager aanwezig zijn en uit het onderzoek der zaak het bewijs voortvloeit, dat de beklagde volkomen *onschuldig* is en *niet door zijn toedoen* aanleiding heeft gegeven tot de vervolging, zulks ambtshalve te verklaren. In deze gevallen moet het bedrag der schadevergoeding, zoo de beklagde dit vordert, het openbaar ministerie gehoord, bepaald en kan de aanplakking of openbare bekendmaking der uitspraak bevolen worden. In ieder geval moet de beklagde een kosteloos afschrift der uitspraak kunnen bekomen. Hieruit volgt, dat de beklagde niet kan volstaan zijne onschuld te beweren, maar het

bewijs moet leveren, dat hij noch aan het misdrijf, noch aan de vervolging eenige schuld heeft gehad, zoodat in dubio geene vergoeding verschuldigd is. Op die wijze zal het schoone regt, dat men aan onregtvaardig vervolgden wil geven, van weinig beteekenis zijn, en indien men geene betere bepalingen weet te vinden, dan gelooven wij dat het beter is de zaak in statu quo te laten. De vreemde wetgevingen, waarop de schrijver zich tot ondersteuning van zijn voorstel beroept, schijnen dan ook vrij wat milder te zijn en veel meer aan het arbitrium van den regter over te laten.

In het twee en twintigste hoofdstuk worden de oorzaken van ligtvaardige vrijspraken opgespoord en de middelen aangewezen om daarin te voorzien. Het daaropvolgende handelt over het misbruik der verzachtende omstandigheden en de buitensporige toegevendheid in het straffen der misdrijven. De beschouwingen van den schrijver betreffen hoofdzakelijk de regtspleging voor de jury en zijn dus voor ons van minder belang. Wij ontmoeten echter daaronder eenige denkbeelden, die wij vermeenen te moeten vermelden, omdat zij ook onder onze wijze van regtspleging voor uitvoering vatbaar zijn. Zoo wordt bijv. de opmerking gemaakt, dat sommige regters van instructie, om zuiverheid van taal te betrachten, de gewoonte hebben de verklaringen der getuigen te verkorten of daaraan eene zekere redactie te geven. Hoe getrouw die redactie ook moge wezen, zij onttrekt aan de getuigenis haar oorspronkelijk karakter en brengt somwijlen een merkbaar verschil te weeg tusschen hetgeen ter openbare terechtzitting verklaard wordt en in de verhooren geschreven staat. Het is dus verkieslijk om zoo na mogelijk de uitdrukkingen te volgen, waarvan de getuige zich in zijne verhooren bediend heeft. Eene andere opmerking is deze: het Openbaar Ministerie, dat zich, ter vermijding van kosten, wil bepalen geene

andere getuigen dan de hoogstnoodzakelijke bij te brengen, loopt dikwijls gevaar om, afgaande op de voorloopige instructie, juist diegene te doen oproepen, die zich het minst duidelijk kunnen uitdrukken of, hetzij om hunne bekrompenheid van geest, hetzij omdat zij niet ter goeder naam staan, liever achterwege hadden moeten blijven. Hieruit wordt de gevolgtrekking gemaakt, dat de regter van instructie steeds de lijst der getuigen zou behooren op te maken, omdat hij de gelegenheid gehad heeft, het oordeel en de geheele houding der getuigen waar te nemen en te leeren kennen; behoudens natuurlijk altijd het regt van het openbaar ministerie om die lijst naar eigen goedvinden te wijzigen. De schrijver doet verder opmerken, dat het de pligt der justitie is om niet alleen te onderzoeken wat den beklaagde tot last, maar ook wat hem tot ontlasting kan strekken. De instructie moet geen eenzijdig onderzoek wezen, maar daarheen leiden, dat het bewijs van schuld of onschuld zoo volledig mogelijk tot klaarheid gebragt en het openbaar ministerie bij de behandeling ter openbare terechtzitting niet met onverwachte middelen van verdediging verrast of overrompeld worde. Hoe naauwkeuriger die middelen onderzocht worden, hoe minder twijfel er zal overblijven of de beklaagde zich al dan niet aan het hem ten laste gelegde feit heeft schuldig gemaakt. Indien men nagaat met welke zorg de wetgever heeft willen waken dat er geen invloed op de getuigen uitgeoefend kunne worden, door te bepalen, dat zij, ter openbare terechtzitting gedagvaard, eerst in eene afzonderlijke voor hen bestemde kamer verwijderd worden, vervolgens elk afzonderlijk hunne getuigenis moeten afleggen en daarna verplicht zijn in de gehoorzaal te blijven, dan mag men het om gelijke redenen geraden oordeelen de ontijdige openbaarmaking van het proces door middel der drukpers te verbieden. De Fransche

wet van 19 Julij 1849 houdt zoodanig verbod in; maar een ander misbruik is nog blijven bestaan, namelijk het geven van verslagen *gedurende den loop van het regtsgeding*, waardoor de getuigen, bij verdagging en verdere behandeling der zaak, in de gelegenheid zijn te vernemen wat door anderen is verklaard. De schrijver is geen vijand van openbaarheid, maar hij wenscht alleen eene ontijdige openbaarmaking geweerd te hebben, zoo lang er geene beslissing is gevallen, opdat de getuigen niet kunnen *lezen* wat zij niet mogen *hooren* en geene verkeerde indrukken ontvangen alvorens hunne getuigenis te hebben afgelegd. Niet omdat wij ligtvaardige uitspraken of betreurenswaardige vrij-spraken van de Regterlijke magt in Nederland te wachten hebben of op middelen bedacht zouden moeten zijn, om die voor te komen, maar alleen in het belang eener goede justitie mogen dergelijke voorschriften in overweging gegeven worden. Heeft men in Frankrijk ligtvaardige vrijspraken te betreuren, nog ergerlijker is het misbruik, dat aldaar van de verzachtende omstandigheden gemaakt wordt. Het is bekend hoe dit door ALPHONSE KARR in bijtende scherts is ten toon gesteld. Tot wering en voorkoming van het misbruik verlangt de schrijver dat de wet een maximum en minimum van straf stelle en de redenen opgeve, die zoowel tot verligting als tot verzwaring van straf kunnen dienen. Alléén wanneer er termen bestonden, om wegens buitengewone verzachtende omstandigheden tot beneden het vastgestelde minimum af te dalen, zou dit hij wege van gratie moeten geschieden (1). De schrijver komt er vooral tegen op, dat eene willekeurige en onbepaalde verzachting van straf, zelfs in geval van herhaling, wordt toegelaten.

(1) Zie eene dergelijke bepaling in het ontwerp van een nieuw Wetb. van Strafr., voor Beijeren, in het Tijdschrift, uitgegeven door Mr. D'ENGELBRONNER en Mr. JACOB VAN GIGCH, pag. 193.

De Nederlandsche wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n^o. 102) heeft wel is waar in art. 11 de *recidive* tot eene verzwarende omstandigheid herschapen, waarop de regter bij de toepassing der straf moet acht geven, doch behoudens de bevoegdheid om, ingevolge art. 9, uit hoofde van verzachtende omstandigheden, eene mindere straf uit te spreken. In het algemeen zou het bij de wet gestelde minimum hooger moeten zijn, zoodra er eene vroegere veroordeeling heeft plaats gehad. Dit systema van betuugeling der recidivisten wordt door den schrijver als de hoeksteen van het strafregterlijk gebouw beschouwd.

Reeds eenige jaren geleden, heeft de heer BONNEVILLE voorgesteld, ten aanzien van verbeterde gevangenen, een systema van *voorbereidende bevrijding* (niet te verwarren met de *voorloopige in-vrijheid-stelling*) in te voeren.

In het vier en twintigste hoofdstuk wordt dit voorstel op nieuw in herinnering gebracht. Wanneer de justitie treft, dan stelt zij zich gedeeltelijk ten doel de zedelijke verbetering der schuldigen. Men vrage nu aan de directeurs en bewaarders der gevangenissen, aan allen, die eenigzins met het gevangenwezen bekend zijn of niet het vooruitzicht, om vermindering of kwijtschelding van straf te bekomen, voor de gevangenen de krachtigste opwekking is, om tot een beter leven terug te keeren. Het denkbeeld om daardoor de schuldigen te verbeteren is tegenwoordig in gansch Europa aangenomen en mag ten deele als het doel beschouwd worden, dat zich het regt van gratie heeft voorgesteld. Daar echter van dit regt slechts in buitengewone gevallen en als bij uitzondering gebruik kan gemaakt worden, zoo is er, behalve de hoop op gratie, eene andere drijfveer noodig om de veroordeelden in het algemeen tot inkeer te brengen en een gevoel van leedwezen en berouw bij hen op te wekken. De schrijver meent in de *voorbereidende bevrijding* der gevangenen eene soort van middenterm

gevonden te hebben tusschen algeheele kwijtschelding en uitvoering der straf. De voorbereidende bevrijding zou dit voordeel hebben, dat zij den veroordeelde niet onherroepelijk van zijne straf zou ontheffen en krachtdadig zou medewerken, niet alleen om hem te verbeteren, maar ook om hem eene nieuwe stelling in de maatschappij te doen innemen en zijn terugkeer tot de misdaad te voorkomen. Alle criminalisten erkennen de bezwaren en gevaren, die aan den snellen overgang van den kerker tot de vrijheid verbonden zijn, en zonderling is het dat juist de herhaling van misdrijf zich het meest voordoet in de eerste jaren na de in-vrijheid-stelling, wanneer de herinnering aan de ondergane straf nog het levendigste is; hetgeen hoofdzakelijk moet worden toegeschreven aan gebrek aan arbeid, aan den natuurlijken afkeer, dien de vrijgelatene inboezemt, aan zijne ellende, noodwendig gevolg van wangedrag en gebrek aan arbeid, en eindelijk aan gemis van behoorlijk toezigt en intimidatie. De voorbereidende bevrijding kan alleen deze oorzaken afkeeren en zal als het ware een authentiek bewijs van zedelijke verbetering opleveren, waardoor het mistrouwen en de onbillijke afkeer tegen den veroordeelde zullen ophouden en voor hem de gelegenheid zal geboren worden door arbeid de noodige middelen van bestaan te erlangen en in zijn toeleg tot deugdbetrachting te volharden. De wijze, waarop de schrijver zijn stelsel in praktijk wil brengen, bestaat hoofdzakelijk daarin, om de veroordeelden, die zekeren straftijd ondergaan hebben en wier zedelijke verbetering voldoende gebleken is, krachtens ministeriële beschikking, op verzoek van den prefect en na zoowel het openbaar ministerie als de commissie der gevangenis gehoord te hebben, bij wege van voorbereiding onderborgtogg tot ontslaan, vrij aan de administratie om, daartoe termen zijnde, de weder-gevangenzetting te

bevelen en met uitdrukkelijk verbod aan de ontslagenen, die niet onder toezigt der hooge politie gesteld zijn, het hun aangewezen verblijf zonder verlof van den prefect te verlaten. Alleen de hoofdtrekken van het stelsel worden hier medegedeeld en de ontwikkeling en verbetering daarvan aan verdere discussie overgelaten. De maatregel is niet als eene ondoordachte nieuwigheid te beschouwen, daar hij reeds sedert twintig jaren ten aanzien van jeugdige veroordeelden bestaat, zonder dat daarvan eenige ongelegenheden zijn ondervonden. Te vergeefs voert men hiertegen aan, dat met de opsluiting van den jeugdigen veroordeelde vooral zijne *opvoeding* beoogd wordt en, hetgeen men te zijnen aanzien zonder bezwaar kan beproeven, welligt minder geschikt is voor volwassenen en ouderen van jaren; want het doel der straf is altijd om den veroordeelde, van welken leeftijd ook, te verbeteren, zoodat er geene denkbare reden te vinden is waarom de maatregel, die zoo uitmuntend ten opzichte van jeugdige veroordeelden heeft gewerkt, ook niet tot ouderen van jaren zou worden uitgestrekt. De schrijver behoefde tot ondersteuning van zijn voorstel de toevlugt niet te nemen tot de onhoudbare stelling, dat de Souverein zijn regt van gratie kan delegueren, want op dat regt wordt, onzes erachtens, door de voorbereidende bevrijding geen inbreuk gemaakt. De bevrijding is immers slechts *voorloopig* en niets dan eene in het belang der openbare veiligheid gedane proefneming, die ophoudt, zoodra de veroordeelde, uithoofde van wan-gedrag, weder in hechtenis gesteld wordt. Zij kan niet als gratie beschouwd worden; evenmin als een voorloopig verlof van den loteling, om naar zijne haardstede terug te keeren, met een definitief ontslag uit de dienst gelijk staat. Ook kan de tegenwerping niet opgaan dat daardoor te kort wordt gedaan aan het regt van het openbaar ministerie om de uitvoering der straf

te verzekeren; maar in ieder geval is dit bezwaar op te heffen door eene wettelijke bepaling, dat het voorbereidend ontslag niet zal mogen verleend worden door de administratie, dan na de regterlijke magt geraadpleegd en alle noodige inlichtingen te dier zake ingewonnen te hebben. Zijn alzoo de geopperde bezwaren uit den weg geruimd, dan mag men op de uitvoering aandringen van een stelsel, dat de gunstigste uitkomsten zou opleveren. De voorbereidende bevrijding zou niet alleen strengere bestraffing en zeldzamere toepassing van verzachtende omstandigheden te weeg brengen, omdat de veroordeelde door eigen toedoen eene lotsverbetering zal kunnen verkrijgen; maar zij zou daarenboven de veroordeelden tot eene betere leefwijze aansporen; de taak van aalmoezeniers en directeurs der gevangenhuisen gemakkelijk maken; het doel der straf bevorderen; tot betere handhaving van orde en tucht in de gevangnissen medewerken; de veroordeelden in de gelegenheid stellen onder gunstiger omstandigheden in de maatschappij terug te keeren; ten slotte, eene vrij aanzienlijke bezuiniging opleveren, en eindelijk, zonder gevaar of misrekening, ruimer uitoefening van het regt van gratie toelaten. De schrijver stapt van de beschouwingen van dit onderwerp af met den wensch, dat zij de eer mogen genieten van een ernstig en grondig onderzoek, en besluit, in het vijf en twintigste en laatste hoofdstuk, met eene algemeene recapitulatie over het geheele werk. In een aanhangsel worden, behalve de circulaire van den Minister DONKER CURTIUS van 10 Januarij 1849, eenige andere stukken en wetten medegedeeld, benevens een volledig verslag over het stelsel der geregtelijke leggers, dat op zijn voorstel in Frankrijk is ingevoerd.

Wij gaven hiermede slechts eene flauwe schets, een overzigt *à vol d'oiseau*, van dezen voortreffelijken arbeid. Ofschoon wij niet alles mededeelden, zijn wij de beschik-

bare ruimte misschien reeds te buiten gegaan, die in den regel voor dergelijke verslagen in dit Tijdschrift verleend wordt. Maar de *actualiteit* van het werk en de vele bruikbare wenken, daarin voorkomende, mogen ons tot verschooning dienen. Met eene nieuwe of gewijzigde strafregtspleging in het verschiet, vermeenden wij, door mededeeling van deze wenken, geen onnut werk te verrigten. Van harte wenschen wij dat hier eenmaal van toepassing moge worden wat de heer BONNEVILLE schrijft, als hij doelt op een maatregel, waarin hij door de Fransche regering werd voorgegaan: «Tandis que les publicistes recueillent, méditent et impriment, les Gouvernemens d'initiative et de progrès marchent, agissent, «exécutent.»

W. SASSEN Jz.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

Jhr. Mr. JOAN QUARLES VAN UFFORD.

Op den 17^{den} Maart ll. overleed, in vier-en-dertigjarigen ouderdom, deze zoo verdienstelijke medewerker aan dit tijdschrift. Niet slechts voor de wetenschap is dit vroegtijdig afsterven tot een groot verlies te rekenen, ook de Staat verliest in hem een braaf en ijverig ambtenaar, die de plaats bekleedde, waarvoor hij het meest geschikt was, en dan ook zoo spoedig niet door een ander, met dezelfde theoretische en practische kennis toegerust, zal kunnen worden vervangen. Reeds op de Hoogeschool te Leiden had hij aangevangen met de nog zoo verwaarloosde studie van het administratief regt, en hoewel hij reeds den graad van doctor in de regten verkregen had vóór het jaar, waarin de hoogleeraar Трoвѣске zijne lessen over dit vak gegeven heeft, zoo was het voornamelijk aan zijne leiding te danken, dat hij dien weg insloeg. Op den 9^{den} December 1844 verdedigde hij zijne *Dissertatio historico-politica de Concilio status francico et neerlandico* (8^o., 300 bl.). Van dit met veel ijver en naauwkeurigheid bewerkte stuk is, dadelijk na de verschijning,

in dit tijdschrift een uitgebreid verslag gegeven door Jhr. Mr. W. A. C. DE JONGE (Eerste verzameling IV, bl. 145—157). Vier jaren later heeft hij hetzelfde onderwerp, met het oog op de door hem gewenschte regeling, behandeld in het naamloos uitgegeven geschrift: *Beschouwingen over de wijze van zamenstelling en der bevoegdheid van den Raad van State, alsmede over de aan dit collegie op te dragen regtsmagt in administratieve regtszaken.* 's Gravenhage, GEBR. BELINFANTE. 1848 (8°. , 98 bl.). Ook hiervan is een uitvoerig verslag in dit tijdschrift gegeven door Jhr. Mr. J. K. W. QUARLES VAN UFFORD (Eerste verzameling IX, bl. 474—498).

Spoedig nadat hij de Hoogeschool te Leiden verlaten had, werd hij tot adjunct-commies bij het Provinciaal Gouvernement van Zuidholland geplaatst. De hem daar opgedragen werkzaamheden waren de beste voorbereiding voor den ruimeren werkkring, die hem in 1850 geopend werd. Reeds eenigen tijd te voren was er sprake van geweest om bij het departement van Binnenlandsche Zaken van zijne kundigheden partij te trekken; onder het ministerie van zijnen voormaligen leermeester werd hij daar eerst als adjunct-commies geplaatst en, op voordragt van dezen, reeds in 1851 tot commies en in 1852 tot referendaris bij de afdeeling *waterstaat* bevorderd. Niettegenstaande zijne zwakke gezondheid, die zich in herhaalde ziekte-aanvallen openbaarde, was hij daar met grooten ijver werkzaam aan de zoo moeilijke en veelomvattende regeling van al hetgeen tot de administratie van den waterstaat betrekking heeft. Hoe onmisbaar zijne diensten waren is nog bij de behandeling van de Staatsbegrooting van 1856 gebleken, toen de Regering, in haar antwoord op het voorloopig verslag der Tweede Kamer, de vertraging der uitgave van het rapport aan den Koning over de openbare werken toeschreef aan de ernstige ongesteldheid van een hoogstverdienstelijk ambtenaar aan het departement van Binnenlandsche Zaken, waarmede geen ander dan hij bedoeld kon zijn.

Niettegenstaande zijne drukke ambtsbezigheden wist hij nog den tijd te vinden om eenige opstellen over administratief regt te schrijven. Afzonderlijk heeft hij uitgegeven eene belangrijke *Handleiding voor de vast-*

stelling der nieuwe waterschaps-reglementen. 's Gra-
venhage, GEBR. VAN LANGENHUYSEN. 1851 (8^{o.}, 159 bl.).
In dit tijdschrift heeft hij twee uitgebreide bijdragen
geleverd: *Beschouwingen over de overschrijding van*
regtsgebied door de regterlijke magt en over de alge-
meene maatregelen van inwendig bestuur (Eerste ver-
zameling IX, bl. 367—433), en *Over de inrigting der*
waterschappen (Tweede verzameling I, bl. 196—293).
Nauwkeurige kennis van de behandelde onderwerpen
en scherpzinnigheid zijn hoedanigheden, die ook de
tegenstanders van zijne zienswijze aan die geschriften
moeijelijk kunnen ontzeggen.

Niet lang kon hij echter zijn ambt bekleeden. Groote
zwakheid maakte het hem in 1855 geheel onmogelijk
om zijne werkzaamheden te verrigten, nadat het reeds
meermalen gebleken was dat zijn ijver grooter was dan
zijne krachten. Op het eind van dat jaar zag hij zich
genoodzaakt om zijn ontslag te verzoeken, dat hem « op
de meest eervolle wijze en onder dankbetuiging voor
zijne aan den lande bewezene diensten » werd verleend.
De ziekte had echter reeds te groote vorderingen ge-
maakt, en hij overleed kort daarna, evenzeer door zijne
betrekkingen en vrienden betreurd, als door hen, die
nog veel ten nutte der wetenschap en van de staatsdienst
van hem meenden te kunnen verwachten.

Dezer dagen heeft, van wege het Dep. van Justitie, het licht
gezien de statistiek van het gevangeniswezen des Rijks over 1854.
Als algemeene uitkomsten ontleenen wij daaraan het volgende:

<i>Gevangeniszen.</i>	<i>Bij afwisseling</i>	<i>Aanwezig op</i>
	<i>opgenomen.</i>	<i>ult. Dec.</i>
Strafgevangeniszen	3,414	2,553
Huizen van verzekering	8,387	1,520
» » arrest	6,904	592
» » bewaring	15,900	137
Te zamen	34,605	4,602

Beide totalen zijn hooger dan in de vier jaren te voren.

Zij beliepen toch:

Bij afwisseling opgenomen in 1850 23,078, in 1851 25,428,
in 1852 27,752 en in 1853 27,748 en aanwezig op ult. Dec.
in 1850 4239, in 1851 4244, in 1852 4118 en in 1853 4206.

Bij de beoordeeling van deze cijfers komen echter verscheidene
punten in aanmerking, b. v. de meerdere waakzaamheid der alge-
meene of Rijks-politic, vooral ten platten lande.

— Onlangs heeft te Antwerpen het prospectus het licht gezien van een werk, welks belangrijkheid ook buiten 's lands zal worden beseft: het is de *Jurisprudence du port d'Anvers et des autres villes commerciales et industrielles de la Belgique*. Het zal worden uitgegeven door den heer J. CONRAD, advocaat en griffier van de regtbank van koophandel te Antwerpen, met medewerking van den heer F. DE HINDER, advocaat in dezelfde stad.

Dit werk zal behelzen de voornaamste beslissingen van de Antwerpse regtbank van koophandel en van het Brusselsche gerechtshof in handels- en zeezaken, gevolgd door de belangrijkste vonnissen en arresten, in dezelfde zaken door de andere consulaire regtbanken en hoven in België geweest. Men mag op de meer algemeene belangstelling in deze onderneming vertrouwen, daar het hier niet alleen de toepassing van het burgerlijk en handelsregt geldt, maar ook de waardering van de gebruiken der gezegde handelsplaats, zoo mede van die der onderscheiden groote markten en zeehavenen der beide werelden. Het gemis van zulk eene verzameling voor Antwerpen had zich sedert lang doen gevoelen, daar in de onderscheiden tijdschriften aan de rechtsgeleerdheid in België gewijd, slechts zelden voor den handel belangrijke regtszaken worden gevonden.

De uitgave der *Jurisprudence du Port d'Anvers etc.*, zal maandelijks geschieden; aantekeningen over de leer der schrijvers en de vroegere, terzelfde zaak, gewezen uitspraken, zullen daarbij gevoegd worden; ook op de uitspraken in naburige landen, zal daarbij het oog worden gehouden.

— Onlangs is te Hamburg een geschrift verschenen van Dr. C. W. ASNER, getiteld: *Essai concernant les principes à poser pour le droit maritime international de l'avenir, Mémoire adressé aux gouvernements et aux hommes de science à l'occasion d'un concours ouvert par l'Académie des sciences morales et politiques à Paris*.

— In de te Parijs gehouden onderhandelingen tot den vrede zijn, vooral door aanhouden van Frankrijk, de vraagstukken van zeeregt in tijden van oorlog ter sprake gekomen, en hebben dienvolgens de gevolmagtigden bij eene verklaring plegtig vastgesteld:

1°. De kaapvaart is en blijft afgeschikt; — 2°. de onzijdige vlag dekt de vijandelijke koopwaren, met uitzondering van de oorlogs-contrabande; — 3°. de onzijdige koopwaren, met uitzondering van oorlogs-contrabande, kunnen, ook onder vijandelijke vlag varende, niet in beslag worden genomen; — 4°. de blokkaden moeten, om verbindend te wezen, effectief zijn, dat is: zij moeten gehandhaafd worden door strijdkrachten, voldoende om met der daad den toegang tot 's vijands kusten te beletten.

De Staten, die niet op het Congres vertegenwoordigd werden, zullen uitgenoodigd worden zich met deze beginselen te vereenigen.

THEMIS, REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

TWEEDE VERZAMELING,

Derde Deel.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — *Cassatie
in burgerlijke zaken*, door Mr. J. G. A. FABER,
Advocaat te Hoorn.

Bij een andere gelegenheid drukte ik in dit Tijdschrift (1) de meening uit, dat onder de punten van regtsbedeeling, waarover zich een gemeene overtuiging begon te vestigen, de cassatie, een in burgerlijke zaken zoo verderfelijk werkend regtsmiddel, een voorname plaats bekleedde. De uitkomst heeft mij gelogenstraft. Immers nauwelijks heeft de Minister een Ontwerp ingediend, voor de meer belangrijke burgerlijke zaken de cassatie afschaffende, of vele stemmen doen zich ten haren voordeele hooren, stemmen, die bij de groote meerderheid der Tweede Kamer blijkens het voorloopig verslag weerklank vinden.

Opzettelijk werd het middel onderzocht in de vriendschappelijke bijeenkomsten, waartoe de hooggeachte Deken der orde van Advocaten te Amsterdam zijne confrères pleegt uit te noodigen. Een verslag van Mr. J. W. TYDEMAN, in de praktijk als in de wetenschap doorkneed, was er het gevolg van: daarin vond het bestreden regtsmiddel den besten verdediger, die er ooit voor optrad;

(1) II. 233.

hij toch trachtte het op wetenschappelijke gronden, niet op redenen van convenientie te grondvesten. Hij overtuigde echter de tegenpartij niet; integendeel in zijn hoofdgrond — de noodzakelijkheid der splitsing van het onderzoek naar het regt en de feiten, eene splitsing, wier nut ik ten volle beame, — scheen mij de verdediger der cassatie eerder een critiek onzer geheele regtsbedeeling, dan een regtvaardiging van het bestreden regtmiddel te leveren. Na die verdediging, met zooveel talent en op zuiver wetenschappelijk gebied gevoerd, nu hetgeen ten voordeele der cassatie kan worden aangevoerd voor uitgeput mag gehouden worden, schijnt het verschil ter beslissing rijp. Men vergunne mij dan een repliek, waarin ik niet de gronden tegerf de cassatie op nieuw zal uiteenzetten, maar alleen zal trachten de gronden, door hare voorstanders aangevoerd, te resumeren en te weerleggen.

Die gronden kunnen aldus worden zamengevat:

1. De grondwet zelve stelt den Hoogen Raad als hof van cassatie in;
2. Cassatie wordt in het staatsbelang gevorderd ter handhaving van eenheid en zekerheid van regtspleging;
3. Zij is noodig om een beslissing over het regtspunt afgescheiden van de feiten te erlangen.

Men vergeve mij, dat ik de ervaring, waarop men zich beroept, niet onder de hoofdargumenten der verdedigers telle. Zoolang dit beroep zich bepaalt tot een verwijzing naar de uitgebreide boekdeelen van Brox en VAN DEN HONERT en de uitmuntende verzameling van LÉON, maar men daaruit geen resultaten trekt, niet aantoon, wat de doctrine gewonnen heeft door de jurisprudentie van den Hoogen Raad, blijft het ijdel. Die op het praktisch gebied de beoordeeling van de werking van den Hoogen Raad op de regtsbedeeling in burgerlijke zaken wilde mogelijk maken, moest een critisch

overzicht der jurisprudentie geven — niet een critiek der afzonderlijke arresten, maar een genesis van de leer, waaruit die arresten zijn voortgevloeid; de leidende regtsbeginselen moesten in hunne eenheid worden aangewezzen, de gevolgen er van ontwikkeld, kortom de doctrine van den Hoogen Raad uit de arresten worden aangetoond. Daartoe geven die verzamelingen de bouwstoffen.

1. Reeds door Mr. TYDEMAN is het opgemerkt, dat het zwaartepunt der verdediging niet in dit argument gelegen is. Indien de grondwet de invoering der cassatie gebod, maar de ondoelmatigheid van het regtsmiddel werd erkend, herziening op dat punt zoude niet alleen mogelijk, maar pligtmatig zijn. De geschiedenis echter der herziening van 1848 maakt de bedoeling van allen, die er aan medewerkten, niet twijfelachtig (1), en niet het minst die van den Minister, een verklaard tegenstander der cassatie. Men wilde op dit punt niets beslissen en de zaak in haar geheel houden. En werkelijk beslist de grondwet niets. In art. 157 wordt het bestaan van een opperste gerechtshof onder den naam van Hoogen Raad bevolen; in art. 159—162 worden daaraan eenige attributen toegekend. De grondwet wilde echter in die artikelen geenszins den geheelen werkkring van den H. R. beschrijven, waaraan niets zou mogen worden toegevoegd, maar alleen bepalen, wat in elk geval daaraan zou moeten worden opgedragen. Neemt men dit niet aan, dan komt men tot de gevolgtrekking, dat de opdracht van verschillende werkzaamheden aan den H. R. door de bestaande wetgeving ongrondwettig is, als daar zijn, het beroep uit Suriname en Oost-Indië, de regtsmagt over prijzen, het hooger beroep in eersten aanleg voor de hoven gebragt. Niemand zal dit beweren. Welnu, in dit geval is er geen reden, waarom de wetgever onbevoegd zoude zijn,

(1) Vergelijk het stuk in *Weekblad 1734*, uit de *Nieuwe Rotterdamsche Courant* overgenomen.

om aan den H. R. nevens de regtsmagt tot vernietiging van vonnissen met de wet strjdende (indien al die woorden zoo beperkt moeten worden uitgelegd, dat er alleen het middel van cassatie mede zoude kunnen bedoeld zijn), hem door de grondwet opgedragen, ook de bevoegdheid te geven vonnissen te vernietigen, die op onjuiste feitelijke beslissingen rusten.

Art. 155 stelt een opperste gerechtshof in. Maar is in het begrip van opperste gerechtshof iets, dat het oordeel in hooger beroep uitsluit. Immers neen, het ware eerder geoorloofd het tegendeel uit die woorden te betoogen; men konde zeggen, dat begrip kan geen ander zijn, dan van een collegie van regtspraak, dat in laatste instantie over al de regtszaken in het geheele rijk oordeelt. De benaming van Hoogen Raad, grondwettig toegekend, geeft ook aanleiding tot die opvatting; zij toch, aan de Fransche instellingen onbekend, is aan ons vroeger regtswezen ontleend; geen Nederlander kon daaraan ooit het begrip van hof van cassatie knoopen. Dat die naam niet toevallig in de grondwet gekomen is, maar opzettelijk is gekozen, om, als voortzetting van den ouden Hoogen Raad tijdens de republiek, een collegie van hoogste instantie, geenszins van cassatie, aan te duiden, blijkt uit de geschiedenis der staatsregelingen.

De staatsregeling van 1798 kende den naam evenmin als de zaak. De departementale gerechtshoven oordeelden in hoogste instantie; het hoog nationaal gerechtshof was een instelling tot beregting van staatsambtenaren, voor ieder afzonderlijk geval op nieuw zamen te stellen. In de staatsregeling van 1801 bleven de Provinciale Hoven in hunne jurisdictie gehandhaafd, maar er werd een Nationaal Gerechtshof als permanent ligchaam opgericht, dat zou oordeelen 1°. over alle misdaden van hooge staatsambtenaren; 2°. actiën tegen het Gemeenebest als

gedaagde; 3^o. hooger beroep van zaken in eerste instantie, gediend hebbende voor de departementale gerechtshoven; 4^o. over surchéance van betaling, brieven van sûreté de corps en van dispensatiën; en 5^o. het speciaal toezigt hebben over de gerechtshoven en reglbanken in de Republiek. Het zou hunne vonnissen en arresten, *strijdig met de wetten aangaande de administratie van de justitie en vorm van regtspleging*, schorsen en vernietigen, doch nimmer zich met de beoordeeling der zaak zelve mogen inlaten. Men ziet, die instelling was evenmin een hof van cassatie, als van hoogste instantie. De staatsregeling van 1805 bragt geene verandering; evenmin de constitutioneële wetten of constitutie van 1806. De grondwet van 1814 liet den werkring van het opperste gerechtshof, bepaaldelijk in het toezigt op den loop en de afdoening der regtsgedingen, onveranderd, maar gaf er den naam van Hoogen Raad aan. Men had dien ontleend aan de schets van HOGENDORP, waarvan art. 47 luidde: «de Hoven Provinciaal blijven op den ouden voet, de Hooge Raad van Holland en Zeeland wordt vervangen door een «Hoogen Raad van de Nederlanden, *welke beroep «ontvangt van alle de Hoven Provinciaal.*» In de grondwet van 1815 behield men den naam en namde banden weg, die de vroegere staatsregelingen om het hoogste gerechtshof hadden gevlochten. Men dacht, schijnt het, hoofdzakelijk aan het voorbeeld van het Fransche Hof van cassatie, zonder echter een dergelijke instelling reeds bepaald in het leven te roepen. Men wilde den gewonen wetgever vrijheid geven, en nam daartoe de beperkingen der staatsregeling van 1814 weg. Na verschillende ontwerpen kwam eindelijk in 1838 een regtelijke organisatie tot stand, waarin de tegenwoordige regtsmagt van den H. R. is opgenomen, waarschijnlijk onder den invloed van de geschriften van

MEIJER, die er het middel in meende te zien de regering binnen hare grondwettige bevoegdheid te houden, maar zonder dat iemand naar 't schijnt toenmaals op de gedachte is gekomen, dat het cassatiestelsel, zoo als het werd ingevoerd, grondwettig voorgeschreven was. In 1848 wilde men zich de mogelijkheid van afschaffing niet alleen van sommige maar van alle provinciale hoven openen, waarmede de opdracht van het hooger beroep aan den H. R. in een onafscheidelijk verband staat. En toch betwist men de grondwettige vrijheid daartoe! Maar aan wie zal men dan het hooger beroep opdragen, indien gebruik gemaakt wordt van de bevoegdheid, bij art. 163 (1) verleend, om alle gerechtshoven af te schaffen, zoodat er niets overblijft dan een H. R. en regtbanken van eersten aanleg? Laten we het erkennen, dat de grondwet den gewonen regter volkomen vrij laat in de regeling der regtsmagt, mits aan den Hoogen Raad in allen gevalle de werkzaamheden van art. 159—162 worden opgedragen. Anders ontwerpe men een regtelijke organisatie zonder hoven met regtbanken, die alleen in eersten aanleg, en een Hoogen Raad, die alleen in cassatie regtspreekt, en brenge het hooger beroep..... waar?

2. Het is een zonderlinge redenering, die de voorstanders der cassatie den staat tegen zijne burgers in den mond leggen: hier zijn de regters, die ik u aanwijs; wordt gij voor hen geroepen, gij zult ze vertrouwen, hunne uitspraak, al ware het een blijkbaar mal jugé zal voor waarheid gelden, maar ik vertrouw hunne regtskennis niet, en laat die ten uwen hachte door een Hoogen Raad controleren. Is nu het belang van den staat bij eenheid en zekerheid in de regtsbedeeling het

(1) De leden en de procureur-generaal bij den Hoogen Raad, de leden der gerechtshoven, *zoo die er zijn*, en van de regtbanken van eersten aanleg worden voor hun leven aangesteld.

voornamc doel der cassatie, dan handelt de staat zoo tegen zijne leden. Ziet men het niet in, dat, indien de staat de ware belanghebbende is, ook de staat de kosten moet dragen, en niet de gedingvoerende, die het slagtoffer wordt van de dwaling van den door den staat opgedrongen regter. De grond, waarom de gedingvoerende partijen de kosten van het cassatie-proces behooren te dragen, is geen andere, en kan geen andere zijn, dan dat de cassatie is een regtsmiddel in haar belang.

Waar zoude het echter heen, indien het geneesmiddel, dat het voorloopig verslag aan de hand geeft, wet werd, en niet behoorlijk gemotiveerde vonnissen volgens de regels, in strafzaken gevolgd, werden gecasseerd. Aan het niet behoorlijk motiveren der vonnissen, aan het verzuimen door den regter van formaliteiten op straffe van nietigheid voorgeschreven, zullen de gedingvoerende partijen toch wel geheel onschuldig zijn. Zal nu de partij, die oorspronkelijk gelijk heeft gekregen, wiens goed regt na één- of meermalige verwijzing eindelijk bij behoorlijk gemotiveerde uitspraak werd erkend, de kosten van het verzuim der eerste regters en der cassatie moeten dragen, of zal de wederpartij, wier aanspraak op een degelijk vonnis toch was geschonden, die lijden? Waarlijk was dit regt, dan mogt men voor die gevallen wel tot het oude begrip terugkeeren, dat de regter, die slecht vonnist, de kosten van het hooger beroep moet dragen.

Maar wat is er nu van dit geheele argument, dat de cassatie eenheid en zekerheid van regtspleging zoude bewaren, dat de arresten in cassatie een rigtsnoer zouden zijn niet slechts voor de mindere regterlijke collegien, maar ook voor het uitvoerend gezag en de wetgeving? Niets. Zij doen noch het een noch het ander; zij kunnen en mogen het niet. Zij zijn niets anders, niets meer

of minder dan ieder vonnis in kracht van gewijsde, een verklaring van het bevoegde staatsgezag, wat regt is tusschen partijen.

De arresten in cassatie kunnen als zoodanig geen rigtsnoer zijn; zij mogen het alleen zijn om de gronden, waarop zij zijn uitgesproken, om hun wetenschappelijk gehalte. Daarin staan zij met alle vonnissen gelijk, maar even als deze gelden zij niet als uitspraak over het regt *in abstracto*, maar alleen voor de bepaalde zaak, waarin zij zijn gegeven. Er is zeker groote waarschijnlijkheid, dat zij van zeer goed gehalte zullen zijn; de leden van het hoogste regterlijk collegie worden toch in den regel uit de uitstekendste regtsgeleerden gekozen; maar die waarschijnlijkheid kan en behoort bij ieder regterlijk collegie te bestaan. En draagt men aan den Hoogen Raad ook het oordeel over de feiten op, die waarschijnlijkheid wordt er niet minder om.

Zekerheid van regtspleging kunnen de arresten in cassatie niet geven, omdat niemand buiten de partijen, zelfs de Hooge Raad zelve niet, er aan gebonden is. Zij blijven beslissingen voor een bepaald geval. Zelfs de heer TYDEMAN meent er eenige weifeling in te moeten betreuren. Eenheid evenmin, omdat niet alle handelingen der regterlijke autoriteiten er aan zijn onderworpen, noch alle, die voor cassatie vatbaar zijn, den toets van den Hoogen Raad doorstaan. Dit hangt af van partijen. Is er dan ook wel een grootere verscheidenheid mogelijk, dan in onze regtspleging omtrent de vormen van procedure bij verschillende regterlijke collegien heerscht.

De voorstanders plegen in dezen samenhang hoog op te geven van de cassatie in het belang der wet. Men kent den boom aan zijne vruchten; welnu, dat men dan uit de lijvige verzamelingen der regtspraak ons die vruchten doe kennen. Men erkent echter zelf ten volle, dat ze een buitengewoon en ongenoegzaam middel is,

om het doel der cassatie te verwezentlijken. Het kan niet anders, daar ze slechts tegen handelingen in het hoogste ressort is gerigt. De procureur-generaal zal er ook noode toe overgaan: ze heeft toch geen ander gevolg dan een flétrissure voor een der bestanddeelen van de regterlijke magt, en dus ondermijning van hare achtbaarheid en haar vertrouwen; hij is daarenboven van den uitslag niet gewis, en moet dus voor de verantwoordelijkheid bij afwijzing terugdeinzen. De instelling zal wel nooit anders kunnen werken, dan als een soort van castigatie voor den regter, die al te blijkbaar de wet miskent.

Wil men eenheid en zekerheid der regtspleging, een geheel andere instelling is noodig dan de cassatie. Dan zoude er een collegie moeten zijn, dat alle handelingen der regterlijke magt aan zich kon trekken, om ze te toetsen aan de wet, een volledige organisatie van de cassatie in het belang der wet; dan zouden die uitspraken verbindend moeten zijn voor allen, een *interpretatio autentica* moeten vormen. En wie ziet niet in, dat wij ons zoo op een geheel ander gebied bewegen dan dat der burgerlijke regtspleging.

De cassatie is niets dan een derde instantie, aan partijen verleend; een derde instantie in Frankrijk noodig, om den band tusschen de verschillende hoven te bewaren, de eenheid van het rijk ook in de regtspleging te handhaven, verschil van regtsontwikkeling tegen te gaan, redenen bij de verschillende bestanddeelen der natie, vooral wat de regtshistorie aangaat, daar van klem; een derde instantie, die om de grootte van het rijk tot hetgeen 't gewigtigst scheen moest worden beperkt; ze is een instelling, die hare regtvaardiging vindt niet in de burgerlijke regtspleging, maar in politieke overwegingen; op dergelijke gronden verlangde MEIJER, die de tegenbedenkingen noch het practisch resultaat kende, dan ook hoofdzakelijk hare invoering.

Die gronden bestaan voor ons niet, indien één collegie voor het geheele rijk in hooger beroep oordeelt. Eerst als men meerdere hoven instelt, ontstaan er redenen voor een derde instantie; het zal dan altijd nog de vraag blijven, of die in het belang eener goede rechtspraak tot het recht alleen moet worden beperkt, of gelijkelijk het feitelijke behoort te omvatten.

Het is hier de plaats om op het groot verschil tusschen de cassatie in burgerlijke gedingen en in strafzaken opmerkzaam te maken. Het strafproces rust op het beginsel, dat de materiële waarheid door alle geoorloofde middelen moet worden bereikt; dat de Staat zoowel als de beschuldigde waarborgen moet hebben, dat ze is gezocht; dat het publiek moet overtuigd zijn van de waarachtigheid der regterlijke uitspraak. Daartoe strekken de vormen van het onderzoek: bij verzuim dier vormen houden de waarborgen voor een goede uitspraak in het oog der wet op. Vandaar een collegie van toezigt, dat in het algemeen belang voor de naleving er van waakt.

Anders is het in burgerlijke gedingen. Partijen hebben geschil, en daar dit geschil tot een einde moet worden gebracht, en eigen rigting tegen het staatsdoel strijdt, wijst de Staat de magt aan, die het zal beslissen en het strijdig recht vast stellen te gelijk met de vormen, waarin dit zal geschieden. De uitspraak dier aangewezen magt wordt voor waarheid gehouden; of ze waarheid is, gaat den Staat niet aan, maar partijen; dat, waarover partijen het eens zijn, maakt geen onderwerp uit van regterlijke kennismeming. Is nu die uitspraak niet op wettige wijze verkregen of in strijd met de wet, de Staat opent voor de partij, die het beweert, in vele gevallen een hogere instantie; ze geeft hem, die meent verongelijkt te zijn, in meer gewigtige zaken een nieuw regtsmiddel; maar ook daaraan moet een einde komen; een regter

is als de hoogste aangewezen. Hebben partijen al de trappen der regtsmagt doorloopen of in eenig vonnis berust, dan blijft de uitspraak, al ware ze onjuist, gelden. Als het geschil is beëindigd, is de taak van den Staat vervuld. Hooger beroep en cassatie zijn regtsmiddelen in het belang van partijen, niet van den Staat.

In strafzaken heeft de staat een direct belang bij het vinden der waarheid; in burgerlijke gedingen is dit voor den staat een meer verwijderd doel, opdat het vertrouwen in de regterlijke instellingen niet te loor ga, maar het beëindigen van het geschil de hoofdzaak.

3°. *L'isolement de la question de droit est un préservatif contre la plupart des causes, qui occasionnent des méprises, qui pallient la partialité.* Met deze woorden van onzen voortreffelijken MEIJER tracht men de noodzakelijkheid van de splitsing der beoordeeling van de feiten en het regt te betoogen. Ziet men dan niet in, dat, is dit betoog geslaagd, niet de deugdelijkheid van het regtsmiddel van cassatie is bewezen, maar een veroordeeling van onze geheele regtspleging uitgesproken? De beoordeeling van feit en regt moet worden gesplitst in het belang eener goede regtspraak, om te voorkomen, dat met het een op het andere invloed uitoefene. Het zij zoo; maar hoe tracht men dit nu te bereiken? In de eerste instantie vereenigt men de beoordeeling van feit en regt, evenzeer in de tweede, en scheidt ze nu eindelijk in de derde, om den hoogsten regter op den grondslag van een verkeerd gevoerd geding over het naakte regt te doen oordeelen. Is er zoo voor den regter in cassatie een houdbare voorstelling der feiten gewonnen? Zullen zij, na gedurende twee instantiën naauw verbonden te zijn geweest, in de derde zuiver kunnen gescheiden worden? Zullen ze zoo kunnen ontdaan worden van het regtsverband, waarin zij aan den eersten regter zijn voorgekomen, dat met juistheid wordt uitge-

drukt, wat waarlijk in *judicio* is gebleken. Mag men niet aannemen, dat de regter a quo, al heeft hij ze met juistheid en zonder dat zijne regtsbeschouwing er op influenceerde, uitgedrukt, die feiten op den achtergrond heeft gelaten, welke naar zijne overtuiging geen invloed op het regt konden uitoefenen? (1) En zal niet veelal, evenzeer als de feitelijke toedragt van invloed kan zijn op de regtsbeschouwing, ook de regtsbeschouwing de voorstelling der feiten aandoen!

In allen gevalle zal men wel willen toegeven, dat het beter is die fout, vermenging van regt en feit, niet te plegen, dan haar op het einde van het geding te herstellen. Dat kan men, zoo men het oordeel over feit en regt reeds bij den aanleg van het proces in eerste instantie splitst.

Men zegge niet, dat ik een hersenschim najage, een onmogelijk denkbeeld uite, Zoo iets bestaat meen ik in Engeland. En van onze meesters in de regtsgelerdheid, bij wie wij wel eens ten ontijde plegen te rade te gaan, kunnen wij het leeren. In den bloeienden tijd der Romeinsche jurisprudentie, onder de classieke juristen, was het formulierproces het gewone. De eischer stelt de feiten en het regt dat hij er uit wil ontleenen. De praetor beoordeelt, of uit die feiten, zoo ze waar zijn, het regt, dat men wil doen gelden, voortvloeit. Zoo neen, hij wijst den eischer af; zoo ja, hij wijst den eischer zijn eisch toe, indien de feiten erkend worden; worden ze bestreden, hij geeft een formula, waarbij het onderzoek daarnaar aan den regter wordt opgedragen en de uitslag van het geding van het al of niet bewezene afhankelijk gemaakt. Ziet daar dan beslissing over *l'individualité de l'espèce, qui concerne le fait*, ge-

(1) In de Fransche procedure heeft men hiervoor minder gevaar, daar niet de regters maar partijen de feiten, die het onderwerp van het geding uitmaken, stellen, de qualiteiten. Art. 141—145, *C. d. P.*

scheiden van de *considérations générales d'un ordre plus élevé, qui regardent le droit; ces deux parties de toute décision émanée du juge, qui ne doivent jamais être confondues*, en zulks in den bloeitijd van de regtsgeleerdheid bij het volk, uitstekend in regtsontwikkeling.

Met dit argument hebben de voorstanders der cassatie te veel, en daardoor niets bewezen. Een van beide, de beoordeeling van feiten en regt kan zonder gevaar voor een goede regtspraak zamengaan, dan is er geen grond ze in de laatste instantie te scheiden, of de beoordeeling er van door denzelfden regter is gevaarlijk, dan mogen ze nooit en het minst in eersten aanleg worden vereenigd.

Een organisatie op den grondslag van splitsing van de beoordeeling van feiten en regt, zouden zeer goed kunnen ontworpen worden. Ze zouden waarschijnlijk niet zeer kostbaar zijn, maar hovenal het voordeel hebben de processen te vereenvoudigen en te bekorten. Alle nuttelooze interlocuties werden afgesneden. Ook de vraag over het wenschelijke van afzonderlijke regtbanken van koophandel, vond er hare natuurlijke oplossing in. Gehechtheid aan het oude en de magt van het vooroordeel zouden ze bestrijden. Wie van hen, die invloed uitoefenen op de publieke opinie, en van hare nuttigheid overtuigd is, zal den moed hebben haar voor te stellen?

In allen gevalle zullen zij, die dit beginsel huldigen, wel toegeven, dat er geen grond is ons proces, er niet op ingerigt en van andere beginselen uitgaande, mede te eindigen.

Twee argumenten worden nog gehoord tegen de opdracht van het hooger beroep, over het geheele rijk aan den Hoogen Raad. Het gevaarlijke van alle regtsmagt in de handen van een collegie te concentreren, en de moeilijkheid van afdoening der zaken, gepaard met meerdere kostbaarheid ingeval van bewijsvoering.

De statistiek zoude ons de gegevens moeten aan de hand doen, om te beoordeelen, of de bewijsvoering zoo dikwerf in hooger beroep voorkomt, dat men ze invloed behoort toe te kennen op de regterlijke organisatie. Ik twijfel er aan, vooral als men er de gevallen afrekent, die er niet toe behooren, dat de hoogere regter een bewijs toelaat, door den eersten geweigerd, en daarbij de zaak aan zich trekt. De mogelijkheid van een spoedige en geregelde afdoening van zaken moet in een goede inrigting van het collegie gezocht worden; de onmogelijkheid is zeker nog niet gebleken en hoogst onwaarschijnlijk.

Het is reeds opgemerkt, dat de vrees voor te grooten invloed van een eenig hof van appel, zonderling klinkt in den mond van hen, die er geen bezwaar in vinden, dat de Hooge Raad in vele zaken, tegen hooggeplaatste personen zoowel als waarin de Staat zelf betrokken is, de eenige regter is. Die vrees schijnt bovendien altijd te kunnen worden gekoesterd tegen elk collegie, dat in laatste instantie over het regt beslist, zonder dat de verbinding der feitelijke beslissing daarmede er iets kunne toe- of afdoen. Daardoor wordt toch het regtmatige van de handelingen van het uitvoerend gezag, van de wetgevende magt zelfs, zonder eenig tegenwigt ingeval van tegenspraak beoordeeld; het is niet in te zien, dat de toevoeging van de regtspraak, of Pieter of Paulus de gestelde feiten heeft bewezen, een grootere verleiding zoude zijn tot magtsoverschrijding. Het schijnt een van die argumenten, die men van achteren maakt, om de zaak te kleuren. Het lijdt schipbreuk op de ondervinding, hoe de Hooge Raad tot nog toe zijn taak heeft vervuld. Het gaat daarenboven uit van een veronderstelling, waarmede het onmogelijk is goede instellingen in het leven te roepen, van wantrouwen. Is de wetgever bevreesd, dat de opperste regter van zijn hooge stelling misbruik zal maken, hij kan geen onafhankelijke vierschaar

instellen. Dit weten wij echter door een gelukkige en veeljarige ondervinding, dat de regterlijke magt in Nederland, moge ze niet altijd van dwaling bevrijd zijn, met waardigheid en onpartijdigheid hare stelling handhaaft, en geenszins hare bevoegdheid buiten de grondwettige grenzen tracht uit te breiden; dat zij met eere en trouw haren pligt betracht.

STRAFREGT EN STRAFVORDERING. — *Een paar aantekeningen, naar aanleiding van art. 379 Code Pénal; door Mr. J. LUZAC, advocaat te Leiden.*

In het *Weekblad van het Regt* n^o. 1754, is een arrest van den Hoogen Raad opgenomen, hetwelk tot dit opstel aanleiding gegeven heeft. Daarin is een beginsel op den voorgrond gezet, dat aan het begrip van diefstal meerdere uitgebreidheid geeft, dan art. 379 Code Pénal schijnt te bedoelen en derhalve eene opzettelijke beschouwing wel verdient. Tot het juiste begrip der zaak zal het niet overbodig wezen, vooraf een overzicht te geven van de geschiedenis der feiten, voor zoverre zij betrekking hebben op de te behandelen regtsvragen.

Den 22 of 23 Mei 1855 kocht zekere V. te Noordwijk eenige wagens paardenmest, die vooreerst niet zullende gebruikt worden, nedergelegd werd op den zoogenaamden Schiewal. Zij bleef daar ongeveer twee maanden liggen, tot dat de eigenaar ze tot zich wilde nemen, maar niet meer ter aangeduide plaats vond. Bij die gelegenheid vernam V., dat zij onlangs door de knechts van schipper G. v. L. was weggehaald. De aanleiding tot die wederregtelijke handeling bleek de volgende te zijn. De burgemeester van Noordwijk had, in gevolge eene gemeentelijke verordening, den veldwachter

gelast, den eigenaar der mest op te sporen, en hem aan te zeggen, dat zij van de plaats, als aan den openbaren weg grenzende, zou worden verwijderd. Deze, zekeren PIETER H. ontmoetende, vroeg hem wie van het bewuste hoopje mest de eigenaar zijn kon, waarop H. zich dadelijk als zoodanig opgaf, en tot de opruiming aangemaand werd. Kort daarna ontmoette H. den schipper C. v. L., op de Krogt te Noordwijk, d. i. op eene plaats verwijderd van die, waar de mest lag. C. v. L. zeide hem toen van den veldwachter vernomen te hebben, dat hij, H., de eigenaar der mest zijn zou. Deze, zonder bepaaldelijk te zeggen, dat hij de eigenaar was, doch zich voordoende als de eigenaar, bood ze hem te koop aan. De koop is toen dadelijk gesloten, en later de mest door de knechts van C. v. L., weggehaald, buiten tegenwoordigheid van H., die dadelijk den bepaalden koopprijs ontvangen had.

Door het Openbaar Ministerie vervolgd wegens diefstal van mestspeciën, werd H. door den kantonregter te Noordwijk van alle regtsvervolging ontslagen, op grond dat een vereischte tot diefstal, de soustraction frauduleuse, ontbrak.

Het vonnis werd in hooger beroep door de arrondissements-regtbank te Leiden bekrachtigd. Daarop voorzag het Openbaar Ministerie bij genoemde regtbank zich tegen het laatste vonnis in cassatie. De Hooge Raad oordeelde, bij arrest van 20 Mei 1856, het aangevoerde middel, de niet-toepassing van art. 379 Code Pénal, gegrond, en verklaarde H. schuldig aan diefstal van mestspeciën.

Het arrest berust op de volgende gronden :

O., dat alzoo de gereq. de bewuste mest, wetende dat zij aan een ander toebehoorde, heeft gebragt te zijner beschikking en buiten het bezit van den eigenaar, en dat derhalve door den gereq., ten opzigte dier mest, heeft plaats gehad arglistige wegneming van goed, dat

hem gereq. niet toebehoorde (*soustraction frauduleuse*), als bedoeld is bij art. 379 Wetb. v. Strafregt;

O. toch, dat in de termen van dat wets-artikel valt het met bedriegelijk oogmerk, buiten weten en tegen den wil van den wettigen eigenaar, buiten diens bezit stellen van eenige zaak, al is het ook, dat die zaak door hem, aan wien het feit als strafbare daad werd aangerekend, niet zelf, maar door een ander te goeder trouw handelend persoon, dien de dader als zijn werktuig gebruikte, handtastelijk zij aangeraakt en buiten het bezit van den eigenaar gebragt;

O., dat mitsdien de als bewezen aangenomen daadzaken hadden behooren te worden gequalificeerd als diefstal van mestspeciën, en derhalve het aangevoerde middel van cassatie is gegrond;

enz.

Uit de analyse dezer overwegingen volgt in de eerste plaats, dat handtastelijke aanraking door hem, aan wien het feit als strafbare daad wordt aangerekend, niet noodzakelijk tot het wezen der *soustraction* behoort, maar dat hij ze ook kan plegen door een ander, te goeder trouw handelend persoon, als werktuig te gebruiken. Deze beschouwing is in *thesi generali* waar, doch hare toepasselijkheid in het bedoeld geval is aan bedenkingen onderhevig, en druischt, mijns inziens, aan tegen het begrip, dat in strafregterlijken zin aan werktuig moet worden gehecht. Tot het betoogen van onze meening is het voldoende haar te toetsen aan de algemeene beginselen, die aan het strafregt, meer bijzonder aan den *Code Pénal*, tot grondslagen dienen. Deze weg is de eenvoudigste en leidt gewoonlijk tot de zekerste resultaten. Men kan zich dan ontdoen van de indrukken, die een gegeven feit op ons kan uitoefenen, en bij het vormen eener meening dikwijls van grooten, hoewel soms onmerkbaaren invloed zijn. Eene stelselmatige, abstracte redenering, op algemeene grondbegrippen

steunende is de beste waarborg voor de juiste toepassing der bepalingen, zoo als zij in de wet vervat zijn.

Wie is de dader, de werkelijke dader (*auctor realis*)? Hij, die het feit zelf van het misdrijf pleegt, zoo als het in de wet omschreven is. De wet alleen de daden der menschen, zoo als zij zich uitwendig openbaren, kunnende treffen, houdt bij den werkelijken dader stil, om eerst dan tot de naaste oorzaken op te klimmen. Zij heeft dan te onderzoeken, in hoeverre die dader strafbaar is, of er ook anderen zijn, die op hem kunnen invloed hebben uitgeoefend, en mede hebben gewerkt tot het gepleegde misdrijf. Van den werkelijken, hoofd-dader komt men dan tot den intellectuelen, bijkomenden dader. De eerste is dan het werktuig geweest, dat wetens of onwetens de plannen van den intellectuelen dader heeft helpen uitvoeren. Deze laatste is dan medepligtige. De werkelijke dader kan evenwel alleen dan werktuig zijn, wanneer hij voor, in het belang van den bijkomenden dader, niet voor zich zelven tot het plegen van het feit medewerkt, wat trouwens de gewone opvatting van het woord reeds aangeeft.

Heeft nu het werktuig wetens, dolose gehandeld, zoo treft hem de op het misdrijf gestelde straf, en deelt de intellectuële dader in zijn lot (art. 60 C. P.). Stelt omgekeerd het feit niet daar eene bij de wet met straf bedreigde daad, zoo kan de wet op den intellectuelen dader evenmin van toepassing zijn: *socius delicti non intelligitur sine auctore delicti*.

Maar is het werktuig te goeder trouw geweest, en nu eerst krijgt het woord zijn volle beteekenis, dan is natuurlijk de werkelijke dader straffeloos: hij is hier niet zoo zeer te beschouwen als een persoon, maar kan veeleer op dezelfde lijn worden geplaatst met elke zaak, waarvan men zich tot het plegen eener daad bedient. De intellectuële dader heeft het feit in zijn geheel volbragt, eene splitsing van de vereischten die

een misdrijf zamenstellen, over meerdere personen kan niet meer worden ingeroepen, maar de straf treft hem alleen, die den derde als werktuig heeft gebruikt.

Dit voorop gesteld zijnde, kan het antwoord kort zijn op de vraag: moet hij, die het goed van een ander verkoopt, en daardoor aanleiding geeft, dat de koper te goeder trouw den regtmatigen eigenaar stelt buiten het bezit der verkochte zaak, geacht worden den koper als werktuig te hebben gebruikt. Wij merken hierop dadelijk aan, dat de koper, die eene door hem gekochte zaak tot zich neemt, dit doet voor zich zelve, niet ten behoeve des verkoopers. Het is eene daad, die den verkooper volstrekt vreemd is, in zooverre namelijk, dat de zaak daardoor niet in zijne magt zal worden overgebracht. Wat hier een werktuig genoemd is, komt ons dus voor niet in overeenstemming te zijn met de bepaling, die wij daarvan boven gegeven hebben. Van overwegend gewigt is buitendien, dat de wet als vereischte tot diefstal vordert, dat de zaak zij gesoustraheerd d. i. zoo als wij dadelijk zien zullen, dat de dief een ander hebbe gesteld uit het bezit eener zaak, hetzij zelf, hetzij door een derde, om ze over te brengen in zijn bezit.

Ik wil dan ook met een kort woord opmerkzaam maken op den eigenlijken aard van de soustractie, als waarop dit opstel voor een goed deel steunende is. Wat omtrent haar door de meeste commentatoren van den Code Pénal is aangemerkt, komt daarop neder, dat onder soustractie moet worden verstaan, de aanraking van een voorwerp, gevolgd door de dadelijk daarop plaats nemende handeling van het over te brengen in zijn bezit. De handtastelijke aanraking, hetzij door den dader, hetzij door het werktuig voor den dader, is geheel identisch met het begrip van diefstal, zonder haar is dit misdrijf niet denkbaar, en toch heeft de Hooge Raad bij arrest van 22 November 1853 de onbegrijpelijke meening geuit.

dat die aanraking geen noodzakelijk vereischte tot diefstal is (1), dat dus eene intellectuële soustractie mogelijk is. Dat deze meening niet aannemelijk kan geacht worden, zullen wij aanstonds gelegenheid hebben op te merken. De bepaling die door de schrijvers, en zoo het mij toeschijnt te regt, van de soustractie wordt gegeven, berust zoowel op de kennelijke bedoeling van art. 379 C. P., bekrachtigd door eene langdurige jurisprudentie, als op de historische ontwikkeling van het begrip van diefstal. Hierbij kan men voegen, dat die opvatting ook, wat ons regt betreft, versterkt wordt door de beginselen, die in het Burgerlijk Wetboek omtrent de leer van het bezit zijn gehuldigd. Waar het dan den overgang geldt van het bezit, vinden wij, dat de in-het-bezit-stelling van den een en de uit-het-bezit-stelling van den ander op hetzelfde oogenblik zamentreffen. Het wezen van het bezit berustende op eene oniridische betrekking, op een feit, zoo spreekt het van zelf, dat hier alleen te denken is aan eene zuiver-materiële handeling, dat eene *contractatio animo tantum* bij de buiten-het-bezit-stelling, niet bestaanbaar is. En toch zou *in casu* deze aanwezig hebben moeten zijn. De vereischten tot de daarstelling van eene materiële soustractie waren niet daar; de koper, niet de verkooper, heeft den regtmatigen eigenaar gesteld buiten het bezit der zaak en ze overgebracht in *zijne* magt. In strafregt kan trouwens nooit, althans zonder uitdrukkelijke bepaling, van eene onstoffelijke handeling sprake zijn, evenmin dus van eene intellectuële soustractie.

Ik wil nu voor het oogenblik aannemen, dat koop-en-verkoop van eens anders goed, te kwader trouw geschiedende, diefstal kan daarstellen. Is dit zoo, dan geloof ik, dat daartoe meer wordt vereischt, dan de enkele overeenkomst, zoo als *in casu* het geval was. De vereischten van art. 379 C. P. blijven natuurlijk hier

(1) Zie *Weekblad* 1587.

gevorderd: de overeenkomst van koop-en-verkoop met hetgeen daaruit voortvloeit is dan niet anders, dan eene bijzondere vorm der soustractie. Koop-en-verkoop de overdragt van eigendom ten doel hebbende, zoo stelt zij voor den verkooper de verbindtenis daar, om de zaak over te brengen in de magt en in het bezit des koopers. De eigendomsoverdragt nu, wordt slechts middellijk daargesteld door de krachtens de overeenkomst geschiede levering. De soustractie de uit-het-bezit-stelling vorderende en de overgang der zaak van den een op den ander in haar wezen besluitende, zoo kan met de enkele overeenkomst de diefstal nog niet zijn voltooid, maar eerst dan, wanneer de verkooper te kwader trouw door de levering de zaak heeft overgebracht in de magt en in het bezit van den kooper. Bij die levering is het volgende in het oog te houden. Wat betreft de roerende zaken, waarvan art. 667 B. W. in den aanhef spreekt, en de effecten en schuldvorderingen aan toonder (art. 668 alinea 3), geldt de enkele overgave voor levering, doch daar het niet wel mogelijk is, iets over te geven, dat men op het oogenblik der overgave niet in zijne magt heeft, zoo volgt daaruit, dat hier *per se* het bezitten der zaak door den verkooper moet worden verondersteld. Bij de levering der in de artt. 667 alinea 1 in fine, 668 alinea 1, en 669 B. W., genoemde zaken zijn twee gevallen mogelijk. Of zij zijn, op het oogenblik der levering op de in de genoemde artt. voorgeschrevene wijzen, in de magt des verkoopers, en dan is hetzelfde geval aanwezig, waarop wij zoo even wezen, of zij zijn niet in zijne magt, en er heeft overdragt plaats gehad van eene zaak, die in het bezit is van een ander. De overeenkomst uit eene valsche of ongeoorloofde oorzaak aangegaan is dan met alle zijne gevolgen nietig (art. 1371 B. W.), zij lost zich op in de vergoeding van kosten, schaden en interessen, en kan zelfs, naar omstandigheden, aanleiding geven tot de publieke

actie wegens valsheid, oplichting of misbruik van vrouwen.

Het bovengezegde zamenvattende, zoo volgt daaruit de ontkenning van de kwalificatie als diefstal aan de koop-en-verkoop van eens anders goed gegeven. Is koop en verkoop van eens anders goed diefstal, zoo is zij voltooid op het oogenblik, dat de zaak in de magt en in het bezit des koopers overgebracht, d. i. geleverd is. Levering veronderstelt een vooraf bestaand bezit bij den verkooper, d. i. hij draagt over den eigendom eener zaak, welke hij, om dit te kunnen doen, in zijn bezit moet hebben. Maar heeft hij de zaak reeds overgebracht in zijne magt, dan is de soustractie reeds gepleegd. Hij is reeds een dief en de levering is niets dan eene bijkomende, onverschillige zaak. Heeft hij daarentegen het goed niet geleverd, om de eenvoudige reden, dat de zaak zich niet in zijne magt bevond, zoo heeft hij evenmin diefstal kunnen plegen. In ieder geval dus is bij de koop-en-verkoop van eens anders goed soustractie niet aanwezig, en vervalt dus evenzeer de toepasselijkheid van art. 379 C. P.

De stelling, dat koop en verkoop van een anders goed niet vallen kan in de termen van art. 379 C. P., wordt nog aannemelijker, wanneer men het begrip van diefstal meer van nabij beschouwt. Zij is beperkt tot de zaken, die vatbaar zijn om van hunne plaats te worden weggenomen, tot de roerende zaken. Wat de onroerende betreft, zoo bestaan voor hare uitzondering voldoende redenen. De aanranding van de eigendomsregten heeft hier een geheel ander karakter. Aan die materiële, gemakkelijk te bewerkstelligen, wegneming valt niet te denken. Maar dezelfde ratio legis bestaat niet bij de koop en verkoop van eens anders goed. De grond tot de beperking van den diefstal tot de roerende zaken valt hier weg. Eene vergelijking der artt. 562 en 563, met 565, 566 en 567 B. W., zal dadelijk in het oog doen

vallen, dat het in verscheidene gevallen even gemakkelijk zal zijn eene roerende zaak te verkoopen, als eene onroerende. Ware nu de koop-en-verkoop van eens anders roerend goed diefstal, dan zou de strafwet hebben voorzien in het geval, dat het roerend eigendom was aangerand; maar waar het onroerend goed betreft, zou alle straf uitgesloten zijn. In het laatste geval toch zou de verkoper, volgens art. 711 Wetb. van Burg. Regtsv., stellionaat hebben gepleegd, dat wel eene burgerlijke, maar, naar onze wet, geene strafregtelijke actie na zich kan slepen. Als dit zoo is, dan blijft de reden van het onderscheid duister. Er bestaat niet zoo groot verschil in de strafwaardigheid der beide gevallen, dat het één strafbaar, het ander straffeloos zou wezen. De bepaling van art. 379 C. P. zou dan zeker zeer onvolledig en het stelsel der wet op dit punt bijzonder ongelukkig te noemen zijn. Want al is het waar, dat eene wet niet volmaakt wezen kan, dat de bewoordingen, waarin hare bepalingen zijn vervat, tot uiteenlopende gevoelens aanleiding geven kunnen, niet minder waar is het, dat men van eene strafregtelijke definitie mag verwachten, dat zij zich niet leent tot meeningen, tegen het algemeen begrip van regt inloopende. Doch art. 379 C. P. verdient dit verwijt niet. Het is nooit de bedoeling geweest van den wetgever, om uit de koop-en-verkoop van eens anders goed eene strafregtelijke actie te doen geboren worden. Past men dus op die handeling art. 379 C. P. toe, zoo geeft men het eene meerdere uitgebreidheid, dan toelaatbaar schijnt.

De gevolgen der leer van den Hoogen Raad strekken zich ook uit tot het burgerlijk regt, met name tot art. 2014 B. W., dat met het arrest in de hand toepasselijk zou worden. Maar, zoo als wij hebben aangetoond, is er in casu gekocht van een niet-eigenaar, maar daarom nog niet van een dief. Het tweede lid van art. 2014, dat reeds als uitzondering op den regel in zijn eerste lid

vervat, in den engsten zin moet worden opgevat, laat niet toe, dat men afwijkt van de strikte uitlegging van art. 379 C. P., en is dus hier van geene toepassing.

Het valt niet te ontkennen, dat het arrest van den Hoogen Raad, op zich zelf beschouwd, een zeer juist en waar beginsel in zich bevat. Zeker ware het ook te wenschen dat handelingen, als waarvan hier sprake is, binnen het bereik vielen der strafwet. Doch deze beschouwing kan tot geene andere slotsom leiden dan deze, dat ook hier weder in de wet eene van die veelvuldige leemten wordt aangetroffen, wier aanvulling tot de groote verbeteringen in ons regt behooren zou. Nu is er alleen eene onregtmatige daad gepleegd, die, uit een zedelijk oogpunt gezien, afkeuring verdient. Maar hetgeen met de zedewet in strijd is, wordt daarom nog niet altijd met straf bedreigd. Zoo is het ook hier. De wet, uitgelegd in den zin dien zij werkelijk heeft, en niet uitgebreid buiten de haar aangewezen grenzen, laat niet toe, dat men aan de daad van hem, die eens anders goed verkoopt, eene straf kan toewijzen, die niet op haar gesteld is. Waar de wet spreekt, verliezen alle andere beschouwingen, hoe juist en regtvaardig ook op zich zelve, hare kracht. Zij alleen wijst den weg, dien men te volgen heeft.

Het feit nu in quaestie geeft alleen tot eene civiele actie aanleiding. Art. 1507 B. W. wordt alsdan toepasselijk. De koop en verkoop is nietig. Zoo door de onregtmatige daad aan iemand schade is toegebracht, is de verkooper verplicht deze te vergoeden.

Aanteekeningen op artikel 21 der wet van 29 Junij 1854 (Staatsbl. n°. 102), houdende eenige veranderingen in de straffen op misdrijven gesteld, door Mr. W. A. C. DE JONGE, Referendaris bij het Departement van Justitie.

Onder de gewigtige onderwerpen, in de wet van 29 Junij 1854 (*Staatsbl. n°. 102*) behandeld, bekleedt eene niet onbelangrijke plaats het vraagstuk omtrent den aanvang van door den regter uitgesprokene straffen.

Bij de eerste indiening der wetsvoordragt, *houdende eenige veranderingen in de straffen op misdrijven gesteld*, zeide de Regering in hare memorie van toelichting op art. 21 (destijds art. 19): «De Regering heeft beproefd hier een punt te regelen, dat tot dus verre in de praktijk tot zeer verschillende handelwijze en opvatting aanleiding gaf»

En inderdaad, eenheid van wetstoepassing ontbrak hier in ruime mate.

Wel was het buiten twijfel, vóór de invoering der wet van 1854, dat het tijdstip van *ingang* der straf en dat harer *ten uitvoerlegging* één en hetzelfde was. Immers eerst nadat de regterlijke uitspraak in kracht van gewijsde was gegaan, en het koninklijk regt van gratie zijnen loop had gehad, mogt het vonnis of arrest worden *ten uitvoergelegd*, en slechts met die ten uitvoerlegging was gelijktijdig de *aanvang* der uitgesprokene straf dáár.

De wet maakte geen onderscheid tusschen het tijdstip van ten uitvoerlegging en het tijdstip van *ingang* der straf.

In de praktijk was het niet zelden anders.

Streng vasthouding aan het beginsel der wet leidde veelal tot groote hardheid.

Het was geene zeldzaamheid, dat iemand, b. v. een

bedelaar, veroordeeld tot *veertien dagen* gevangenisstraf, desniettemin nog *na* zijne veroordeeling *eene maand* in de gevangenis doorbragt, ofschoon van het regt van appel *geen* gebruik werd gemaakt, noch door den veroordeelde, noch door het Openbaar Ministerie. De veertiendaagsche gevangenisstraf toch mogt niet ingaan, dan nadat de termijn van appel van art. 242 Wetb. van Strafv. verstreken was.

Van daar dat niet overal de voorschriften der artt. 365, 366, 367, 369 en 371 van het Wetb. v. Strafv. even streng in het oog werden gehouden, noch de aanvang der straffen steeds berekend werd naar den inhoud dier artikelen.

Wanneer geene cassatie was aangetekend, noch gratie was verzocht, werden soms de ten uitvoerlegging, en derhalve ook de straf zelve, gerekend aanvang te hebben genomen met den dag, waarop de termijn van art. 365 n°. 1, des Wetboeks verstreken was, in strijd met de artt. 366 en 371; werd soms zelfs die ten uitvoerlegging berekend van den dag van het veroordeelend vonnis of arrest, in strijd met eerstgenoemd art. 365.

Was er wel voorziening in cassatie geweest, doch geene gratie gevraagd, de tuchthuisstraf werd soms berekend van den dag, waarop het arrest van den Hoogen Raad was gewezen, ofschoon de termijn tot het verzoeken om gratie bij art. 366 *eerste lid* gesteld, noch niet was verstreken.

Men ging zelfs verder, en berekende de straf en hare ten uitvoerlegging als te zijn ingegaan met den dag der veroordeeling, of na verloop van den termijn tot het komen in cassatie, niettegenstaande een verzoek om gratie was ingediend en nog hing, in strijd derhalve met de artt. 366, 367 en 369 des Wetboeks.

Het valt niet te ontkennen, dat aldus eene gewenschte eenvormigheid in toepassing aan de wet ontbrak, en haar kenmerkend beginsel werd uit het oog verloren, namelijk,

dat nimmer eene straf geacht kon worden te zijn *ingegaan*, vóór den dag waarop het Openbaar Ministerie of de administratie werkelijk bevoegd was die *ten uitvoer te leggen* (1).

Maar dat beginsel, hoe zuiver in het afgetrokkene, was, gelijk reeds gezegd is, niet van hardheid en onbillijkheid vrij te pleiten in de toepassing.

De wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n^o. 102), die in het algemeen ten doel had om de bakens te verzetten, waar het getij verliep, en hetgeen hard of onbillijk in de bestaande strafwetgeving scheen, te verzachten of te verhelpen, was eigenaardig bestemd ook het hier besproken onderwerp op nieuw te regelen.

Het art. 21 der genoemde wet, daarin voorziende, verdient op meer dan één punt eene aandachtige beschouwing, zoowel naar aanleiding van onderscheidene vragen, die zich daaromtrent bij ons in de praktijk alreeds hebben opgedaan, als ook in vergelijking met hetgeen in het buitenland omtrent *het tijdstip van ingang der straffen* door wetenschap en wetgeving geleerd wordt.

§ I. De wet van 29 Junij 1854 neemt *drie* verschillende tijdstippen van aanvang der straffen aan: 1^o. den dag, *waarop het vonnis kracht van gewijsde verkrijgt*, 2^o. den dag van *tenuitvoerlegging* der straffen, 3^o. den dag *der (eerste) uitspraak*.

«De ontzetting van regten, bedoeld in art. 8 dezer «wet, vangt aan met den dag, *waarop het vonnis kracht van gewijsde verkrijgt*,» zoo spreekt het *eerste lid* van art. 21.

Welke de hier besprokene *regten* zijn, leert men uit art. 8 der wet al dadelijk kennen. Genoeg zij het,

(1) Men zie de Circulaires van het Departement van Justitie van 11 Nov. 1846, n^o. 88 en 11 Nov. 1851, n^o. 85, in Bijvoegsel tot het *Staatsblad* 1846, blz. 510 en 1851, blz. 609.

hier te herinneren, dat zij vervangen de *droits civiques, civils et de famille*, die de correctionnelle regter in bepaalde gevallen volgens art. 42 van den Code Pénal mogt uitspreken.

Omtrent deze *eerste* zinsnede van art. 21 der wet heeft zich eene niet onbelangrijke vraag opgedaan.

De ontzetting van regten, in art. 8 der wet van 1854 bedoeld, stelt eene *correctionnelle* straf daar, en eene schorsing dier straf *ipso jure*, krachtens art. 366, *eerste lid*, des Wetb. van Strafv., ten einde inmiddels een verzoek om gratie in te dienen, kan dus nimmer te pas komen.

Maar stel: de veroordeelde tot ontzetting van één of meer der regten, in art. 8 der wet van 1854 opgenoemd, dient een verzoek om gratie in, en verlangt daarbij tevens uitdrukkelijk de *schorsing* der straf van ontzetting, ingevolge het *tweede lid* van art. 366 voormeld.

Zal den veroordeelde die schorsing worden toegestaan? Zal, *deliberante principe*, de kiezer in de uitoefening van zijn kiesregt, de titularis in zijne openbare bediening of zijn ambt, de voogd of curator in zijne voogdij of curatele gehandhaafd blijven, zal geene wraking des veroordeelde als getuige in een burgerlijk regtsgeding, op grond zijner ontzetting van regten, aannemelijk zijn; zal den veroordeelde inmiddels eene jagt-acte niet mogen geweigerd worden?

Eene inzage van artikel 369 des Wetboeks leidt tot de meening, dat de uitgesprokene ontzetting niet werkt, zoolang de Koning over het verzoek om gratie raadpleegt.

Maar daartegenover staan de uitdrukkelijke bewoordingen van art. 21, *eerste lid*, der wet van 1854, welke voorschrijven, dat de ontzetting van regten aanvangt, zoodra het vonnis in kracht van gewijsde zaak is gegaan, dat is, ten dage dat de uitspraak onherroepelijk is geworden, en geene regtsmiddelen daartegen meer zijn toegelaten.

De vraag is voor geheel afwijkende beschouwingen vatbaar.

In het oog van sommigen, zal art. 66 der Grondwet, het koninklijk regt van gratie, die vraag beheerschen.

Men heeft, zullen deze beweren, met de vaststelling van art. 21, *eerste lid*, eene verbetering bedoeld van hetgeen in den Code Pénal afkeurenswaard scheen, maar geenszins eene beperking van het regt van gratie, eene afschaffing op dit punt van art. 369 van het Wetboek van Strafvordering.

Het *eerste lid* van art. 21 luidde aanvankelijk aldus:

«De ontzetting der regten, bedoeld in art. 8 dezer wet, vangt aan met den dag, waarop de veroordeelde «de hem tevens opgelegde gevangenisstraf zal hebben «*ondergaan* (1), of, wanneer hij slechts tot geldboete is «verwezen, met den dag, waarop het vonnis *kracht van «gewijsde* verkrijgt.»

Vóór den aanvang der beraadslagingen echter stelde de Regering, uit eigene beweging, eene veranderde redactie voor, welke thans bijna woordelijk wordt terug gevonden in art. 21, *eerste lid*, der wet.

Omtrent de aldus gewijzigde eerste zinsnede des artikels, zeide de Minister van Justitie DONKER CURTIUS (2):

«Maar wat het artikel zelf aangaat, zoo hebben wij «hier inderdaad *in het eerste lid* eene afwijking van «den Code Pénal. Voorzeker is het niet stelselmatig, «dat de ontzetting van regten in het wetboek dan eens «aanvangt van den dag, dat de gevangenisstraf heeft

(1) In gelijken zin de slotbepaling van art. 45, Titel II, van het in 1847 aangenomen, doch niet afgekondigd, *Eerste Boek* van een nieuw Wetboek van Strafrecht voor Nederland.

VAN DEN HONERT, Het Wetb. v. Strafrecht toegelicht enz. (a¹, 1848), blz. 332 volg.

(2) Verslag van de zitting der Staten-Generaal van 18⁵³/₅₄, behoorende tot de *Staats-Courant*, blz. 1041.

«opgehouden, dan eens van het oogenblik van het vonnis..... Het *eerste* is notoir abusief; als ik het zeggen «mag, is het belagehelijk, men vergeve mij het woord, «om de zeer eenvoudige reden, dat onder die regten «behoort b. v. het zijn van curator en voogd over eigene «kinderen en over de kinderen van vreemden, ook naar «de Fransche wetgeving. En nu is het gevolg dier wet«geving, dat iemand, die veroordeeld wordt tot gevangenisstraf, voogd blijft gedurende den tijd van zijne ge«vangenisstraf, maar hij, als die ophoudt, eerst ophoudt «voogd te zijn.

«Ik geloof niet, dat er iets meer noodig is om aan «de geheele Kamer te bewijzen, dat de wijziging, die «wij gemaakt hebben, zeer rationeel, en de Fransche «wet op dit punt zeer irrationeel is.»

Ziedaar de *ratio legis* van art. 21, *eerste lid*.

Maar vloeit daaruit voort eene beperking van het regt van gratie, van het beginsel: *deliberante principe, nihil innovandum?*

Het *derde lid* van art. 21 houdt in, dat, is de veroordeelde bereids in hechtenis, de tuchthuis- of gevangenisstraf aanvangt met den dag der uitspraak, niettegenstaande hooger beroep of cassatie. Doch hieruit volgt niet, dat, na afloop van het regtsgeding in hooger beroep of cassatie, met andere woorden, dat, wanneer de uitspraak kracht van gewijsde zaak heeft verkregen, die uitspraak zou mogen worden ten uitvoer gelegd, door overbrenging des veroordeelde naar de voor hem bestemde criminele of correctionnelle strafgevangenis, vóór dat op zijn verzoek om gratie beschikt ware.

Art. 66 der Grondwet en de artt. 366, 367 en 369 van het Wetb. van Strafv. verbieden dit ongetwijfeld ten opzichte der veroordeelden in het *derde lid* van art. 21 bedoeld.

Maar verbieden die wets-artikelen dit niet evenzeer ten aanzien van den veroordeelde tot ontzetting van regten?

Tegen deze en andere beschouwingen, welker gewigt niet geheel te ontkennen is, staan bedenkingen van tegen-gestelden aard over, welke almede belangrijk mogen heeten.

Men dient niet uit het oog te verliezen, dat de schor-sende kracht, aan de indiening van een verzoek om gratie bij het Wetboek van Strafvordering toegekend, niet uitmaakt een noodzakelijk, integrerend, deel van het koninklijk regt van gratie.

Nul condamné ne doit coucher sur son jugement, was een regsregel van het oude Fransche regt, waarvan men de toepassing nog aantreft in art. 375 Code d'Instr. Crim.

Zoolang dat Wetboek hier te lande van kracht was, oefende de Koning zijn regt van gratie uit, *zonder* dat een ingediend verzoek om gratie den loop der justitie kon stuiten.

Niet zelden werd dan ook destijds in cassatie gekomen, louter om tijd te winnen, ten einde inmiddels, en hangende het geding in cassatie, de gevraagde gratie, zoo mogelijk, mogt worden verkregen (1).

In dien stand der wetgeving bragten de artt. 366, 367, 369 des Wetb. van Strafv. wel is waar verandering, maar niets belet den wetgever om hetzij in het algemeen, hetzij ten aanzien van sommige straffen, een ander beginsel aan te nemen.

Art. 66 der Grondwet verhindert dit niet, want het regt van gratie brengt niet noodwendig mede de schor-sende kracht van een verzoek om gratie, en de wetge-ver van 1854 was dus, aangenomen dat dit zijne bedoeling en de strekking van art. 21, lid 1, zij, volkomen bevoegd en de uitzondering te maken op den algemeenen regel, in art. 366 en volgg. van het Wetb. van Strafv. gehuldigd.

Maar het is niet op den Titel XVII van het Wetb. van

(1) VOORDUIN, Wetb. van Strafv. II, blz. 492, op art. 366, n^o. II.

Strafv., gelijk beweerd wordt, dat art. 21, lid 1, der wet van 1854 inbreuk maakt.

Tot dus verre was voor een groot deel het tijdstip van ingang der ontzetting van regten geregeld in den Code Pénal zelve (1). De wijze van regelen van den Code keurde de wetgever van 1854 af, en daarom werd in art. 21, lid 1, in het algemeen bepaald, wat naar de Fransche wetgeving van 1810 reeds waar was voor die gevallen, waarin de Code Pénal *geen* bepaald tijdstip van ingang der ontzetting van regten aanwees (2), namelijk, dat zij aanvangt met den dag, waarop het vonnis kracht van gewijsde verkrijgt (3).

Art. 21, lid 1, stelt alzoo daar eene wijziging van sommige artikelen van het Strafwetboek, en niet eene wijziging van of uitzondering op den Titel XVII van het Wetb. van Strafvordering.

Wel beschouwd, komt trouwens die Titel hier eigenlijk niet te pas. De artt. 366 en volgg. van het Wetboek gewagen steeds van de schorsing der *ten uitvoerlegging* eener straf. Maar eene ontzetting is niet vatbaar (4) voor eene ten uitvoerlegging in den zin, bedoeld bij den Titel XVII, dat is, eene ten uitvoerlegging op bevel van het

(1) Men zie bv. art. 197, 374, 401, 405, 410 *C. P.*

(2) Men zie bv. art. 109, 112, 113, 171, 335 *C. P.*

(3) Zie ook art. 21 der Fransche wet van 28 April 1832.

(4) Minder juist, immers te algemeen, schijnt dan ook art. 45, Titel II, Boek I, van 1847, luidende:

«De schorsing in de uitoefening van staatsburgerlijke regten gaat in «met den eersten dag, waarop het arrest of vonnis mag worden ten «uitvoer gelegd.»

Beter was in de oorspronkelijke ontwerpen, op het voetspoor van art. 42 der wet van 10 Junij 1840 (*St. n^o. 21*), bepaald: «dat de ontzetting ingaat met den dag, volgende op dien, waarop het arrest of vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, ten zij de regter een later tijdstip mogt hebben vastgesteld.»

VAN DEN HONERT, II. blz. 333.

Openb. Min., of namens hetzelfde door het daartoe bevoegd bestuur. Soms zelfs zal de uitoefening van het ontnomen regt nimmer te pas komen, b. v. de bevoegdheid om te getuigen in een burgerlijk geding: hoe die ontzetting van regten dan *ten uitvoer gelegd*?

Hieruit blijkt genoegzaam, dat Titel XVII van het Wetb. van Strafv. in deze ten onrechte wordt ingeroepen, aangezien die altijd veronderstelt eene *tenuitvoerlegging*, die, *deliberante principe*, niet mag plaats hebben.

Eene ontzetting van regten daarentegen werkt, na in kracht van gewijsde te zijn gegaan, *ipsâ vi legis*, met dien gevolge, dat, indien later de Koning gratie verleent van zoodanige ontzetting, de veroordeelde, die gratie verkreeg, wel is waar daardoor zijn kiesregt terug bekomt, weder verkiesbaar wordt, wederom tot voogd of curator benoemd worden kan, maar desniettemin met het oogenblik, dat zijne veroordeeling in kracht van gewijsde ging, alle de hem daarbij ontnomen regten gelijktijdig verloor. Dit laatste echter is het *wettelijk gevolg* der uitgesprokene straf, geenszins eene *tenuitvoerlegging*, welke hier eigenlijk onmogelijk is, en waartoe ook de bevoegde magt nergens is aangewezen.

Ook vóór de vaststelling van art. 21, lid 1, was zoodanige *tenuitvoerlegging*, met opzigt tot de ontzetting der regten, in art. 42 Code Pénal bedoeld, een ondenkbaar iets, ofschoon kan toegegeven worden, dat, zoolang art. 21, lid 1, niet bestond, *het tijdstip van ingang* dier ontzetting, naar ons regt, gerekend kon worden aan te vangen gelijktijdig met de tenuitvoerlegging en aanvang der tevens uitgesprokene gevangenisstraf, of met de betaling der opgelegde geldboete, voor zooverre namelijk de Code Pénal zelf geen ander tijdstip aanwees. Maar dit neemt niet weg, dat de straf der ontzetting van regten én toen én nu, op zich zelve, niet voor ten uitvoerlegging vatbaar was of is, en derhalve de beginselen van

art. 366 en volgg. van het Wetb. van Strafv. ten haren opzigte, bij het aanwezen bovendien eener zoo uitdrukkelijke bepaling als die van art. 21, lid 1, buiten toepassing blijven, gelijk zij dit, wel beschouwd, ook vóór 1854 reeds waren.

Wanneer ik nu naga de gronden *voor* en *tegen*, tot dus verre vermeld, en vervolgens terugkeer tot den tekst van art. 21, lid 1, der wet van 1854, dan kom ik voor mij tot het gevoelen, dat die zinsnede van art. 21 wel degelijk in dien zin moet worden opgevat, dat een ingediend verzoek om gratie de uitgesprokene ontzetting van regten in *geen* geval schorst, maar deze *regtens* ingaat met den dag, waarop het vonnis kracht van gewijsde verkrijgt.

§ II. Ik ben thans genaderd tot het tweede gedeelte van art. 21 der wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n^o. 102), handelende *over het tijdstip van aanvang der tuchthuis- en gevangenis-straf* (1).

Twee stelsels staan omtrent het berekenen van den aanvang der vrijheidsstraffen in het algemeen tegenover elkander.

Bevindt de beschuldigde of beklagde zich tot op den dag zijner veroordeeling *op vrije voeten*, dan kan ten aanzien dier berekening geen groot verschil bestaan. De dag der tenuitvoerlegging, de dag waarop de veroordeelde in hechtenis wordt gesteld, is dan uit den

(1) Art. 21, lid 2 en volgg.: «De tuchthuis- en gevangenisstraffen «vangen aan met den dag der ten uitvoerlegging.

«Is de veroordeelde bereids in hechtenis, dan vangen zij aan met den «dag der uitspraak, niettegenstaande hooger beroep of voorziening in «cassatie.

«Verstrikt, hangende het hooger beroep of de voorziening in cas- «satie, de straf tijd, dan blijft echter deze veroordeelde in hechtenis.

«Worden de oorspronkelijk opgelegde tuchthuis- of gevangenisstraffen «verzwaard, zoo wordt in het geval, in het derde en vierde lid bedoeld, de «laatst opgelegde straf geacht te loopen van den dag der eerste uitspraak.»

aard der zaak het tijdstip van ingang der straf, tenzij de wet uitdrukkelijk een ander tijdstip mogt bepalen.

Maar geheel iets anders is het, indien de beschuldigde of beklagde reeds aanvankelijk *in praeventive gevangenis* verkeert en, van zijne vrijheid beroofd, voor den regter verschijnt.

Naar het eene stelsel blijft onder die omstandigheid geheel buiten aanmerking de vraag, of, en in hoeverre de tijd, in praeventive gevangenis doorgebracht, ten behoeve des veroordeelde moet worden afgerekend op den duur der hem opgelegde vrijheidsstraf.

Naar het andere stelsel daarentegen wordt den veroordeelde in meerdere of mindere mate in rekening gebracht de tijd, gedurende welken hij vóór zijne veroordeeling reeds praeventief in den kerker verbleef.

Het *eerste* stelsel is dat van den Franschen Code Pénal van 1810, en gold ook bij ons, tot dat art. 21 der wet van 1854 daarin verandering bragt.

In den Code Pénal was bij art. 23 bepaald: «La durée de la peine des travaux forcés à temps et de la peine de la réclusion se comptera *du jour de l'exposition.*»

De weinige aannemelijkheid dezer bepaling is duidelijk. Niet alleen dat geen acht hoegenaamd geslagen werd op den duur der praeventieve gevangenis, hoe lang die ook mogt geweest zijn, maar zelfs kon volgens art. 23, ook na den dag dat de veroordeeling kracht van gewijsde zaak kreeg, eene belangrijke tijdruimte verstrijken, vóórdat de straf van tijdelijken dwangarbeid of tuchthuis inging. Wel bepaalt art. 375 Code d'Instr. Crim., dat de veroordeeling, eenmaal in kracht van gewijsde gegaan, binnen 24 uren moet worden ten uitvoer gelegd; wel zou derhalve regtens de tepronkstelling binnen dien tijd hebben moeten volgen; maar de ondervinding toonde in Frankrijk dikwerf aan, dat, hetzij nalatigheid der met de tenuitvoerlegging belaste autoriteit, hetzij plaatselijke of andere

omstandigheden; hetzij langdurige krankheid des veroordeelde, de te pronkstelling, en daarmede tevens den ingang van den dwangarbeid of de tuchthuisstraf, voor onbepaalden, soms geruimen tijd verschoven, tot groot nadeel van den veroordeelde.

Dit noopte den Franschen wetgever bij de wet van 28 April 1832, in art. 21 te bepalen, met afschaffing (1) van art. 23 van het wetboek van 1810: «*La durée des peines temporaires comptera du jour où la condamnation sera devenue irrévocable.*»

Voor de *criminele* straffen wordt in de wet van 1832 op het bovenstaande geene uitzondering toegelaten. Ten behoeve des *crimineel* veroordeelde wordt ook in die wet op de praeventief doorgestane gevangenis niet gelet. Eerst nadat de termijn tot het komen in cassatie verstreken is, of, is er in cassatie gekomen, eerst na afloop van het regtsgeding in cassatie, gaan de dwangarbeid voor een tijd en de tuchthuisstraf in Frankrijk in.

Hier te lande bragt het Souverein besluit van 11 December 1813 (*Stbl.* n^o. 10) alras eenige verandering in de werking van art. 23 Code Pénal, in dier voege, dat zoo dikwerf de regter geene te pronkstelling uitsprak, art. 23 voormeld buiten toepassing bleef (2), en de tuchthuisstraf, hetzij de eigenlijk gezegde, hetzij die, welke den tijdelijken dwangarbeid sedert 1813 verving, geacht moest worden in te gaan met den dag, waarop de veroordeeling kracht van gewijsde zaak kreeg. De

(1) Eene tweede beweegreden voor de afschaffing van art. 23 was daarin gelegen, dat in 1832 de te pronkstelling, behalve in geval van recidive, voor den tijdelijken dwangarbeid en reclusie *facultatief* werd gemaakt. Zie art. 20 der Wet van 28 April 1832.

(2) Men zie art. 9, 11, 12 van het Souverein besluit van 11 Dec. 1813 (*St.* n^o. 10), waarmede men voor de Zuidelijke Nederlanden vergelijkelijke art. 1 van het Decreet van 9 Sept. 1814 (*Journ. Officiel de la Belgique*, n^o. 87), en art. 1 van het Decreet van 20 Jan. 1815 (*Journ. Officiel de la Belgique*, n^o. 113).

nadeelige werking van art. 23 Code Pénal werd aldus eenigzins verminderd, maar niet geheel weggenomen. Met 1838 kwam daarin weder in zoo verre verandering, als art. 375 Code d'Instr. Crim. vervangen werd door de voorschriften en termijnen van den XVIIden Titel van het Wetboek van Strafvordering, met dien gevolge, dat de tenuitvoerlegging eerst mogt plaats hebben, en de straf derhalve eerst kon ingaan, nadat de tijd tot het indienen van een verzoek om gratie ongebruikt verstreken was, of de Koning op zoodanig verzoek beschikt had.

Eene bepaling als die van art. 23 C. P., omtrent den aanvang der *criminele* straffen, wordt te vergeefs gezocht in het wetboek van 1810 voor het tijdstip van aanvang der *correctionnele gevangenisstraf*.

De jurisprudentie in Frankrijk had op dit punt het stilzwijgen des wetboeks aangevuld door aan te nemen, dat de *gevangenisstraf (emprisonnement)* niet aanving dan met den dag, waarop geene regtsmiddelen tegen de veroordeeling meer waren toegelaten, den dag dus waarop zij was gegaan in kracht van gewijsde (1).

Tot 1838 was hetzelfde hier te lande regtens. Met de invoering des Wetboeks van Strafvordering echter, werd in het algemeen het tijdstip van tenuitvoerlegging, en daarmede tevens dat van ingang der straf, op de hiervoren bedoelde wijze, van de werking van het regt van gratie afhankelijk.

Het *tweede* stelsel, volgens hetwelk de praeventive gevangenis in mindering gebracht wordt op de later uit-

(1) Zie de arresten bij DALLOZ, XXII, p. 224, en, *nieuwe uitgave*, vol. XXXV, p. 607, n°. 232. MERLIN, *Répertoire* in voce *Emprisonnement*, § II, n°. IV. *Répertoire du Journal du Palais de Ledru-Rollin*, vol. VI, in voce *Emprisonnement*, n°. 62—63.

CARNOT, op art. 40, n°. VII, C. P., wil den ingang der gevangenisstraf (*emprisonnement*), minstens van het tijdstip der *eerste* veroordeeling berekend hebben.

gesprokene tuchthuis- of gevangenisstraf, wordt zeer verschillend beoordeeld.

De vragen, deswege ontstaande, winnen of verliezen voorzeker zeer in belangrijkheid, naar mate in de strafwetgeving van eenig land de praeventive gevangenis op min of meer ruime schaal zij toegelaten, het ontslag onder borgtogt daarin al dan niet bekend zij, enz.

Reeds in het Romeinsche regt treft men de sporen aan van het in rekening brengen der praeventive gevangenis op den straf tijd (1). De *lex 25 ff. de poenis* houdt daaromtrent in:

«Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, *aliquatenus a poena ejus sublevanda erit*, sic enim constitutum est: «non eo modo puniendos eos, qui longo tempore in reatu agunt, quam eos, qui in recenti sententiam accipiunt (2).»

Ook de legg. 23 et 24 *Cod. de poenis* worden veelal bij het hier besproken onderwerp aangehaald, doch het is duidelijk dat zij niet over praeventive gevangenis handelen (3).

Het stelsel van in-rekening-brenging der praeventive gevangenis op den straf tijd, gelijk zich dit later in wetenschap en wetgeving ontwikkelde, is tweeledig, evenzeer als de aard dier praeventive gevangenis almede tweeledig te noemen is.

(1) Dat ook de praeventive gevangenis bij de Romeinen bekend was, leeren de Titels in ff. et *Cod. de custodia reorum*.

(2) Zie over deze wet HEFFTER, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Criminalrechts* (Edit. 1840), § 156, noot 1, ibique II.

(3) Waarover zie GOTHOFREDUS, *ad Cod. Theodos. C. 22 de poenis* (Lib. IX, Tit. 40) Tom. III, p. 343 et 349 (Edit. Lipsiae 1736), welke schrijver zich ten slotte aldus uitlaat: «Trium interim harum legum in unum conjunctarum haec sententia esto. Carcerem diuturnum et reatum ante sententiam causam esse, quandoque poenae minuendae; carcerem post sententiam et poenam inflictam, vice poenae cedere. Denique carcerem post poenam jam impletam, omnino prohiberi.»

Immers deze laatste bestaat: 1°. voor hem, die reeds als beschuldigde of beklaagde van zijne vrijheid beroofd is, en aldus zijne teregtstelling afwacht; 2°. ook voor hem, die, reeds eenmaal gevonnisd, de uitspraak des regters in hooger beroep of cassatie in de gevangenis verbeidt. Ook deze is tot aan de einduitspraak *praeventief* gevangen.

In verband met dezen tweeledigen aard der praeventive gevangenis wordt ook het stelsel zelf tweeledig opgevat en toegepast, namelijk *onbeperkt*, of wel *beperkt*.

Onbeperkt, wanneer in het algemeen de praeventive gevangenis, zoo wel die vóór, als die na de eerste uitspraak des regters ondergaan, op de bij einduitspraak opgelegde straf wordt afgerekend.

Beperkt, wanneer slechts de praeventive gevangenis na de eerste uitspraak des regters, en hangende appel of beroep in cassatie, ondergaan, bij het berekenen van den straftijd in aanmerking komt.

In beide gevallen is de grond van dit, hetzij geheel, hetzij gedeeltelijk in rekening brengen der praeventive gevangenis hoofdzakelijk gelegen in de overweging, dat het als praeventief gevangene geleden kwaad, dat geene *straf* is, maar slechts het gevolg van een *maatregel van politie* uitsluitend in het belang der justitie genomen, aan hem die het als zoodanig en niet als straf, onderging, zooveel mogelijk behoort te worden vergoed.

Noch in Frankrijk, noch in Belgie, noch hier te lande, ging men er toe over het stelsel van in-rekening-brenging *onbeperkt* in de wetgeving op te nemen.

Wel verhieven zich in 1832 stemmen in Frankrijk ten gunste van de onbeperkte in-rekening-brenging der praeventive gevangenis op den straftijd. Reeds vroeger hadden CARNOT, DALLOZ, BERRIAT-ST.-PRIX, DUPIN en andere schrijvers zich daarvoor verklaard. Men begreep echter in 1832, dat de duur der bij vonnis opgelegde

gevangenisstraf niet wel gerekend kon worden aan te vangen met den dag der eerste aanhouding. Aldus zou de praeventief gevangene, naar men beweerde, in zekere mate van betere voorwaarde zijn, dan de beklagde op vrije voeten: des eersten veroordeeling zou loopen van den dag zijner aanhouding, de andere zal zijn *geheelen* straftijd in de strengere *straf*gevangenis gaan doorbrengen. De voorloopige in-hechtenis-stelling, zoo beweerde men al verder, kan ook door toedoen des gearresteerde zelve of door den ingewikkelden aard des onderzoeks buitengewoon worden verlengd. Zoodanige voorloopige aanhouding wordt door den later veroordeelde gedeeld met hem, die ter terechtzitting van alle rechtsvervolging wordt ontslagen. Aan dien laatste, die onschuldig in praeventive gevangenis gezeten heeft, kan deswege geene vergoeding worden gegeven: zal men den schuldige eene gunst schenken, waar men den onschuldige zelfs geen recht kan laten wedervaren? L'emprisonnement préalable est un tribut, que chacun paye à la sécurité de tous..... En wat dies meer zij.

Mijns inziens valt op bovenstaande beweegredenen nog al wat af te dingen.

De vrees, dat aldus de praeventief gevangene van betere voorwaarde zou worden na zijne veroordeeling, dan de beklagde op vrije voeten na diens schuldigverklaring, mag inderdaad ongegrond heeten. De laatste krijgt slechts het deel, dat hem toekomt, — omtrent den eerste is maar de vraag, of men hem boven en behalve zijne straf nog eenige maanden praeventive gevangenis wil doen ondergaan, zonder die op zijnen straftijd af te rekenen. Is het waar, dat soms door toedoen van den praeventief gevangene zelve het voorloopig onderzoek bijzonder wordt verlengd, en de terechtstelling lang achterwege kan blijven, deze mogelijkheid is niet voldoende om in ieder geval elke in-rekening-bren-

ging der praeventieve gevangenis te weigeren, en zulks te minder, daar veeltijds de vertraging der instructie vrij wat meer liggen zal in oorzaken, die geheel buiten het bereik des beschuldigde, dan die aan zijn kwaad opzet toe te schrijven zijn. Kan men hem, die na geruimen tijd praeventief gezeten te hebben, van alle regtsvervolging wordt ontslagen, geene vergoeding geven voor den tijd, dien hij aldus, ten onregte van zijne vrijheid beroofd, heeft doorgebracht, voorzeker dit is te betreuren, maar het levert almede geene reden op om de praeventieve gevangenis ook daár niet in rekening te brengen, waar men dit, ten behoeve des veroordeelde, doen *kan* (1).

Bij de behandeling van art. 21 der wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n^o. 102) werd de vraag, in hoeverre de tijd, vóór de eerste teregstelling in praeventieve gevangenis doorgebracht, op den straftijd al dan niet behoort af te rekenen, niet bepaaldelijk ter sprake gebracht. Door een lid echter der Tweede Kamer werd voorgesteld om, met behoud van het beginsel, dat de tuchthuis- en gevangenis-straf ingaan met den dag, waarop de veroordeeling kracht van gewijsde krijgt, den regter de *verplichting* op te leggen om, bij het uitspreken der straf, de praeventieve gevangenis in aanmerking te nemen, en derhalve in meerdere of mindere mate in rekening te brengen (2). De voorsteller gaf aan zijn amen-

(1) Zie verder CARNOT, op art. 9, n^o. III; art. 40, n^o. VIII en art. 201, n^o. VI, *C. P.*, die het beginsel echter slechts met opzigt tot de correctionnelle gevangenisstraf verdedigt.

(2) Het amendement luidde aldus:

«De tuchthuis- en gevangenisstraf vangt aan, *wanneer de veroordeelde zich in hechtenis bevindt, met den dag, waarop het vonnis kracht van gewijsde erlangt*, of, wanneer hij niet in hechtenis is, met den dag, waarop de tenuitvoerlegging geschiedt.

«Echter zal, *wanneer de veroordeelde zich voorloopig in hechtenis bevindt, de duur dier voorloopige gevangenzitting door den regter bij*

dement de voorkeur boven het door de Regering voorgedragen artikel, omdat hij in dit laatste nadeelen zag, die, gelijk ik straks zal trachten aan te toonen, daaraan niet verbonden zijn. Het amendement werd verworpen, en ik geloof te regt, onder anderen op grond, dat, terwijl naar het Regerings-voorstel de gevolgen der ondergane praeventive gevangenis werden bepaald bij de wet, volgens het amendement de wijze en mate, waarop die praeventive gevangenis in aanmerking zou moeten genomen worden, geheel aan het oordeel des regters, aan diens goeden wil en welbehagen verbleven.

Een ander, destijds tegen het amendement niet te berde gebracht, doch, naar ik meen, gewichtig bezwaar is, dat daarbij niet in het oog werd gehouden het verschil dat er bestaat tusschen het aanwezen van *verzachtende omstandigheden* en het feit dat de beschuldigde reeds korter of langer in praeventive gevangenis heeft gezeten (1). Het kenmerk eener verzachtende omstandigheid is, dat die gelegen zij òf in de daad die gepleegd werd, òf in de omstandigheden waaronder zij gepleegd werd, òf in den dader, tijdens hij de daad pleegde. Daarop is uit den aard der zaak de regter verplicht te letten. Noch het een, noch het ander echter kan van de praeventive gevangenis gezegd worden. Deze, eene omstandigheid geheel van het gepleegde misdrijf afgescheiden, en van den wil des daders onafhankelijk, heeft *geenen* invloed op de waardering van het misdrijf, en evenmin op de meerdere of mindere strafbaarheid des daders, tijdens hij het feit pleegde, en moet dus ook niet leiden tot *verzachting* der uit to «het opleggen der tuchthuis- of gevangenisstraf in aanmerking moeten worden genomen.»

(1) Tegen de dwaling, alsof langdurige praeventive gevangenis eene *verzachtende omstandigheid* zou daarstellen, waarschuwt ABEGG, *Ueber den aus unverschuldeter langer Untersuchungshaft eines Angeschuldigten behaupteten Milderungsgrund*, in *Neues Archiv des Criminalrechts* XIV (a. 1834), p. 154, *et passim*.

spreken *straf*. Het mag alleen ten gevolge hebben, dat wanneer eenmaal de op het misdrijf gestelde straf uitgesproken is, deze gerekend worde te zijn ingegaan met den aanvang der praeventive gevangenis. En men zegge niet, dat in de uitkomst dit op hetzelfde nederkomt, want bij nadere beschouwing blijkt het tegendeel. Met name komt dit uit bij de bestraffing van *twéede* of *later* misdrijf. Zoo neemt b. v. art. 11 der wet van 1854 eerst dan het bestaan van *recidive* aan, in geval van vroegere veroordeeling *ten correctionnelle*, wanneer die *eerste* veroordeeling voor *langer dan één jaar* was. Nu is het duidelijk, dat, ware het hiervoren bedoeld amendement aangenomen, de mogelijkheid geboren werd, dat eene doorgestane praeventive gevangenis, na bij de *eerste* veroordeeling tot eene vermindering tot op één jaar of minder der beloopen gevangenisstraf te hebben geleid, juist daardoor *later*, bij tweede of verdere veroordeeling, den schuldige nog bovendien aan de toepassing der herhalingsstraffen van art. 11 der wet van 1854 onttrok. Maar aldus zou eene praeventive gevangenis den veroordeelde *twéemalen* hebben te stude kunnen komen, hetgeen onmiskenaar verkeerd zoude zijn geweest, en bij de werking van art. 21, gelijk het ligt, niet gebeuren kan. Volgens dat artikel toch wordt de straf uitgesproken, op het misdrijf gesteld, zonder dat de regter hebbe te letten op het al of niet aanwezig van reeds doorgestane praeventive gevangenis, welke laatste uitsluitend in aanmerking komt bij de tenuitvoerlegging der straf en de berekening van het tijdstip van haren ingang.

Intusschen verdient het in de Tweede Kamer voorgesteld amendement de aandacht, als daarstellende eene toenadering tot het stelsel om elke praeventive gevangenis, ook die vóór de eerste teregtstelling ondergaan, op de later uitgesproken straf in rekening te brengen.

In onderscheidene Duitsche strafwetgevingen trouwens

heeft men er niet voor teruggedeinsd, de praeventive gevangenis *onbeperkt*, d. i. ook die, welke vóór de eerste teregtstelling werd ondergaan, op den straftijd af te rekenen.

Het Beijersch Strafboek van 1813, dat, met eenige wijzigingen, in een deel van Beijeren nog van kracht is (1), brengt de praeventive gevangenis in rekening op de uit te spreken gevangenisstraf, zoodra de eerste, *buiten schuld des aangehoudene*, langer heeft geduurd dan *een half jaar* (2).

Heeft de praeventive gevangenis *twee jaren of langer* geduurd, zoo kan zelfs *de doodstraf* op dien grond worden opgeheven (3).

In het ontwerp van een nieuw Strafboek voor Beijeren, door den Minister van Justitie VON KLEINSCHROD den 6 Dec. 1853 ingediend, door zijn opvolger RINGELMANN sedert overgenomen, doch voor zoo verre ik weet nog niet tot wet geworden, vindt men zeer teregt de in-rekening-brenging der praeventive gevangenis op *de doodstraf* niet terug. De dader is des doods schuldig of niet, maar is hij het, dan kan aard en omvang van zijne misdaad niet veranderen, noch verminderen, door de omstandigheid, dat hij korter of langer in voorloopige

(1) In den *Pfaltschen Kreitz* geldt de Fransche *Code Pénal*.

(2) Art. 104. Langwieriges, ohne alles Verschulden des Inquisiten, über ein halbes Jahr dauerndes, Gefängnisz mindert die Dauer der verwirkten Freiheitsstrafe um soviel, als der unverschuldet erlittene Arrest beträgt, so dasz, wenn dieser das Maasz der verschuldeten gesetzlichen Strafe vollkommen erschöpft, der Arrest selbst zur Strafe anzurechnen ist.

Doch ist dieser Umstand ohne Einfluss auf die *lebenzlängliche* Freiheitsstrafe, etc.

(3) Art. 105. Bei Kapitalverbrechen hebt dieser Milderungsgrund den verschärfenden Zusatz und, wenn die Dauer des ungebührlich erlittene Arrestes zwei Jahre, oder mehr, beträgt, die Todesstrafe selbst auf, welche sodann in Kettenstrafe zu verwandlen ist.

hechtenis verkeerde. Dit laatste is *geen* Milderungsgrund, gelijk het wetboek van 1813 aanneemt, en kan wel grond opleveren om de doodstraf in eene andere straf te veranderen, doch alleen bij wege van *gratie*.

Meer juist is hetgeen het Beijersch wetboek van 1813 in art. 10^f bepaalt omtrent de *levenslange* vrijheidsstraffen. Op deze kan de duur eener praeventive gevangenis niet wel invloed uitoefenen. Wel beschouwd is dit *facto* onmogelijk, maar bovendien, hem die ten slotte tot *levenslange* gevangenisstraf verwezen wordt, is door het bestaan of den langeren duur eener praeventive gevangenis *geen* nadeel toegebracht, — integendeel, hoe langer hij praeventief zit, hoe langer hij verschoond blijft van het verblijf in de (strengere) *strafgevangenis*, waar hij zijn verder leven zal gaan doorbrengen. De beweegreden voor de in-rekening-brenging der praeventive gevangenis op den straflijd, welke hoofdzakelijk gelegen is in de zedelijke verpligting tot vergoeding aan den veroordeelde van vroeger uitsluitend in het belang der justitie geleden kwaad, ontbreekt dus hier ten eenenmale (1).

In de hiervoren bedoelde Beijersche wetsontwerpen nu wordt de praeventive gevangenis in rekening gebracht op de tijdelijke *vrÿheidsstraffen* en ook op de *geldstraffen* (2), op de laatsten in verband namelijk met

(1) Van eene andere meening schijnt HEFFTER, *Lehrbuch*, § 157, noot 2.

(2) Art. 86 Eine ohne Verschulden des Angeklagten um mehr als einen Monat verlängerte Untersuchungshaft ist bei Gefängnisz u. Geldstrafen in der Art zu berücksichtigen, dass zwar im Erkenntnisse die verwirkte ordentliche Strafe ausgesprochen, hievon aber soviel, als die Dauer der unverschuldet erlittenen Haft beträgt, für bereits getilgt erklärt wird, wobei bezüglich der Geldstrafen der im Artikel 25 festgesetzte Maszstab in Anwendung kömmt.

Bei zeitlich begränzten Zuchthausstrafen gilt dasselbe, jedoch mit dem Unterschiede, dass hier nur drei Viertheile der unverschuldet

de subsidiaire gevangenisstraf van één dag tot hoogstens één jaar, die volgens art. 25 der ontwerpen, bij wanbetaling der boete, daarvoor in de plaats treedt.

In vergelijking met het wetboek van 1813 stelt het aldus voorgedragen artikel 86 in meer dan een opzigt belangrijke verbetering daar, terwijl het in het algemeen als voorbeeld dienen kan voor andere wetgevingen.

De gevolgen eener langdurige praeventive gevangenis zullen volgens die ontwerpen niet meer daarin bestaan, dat de op het misdrijf gestelde straf zelfs van aard kunne veranderen, gelijk art. 105 van het wetboek van 1813 voor de *doodstraf* medebrengt, of benoden het wettelijk minimum dale, iets dat alleen bij het aanwezen van eigenlijk gezegde verzachtende omstandigheden te pas komt, en hier tot zeer onjuiste uitkomsten kan leiden, b. v. in geval van *tweede* of *later* misdrijf (1). Naar de ontwerpen wordt de op het misdrijf gestelde straf volledig uitgesproken, doch daarbij tevens uitgedrukt hoe veel van den straftijd door de ondergane praeventive gevangenis reeds uitgedelgd (*getilgt*) is.

Opmerking verdient ook de *laatste zinsnede* van art. 86. De Memorie van Toelichting zegt daaromtrent: «Dat «op de *tuchthuisstraf* voor eenen tijd niet, gelijk op «de *gevangenisstraf*, de volle tijd der onschuldige geledene praeventive gevangenis, maar slechts *drie vierde* «van dien tijd wordt afgerekend, volgt uit den «aard der zaak, omdat de praeventive gevangenis wel «gelijk staat met de *gevangenisstraf*, maar geenszins «met de, in hare tenuitvoerlegging veel zwaardere, «*tuchthuisstraf* op gelijken trap van objectieve intensiviteit gesteld kan worden.»

erlittenen Untersuchungshaft an der erkannten Strafe abgerechnet werden.

(1) Zie hiervoren.

Ik zal straks gelegenheid hebben op dit punt terug te komen.

Het Badensch Strafwetboek van 1845, in werking getreden den 1 Maart 1851, brengt op de *tijdelijke vrijheidstraffen* en op de *geldstraffen* (in verband met de subsidiaire gevangenis bij wanbetaling) in rekening: «*rechtswidrige oder eine ohne sein Verschulden verlängerte Haft.*» Bovendien wordt als *Strafminde-
rungsgrund* (1) aangenomen, naar het schijnt ook ten aanzien van andere dan de hiervoren genoemde straffen, de praeventive gevangenis (*Untersuchungshaft*) in het algemeen, voor zoo verre de beschuldigde van hare verlenging, door het ontkennen van ware of aanvoeren van onware daadzaken, zelf de oorzaak niet was (2). Het beginsel der Beijersche wetsvoordragten, volgens hetwelk de op het misdrijf gestelde straf wordt uitgesproken en de praeventive gevangenis alleen ten aanzien der executie invloed heeft, is hier minder duidelijk uitgedrukt. Zoo ook is de terminus a quo der in-rekening-brenging (in Beijeren, *na verloop van een half jaar*, volgens het wetboek, *van eene maand*, volgens de voordragten), hier onzeker. Eindelijk mist men eene bepaling als de *laatste zinsnede* van art. 86 der Beijersche ontwerpen, regelende de verhouding tusschen de praeventive gevangenis en de zwaardere vrijheids- (tuchthuis-) straffen (3).

(1) Over het verschil tusschen *Minderungs-* en *Milderungs-grund* zie MITTERMAIER ad FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 93, noot 1 (Edit. 14).

(2) Zie de §§ 156—158 van het Badensch Strafwetboek.

(3) Men zie overigens voor de strafwetgevingen van Duitschland, FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 99 et MITTERMAIER, ad h. l., blz. 191—193.

Het strafwetboek van Pruisen (1851) houdt omtrent het onderwerp niets in.

Dat van Oostenrijk (1852) neemt in § 46, *k.* als *Milderungs-Umstande* aan:

«Wenn er, wegen der ohne sein Verschulden verlängerten Untersuchung,

De algemeene strekking der wetenschap en van meerdere wetgevingen in Duitschland op dit punt is kortom deze, dat ook die praeventive gevangenis, welke vóór de eerste teregtstelling is ondergaan, op de daarvoor vatbare straffen worde afgerekend, hetzij te rekenen van het eerste oogenblik der voorloopige aanhouding, hetzij nadat eenige weken of maanden sedert dat oogenblik verstreken zijn, hetzij alleen in het geval van onwettige (*rechtswidrige*) praeventive gevangenis, hetzij meer onbepaald, mits slechts de beschuldigde door eigen toedoen geene oorzaak zij geweest van de verlenging der voorloopige inhechtenishouding.

Hetgeen in Duitschland vrij algemeen wordt geleerd en in de wetgeving van vele Staten is aangenomen, werd intusschen in Frankrijk en ook in België onaanvaardig gekeurd, en hier te lande in 1854 zelfs niet eenmaal ter sprake gebracht.

Men heeft zich daar te vrede gehouden met eene *beperkte* invoering van het stelsel van afrekening der praeventive gevangenis op den straf tijd.

De Fransche wet van 1832 is zelfs zeer beperkt, want zij strekt bedoeld stelsel slechts tot de *correctionnelle* veroordeelingen uit, een voorbeeld in België aanvaardig in de gedane wetsvoordragten tot herziening van den Code Pénal gevolgd, doch sedert in de latere wetsontwerpen te regt verlaten. De Nederlandsche wet van 1854 gaat, in dit stelsel, het verst.

«durch längere Zeit verhaftet war.» Volgens § 53 mogen echter *aard* of *duur* der straffen door den regter niet veranderd of beneden het minimum opgelegd worden op grond van aanwezige verzachtende omstandigheden, en gaat, volgens § 17, de straf tijd eerst in, wanneer tegen het vonnis geene regtsmiddelen meer openstaan, *ten ware* de regter in zijne uitspraak een ander tijdstip daarvoor stelle. Dit laatste schijnt mij den regter bevoegd te maken om, bv. in verband met eene langdurige praeventive gevangenis, den tijd van ingang der straf te vervroegen.

Nadat in art. 21 der Fransche wet van 1832 bepaald is: «La durée des peines temporaires comptera du jour, où la condamnation sera devenue irrévocable,» gaat art. 22 aldus voort: «Néanmoins, à l'égard des condamnations à l'emprisonnement, prononcées contre les individus en état de détention préalable, la durée de la peine, si le condamné ne s'est pas pourvu, comptera du jour du jugement ou de l'arrêt, nonobstant l'appel ou le pourvoi du ministère public, et quel que soit le résultat de cet appel ou de ce pourvoi. Il en sera de même dans les cas où la peine aura été réaduite, sur l'appel ou le pourvoi du condamné.»

In België schreef een bekend regtsgeleerde (1) in 1835 nog:

«En thèse générale, la durée des peines temporaires compte du jour où la condamnation a acquis force de chose jugée..... Ce principe n'admet pas d'exception, lorsqu'il s'agit d'une peine en matière criminelle.»

In 1849 (12 Dec.) werd echter aan de Kamer der Vertegenwoordigers eene voordragt tot herziening van het Strafwetboek van 1810 gedaan, bewerkt door eene commissie, waarvan dezelfde bekwame regtsgeleerde rapporteur was, en waarbij de praeventive gevangenis ook op de *criminele* vrijheidsstraffen wordt in rekening gebracht.

Deze voordragt, gelijk zij in het voorloopig verslag der Kamer, van den 2-Julij 1851, geamendeerd, en later door de Kamer der Vertegenwoordigers en den Senaat aangenomen werd, vindt men hieronder medegedeeld (2).

(1) HAUS, Observations sur le projet de révision du Code Pénal, vol. I, pag. 164, en ook pag. 150.

(2) Art. 26. «La durée des travaux forcés à temps, de la réclusion et de la détention compte du jour où la condamnation est devenue irrévocable.

«Néanmoins, si le condamné ne s'est point pourvu en cassation, Themis, D. III, 3de St. [1856].

Ziet men nu art. 21 van onze wet van 1854 in, dan blijkt dat de Nederlandsche wetgever verder ging dan de Fransche, in zoo verre als hij de gunstige bepaling van art. 21, lid 3—5 uitstrekke tot de (*criminele*) tuchthuisstraf, terwijl in Frankrijk alléén ten behoeve der (*correctionnelle*) gevangenisstraf eene uitzondering werd aangenomen op het algemeen beginsel, « que les peines « temporaires comptent du jour où la condamnation sera « devenue irrévocable. » De Nederlandsche wetgever ging almede verder, dan men in de Fransche en Belgische wetten deed, doordien hij het tijdstip van *aanvang* der tuchthuis- en gevangenisstraffen, *zonder uitzondering* doet berekenen van de eerste uitspraak, en bij die gunst geenszins laat afhangen, gelijk in Frankrijk en België, hetzij van de omstandigheid of de veroordeelde in zijne veroordeeling berustte, dan wel of zijne straf, op de voorziening in hooger beroep of cassatie, door den veroordeelde zelve of het O. M. ingesteld, werd verzwaaard, verminderd of slechts bevestigd.

De reden, waarom men in Frankrijk in 1832 bij het beginsel bleef volharden, om de *criminele* vrijheidsstraffen « la durée de ces peines compte du jour de l'arrêt, nonobstant le « pourvoi du ministère public, si ce pourvoi a été rejeté.

« Cette dernière disposition s'étend au cas où la peine a été réduite « par suite du pourvoi soit du ministère public, soit du condamné. »

Art. 38. « Lorsque le condamné se trouve en état d'arrestation, la « durée de la peine d'emprisonnement compte du jour du jugement.

« Si le condamné n'est écaroué qu'après sa condamnation, la durée « de la peine compte du jour de l'écarou.

« Toutefois s'il y a eu appel ou pourvoi en cassation de la part du « condamné, et que la peine n'est pas réduite, la durée de l'emprisonnement ne compte que du jour où la condamnation est devenue « irrévocable ou du jour de l'écarou, s'il est postérieur.

« Cette dernière disposition est applicable au cas où, par suite de « l'appel ou du pourvoi du ministère public, une peine plus forte au- « rait été prononcée contre le condamné. »

Men zie *Annales Parlementaires de Belgique* 1851—1852.

niet te doen ingaan, vóór dat zij zijn gegaan in kracht van gewijsde, is daarin gelegen, dat de praeventive gevangenis, ook na de veroordeeling en hangende een beroep in cassatie, geacht werd te zeer in aard en omvang te verschillen van den dwangarbeid of de tuchthuisstraf, dan dat op deze twee straffen zoude kunnen of behooren te worden afgerekend de duur eener vooraf doorgestane praeventive gevangenis.

Die reden, meende men, bestond echter niet ten aanzien der (*correctionnelle*) gevangenisstraf, en men zag er geen bezwaar in, den aanvang dezer straf te berekenen (behoudens de noodige beperkingen), van het tijdstip der eerste veroordeeling (1).

Het valt niet te ontkennen, dat in aard en omvang een groot verschil bestaat tusschen het verblijf in een huis van verzekering als praeventief gevangene en b. v. dat als veroordeelde in de *bagnes* van Toulon. Dat verschil echter is aanmerkelijk minder groot met opzigt tot de tuchthuisstraf, dan ten aanzien der *bagnes*, en in zoverre weegt het bezwaar, dat in Frankrijk de vraag besliste, bij ons minder.

Bovendien aan dat bezwaar had op voldoende wijze kunnen te gemoet gekomen worden, door, gelijk de Beijersche voordragt van 1853 doet, de praeventive gevangenis bij de zwaardere (*criminele*) vrijheidstraffen slechts voor een deel, b. v. voor *drie vierde* op den straflijd in rekening te brengen.

Aan deze bepaling zoude ik zelfs de voorkeur geven boven de *volledige* in-rekening-brenging der, na de eerste uitspraak doorgestane, praeventive gevangenis op de tuchthuisstraf, gelijk ons art. 21 doet, omdat in waarheid de tijd, bij praeventie in den kerker doorgebracht, ook hier te lande niet geheel gelijk staat met den straf-tijd in een huis van tuchtiging te ondergaan. Dáár,

(1) Vergelijk art. 21 en 22 der Wet van 1832, hiervoren

waar, gelijk in Beijeren, ook die praeventive gevangenis, welke vóór de eerste uitspraak is ondergaan, op den straftijd wordt afgerekend, vervalt aldus ook de in dat stelsel toch altijd denkbare vrees, dat de met het voorloopig onderzoek belaste regterlijke autoriteit den beschuldigde begunstige door den duur van het onderzoek en hiermede tevens der praeventive gevangenis, ten koste der latere criminele vrijheidsstraf, bovenmatig te verlengen. (1)

Maar, dit alles daarlatende, moet ik zeer betwijfelen de juistheid en billijkheid der beweegredenen, die den Franschen wetgever in deze hebben geleid.

Hetgeen den ingang der criminele veroordeeling, dadelijk na hare uitspraak, verhindert, is het middel der cassatie.

Nu is het of het Openb. Min. alleen, dat in cassatie komt, en dan is het eene groote hardheid voor den veroordeelde, die zijnerzijds in de veroordeeling berustte, om door eene handeling van het officie den ingang zijner straf voor eenen onbepaalden tijd te zien schorsen, eene hardheid door den Franschen wetgever ten aanzien der *correctionneel* veroordeelden opgeheven, en daarmede in beginsel erkend, doch met opzigt tot de *crimineel* veroordeelden in het wezen gelaten;

of wel, het is de veroordeelde, die, tegelijk met of ook zonder het Openb. Min., zich in cassatie voorziet, welligt op zeer goede gronden zich voorziet, zoodat zijn beroep wordt aangenomen en de oorspronkelijk opgelegde straf verminderd wordt, en dan is het almede onbillijk aan het, door den veroordeelde aangegrepen, middel tot herstel zijner geschonden regten eenen grond

(1) In het stelsel van ons art. 21, dat de praeventive gevangenis, vóór de eerste uitspraak ondergaan, geheel buiten aanmerking laat, is zoodanige vrees, ook al kon zij immer met opzigt tot den Nederlandsehen regter gevoed worden, onbestaanbaar.

te ontleenen, om den ingang zijner straf te schorsen tot na den afloop zijner voorziening in cassatie.

In België heeft men de mindere juistheid der Fransche wet op dit punt gevoeld, en, gelijk hiervoren gebleken is, ook ten opzichte der *criminele* vrijheidstraffen in bepaalde gevallen den aanvang der straf doen loopen van het tijdstip der eerste veroordeeling niettegenstaande voorziening in cassatie.

In hoeverre men daarbij ook in België verre genoeg gegaan zij, is eene andere vraag.

Het beginsel der in-rekening-brenging wordt in de Fransche wet van 1832 ten opzichte der gevangenisstraf (*emprisonnement*) en, met eenige afwijking, ook in de Belgische voordragten ten aanzien der *criminele* en *correctionnelle* vrijheidstraffen, slechts dan toegelaten, *si le condamné ne s'est pas pourvu* (in hooger beroep of cassatie) (1), of ook, *dans les cas où la peine aura été réduite sur l'appel ou le pourvoi du condamné*.

Niet in ieder geval dus wordt de ingang der straf berekend van het tijdstip der eerste veroordeeling. Komt de veroordeelde zijnerzijds in hooger beroep of cassatie, zoo redeneerde men, dan heeft hij aan zich zelve te wijten de verlenging zijner praeventive gevangenis, en moet derhalve deze laatste *niet* in mindering komen op de tegen hem uitgesprokene gevangenisstraf. Het belang der openbare orde laat het tegendeel trouwens niet toe, want, moest in ieder geval de praeventive gevangenis sedert de eerste uitspraak in rekening komen, men zou aldus de deur open zetten voor eene menigte van ongegronde voorzieningen, waarbij de veroordeelden niets te verliezen en alles te winnen hadden.

Is echter, zoo redeneerde men al verder, de veroordeelde in appel of in cassatie gekomen, en wordt dien

(1) CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, § 407. *Journal du Palais*, vol. VI, p. 340, n^o. 70.

ten gevolge zijne straf verminderd, ja, dan moet de ingang dier straf berekend worden van de eerste uitspraak, want dan is gebleken, dat zijne voorziening tegen de eerste uitspraak gegrond was. Gelijke berekening moet plaats hebben, wanneer alleen het Openb. Min. appelleert of in cassatie komt, want deze handeling eens derde mag den veroordeelde niet schaden.

In België nam men dit laatste echter niet eenmaal gaaf aan. Eene voorziening van het Op. Min. schorst daar den ingang der bij de eerste uitspraak opgelegde straf alleen dan niet, si le pourvoi a été rejeté (art. 26), of de in eersten aanleg ten correctionnele veroordeelde op het appel of den eisch in cassatie van het Openb. Ministerie niet tot eene zwaardere straf wordt veroordeeld (art. 38). De rapporteur in den Senaat zeide daaromtrent: « Si au contraire une peine plus forte est prononcée, « l'erreur du premier juge est démontré, et cette erreur « ne peut profiter au condamné, ni quand à la durée de « la peine, ni quand à l'époque à laquelle celle-ci « prend cours. » Men zou echter kunnen vragen of hier wel immer sprake van bevoordeelen kan zijn, en of de dwaling des eersten regters den veroordeelde dan mag benadeelen?

De meer omvattende strekking van art. 21 onzer wet van 1854, hetwelk op dit punt niet onderscheidt, verdient mijns inziens verreweg de voorkeur.

Het regt om in hooger beroep of cassatie te komen wordt voor den veroordeelde zijdelings verkort, wanneer van het al of niet slagen zijner voorziening afhankelijk wordt gemaakt de langere of kortere duur van zijn verblijf in den kerker. De veroordeelde moet even vrij zijn in de uitoefening van zijn regt van appel of cassatie als het Op. Min. Maar dat is de veroordeelde in waarheid niet meer, indien aan het zijnerzijds komen in appel of cassatie eene, wel is waar van den einduitslag der voorziening

afhankelijke, maar toch zeer mogelijke poenaliteit (1) wordt verbonden, welke alleen dan zal vervallen, wanneer zijn beroep gunstig uitvalt, iets dat veelal onzeker is, en onder den invloed van velerlei omstandigheden kan staan.

Het stelsel der wet van 1832 werd te dezen aanzien vergeefs bestreden door sommige Gedeputeerden, die te regt beweerden: «Il faut que le condamné soit libre «de ces préoccupations, ou la voie, que lui ouvre la «loi, pour obtenir la réforme du premier jugement, «deviendrait illusoire.» (2)

Het is niet onmogelijk, dat art. 21 der wet van 1854 de voorzieningen in appel en cassatie eer zal doen vermeederen dan afnemen, hoewel de uitkomst tot dusverre dit nog niet schijnt te leeren, maar in ieder geval zou ik uit het oogpunt van billijkheid en zedelijkheid het daarbij gehuldigd stelsel beter achten, dan dat onzer Fransche en Belgische naburen.

Ik moet nu nog kortelijk het art. 21, lid 2—5 meer van nabij beschouwen, en daarbij de vragen ter toetse brengen, die zich bij de vaststelling en ook na de invoering er van zich hebben opgedaan.

In het *tweede lid* van art. 21 (3) vindt men terug hetgeen vóór de invoering der wet van 1854 in het algemeen hier te lande regtens was, namelijk, dat het tijdstip van *aanvang* der straf en dat van *tenuitvoerlegging* der straf één en hetzelfde zijn.

Er bestond geene reden om, ten opzichte van hen, die zich tot aan de einduitspraak op vrije voeten bevinden, eene verandering in het bestaande regt te maken.

(1) De rapporteur in den Belgischen Senaat noemde het werkelijk *une peine de fol appel*.

(2) CHAUVEAU et HELIE, § 406.

(3) «De tuchthuis- en gevangenisstraffen vangen aan met den dag «der ten uitvoerlegging.»

Het spreekt echter van zelf, dat wanneer in den loop des onderzoeks, bijv. in de gevallen van de artt. 240 en 249 van het Wetb. van Strafv., de in regten betrokken persoon in hechtenis wordt gesteld, de toepasselijkheid van het *tweede lid* van art. 21 ten zijnen aanzien ophoudt.

Het *derde lid* van art. 21 (1) doet verschillende vragen ontstaan.

Reeds bij de beraadslagingen in de Tweede Kamer is men in eene dwaling vervallen (2), die destijds tot zeer verkeerde gevolgtrekkingen leidde, en ook nu nog eene geheel onjuiste wetstoepassing zou kunnen ten gevolge hebben. Men zag geheel voorbij het groote onderscheid tusschen het tijdstip van *ingang* en het tijdstip van *tenuitvoerlegging* der straf. «Stelt u voor,» zeide men, «een beklaagde, die praeventief gedetineerd was, «wordt door den eersten regter tot ééne maand gevangenisstraf veroordeeld; dat vonnis wordt volgens dit «artikel dadelijk geëxecuteerd, en de veroordeelde wordt «in de strafgevangenis overgebracht; inmiddels stelt de «veroordeelde hooger beroep in, en na verloop van twee «of drie maanden wordt hij vrijgesproken; hangende dat «hooger beroep moet hij echter, almede volgens dat «artikel, in hechtenis blijven. Wat zal nu van dit een «en ander het gevolg zijn? Vooreerst: dat de beklaagde «na aanvankelijk praeventief gedetineerd te zijn, op den «dag van de uitspraak van het vonnis des eersten regters «definitief wordt gedetineerd in de strafgevangenis, en, «wanneer de straftijd verlopen is, en er dan nog niet «in hooger beroep uitspraak is gedaan, hij weder *prae-* «*ventief* gedetineerd wordt, en dat alles door hetzelfde «feit, waarvan hij eindelijk wordt vrijgesproken.

(1) «Is de veroordeelde bereids in hechtenis, dan vangen zij (de «tuchthuis- en gevangenisstraffen) aan met den dag der uitspraak, niet- «tegenstaande hooger beroep of voorziening in cassatie.»

(2) *Verslag* enz., blz. 1040.

«Maar wat is het tweede gevolg? dat op zoodanigen «beklaagde *is* en *blijft* ten uitvoer gelegd een vonnis van «veroordeeling, dat later *vernietigd* is.»

De geheele redenering berust op eene onjuiste voorstelling van de strekking des artikels, waar niet genoeg tegen gewaakt kan worden.

Het tijdstip van *tenuitvoerlegging* laat art. 21, *derde lid*, onveranderd ook voor hen, die praeventief gevangen zitten.

Hangende hooger beroep of voorziening in cassatie is de gevangene *praeventief* gevangen, en als zoodanig mag hij, die wel is waar bij arrest van een Provinciaal Hof tot tuchthuisstraf veroordeeld werd, maar wiens beroep in cassatie nog onbeslist is, *niet* opgezonden worden naar het criminele huis van tuchtiging, en evenmin bij naar de correctionnelle strafgevangenis, die correctionneel veroordeeld in eersten aanleg, in hooger beroep alsnog moet terecht staan of in cassatie zijne regten alsnog kan doen gelden. Beschouwt men het art. 21 uit dit, uitsluitend ware, oogpunt, dan springt de mindere juistheid van hetgeen daartegen in de Tweede Kamer aangevoerd en hiervoren overgenomen is, in het oog.

Neen! eerst nadat het vonnis of arrest in kracht van gewijsde zaak is gegaan, en bovendien de Koning op het verzoek om gratie beschikt zal hebben (1), mag de veroordeeling op den, tot dus verre uitsluitend praeventief, gevangene worden *ten uitvoer gelegd*.

Maar geheel iets anders is de vraag, *wanneer* die, eerst dan uitvoerbare, straf alreeds is *ingegaan*? Daarop geeft art. 21, *derde lid*, het antwoord, maar met het tijdstip der tenuitvoerlegging laat die bepaling des

(1) Even onjuist was dan ook het gezegde van een ander lid: «Doel «ik voor mij zie hier (in art.), ik herhaal het, een strijd met het praerogatief van de Kroon.»

Verslag enz., blz. 1041.

artikels zich volstrekt niet in. Dit laatste is en blijft gerogeld in titel XVII van het Wetboek van Strafvordering.

Geheel ten onrechte derhalve werd in de Tweede Kamer het gevoelen geopperd, dat het voorgedragen artikel in strijd was met de zuivere regtsbeginselen, welke medebrengen, dat een strafvonnis eerst dan kan worden geëxecuteerd, wanneer het in kracht van gewijsde is gegaan.

Een tweede punt van overweging is de toepasselijkheid van het *derde lid* van art. 21 niet alleen ingeval van *veroordeeling* in eersten aanleg, maar ook b. v. bij *vrijspraak* of *ontslag van regtsvervolging* door den *eersten* regter, en *veroordeeling* in *hooger beroep* of (art. 105, Wet op de Regt. Org.) in *cassatie*. Ook dan is het *dictum* des *eersten* regters de *terminus a quo* voor den aanvang der tuchthuis- of gevangenisstraf.

Volgens art. 21 *derde lid* is de *terminus a quo* niet de dag der *veroordeeling*, maar de dag der (eerste) *uitspraak*, welke algemeene uitdrukking zoowel het geval van veroordeeling, als van vrijspraak of ontslag bij den *eersten* regter, omvat.

De *ratio legis* trouwens blijft dezelfde, hetzij in eersten aanleg vrijspraak of veroordeeling plaats heeft. De beklaagde blijft hangende het hooger beroep in ieder geval praeventief gevangen, en wordt hij in appel veroordeeld, na in eersten aanleg te zijn vrijgesproken, men dient den ingang zijner gevangenisstraf wel te berekenen van het vonnis in eersten aanleg, of de eerst vrijgesprokene en daarna veroordeelde wordt van ergere conditie dan hij, die in beide instantiën werd schuldig verklaard en veroordeeld.

Men moet ook hier wel onderscheiden.

De *aard* der straf, gelijk ook de qualificatie van het feit, blijven afhankelijk van de beslissing des hoogerren

regters, maar de *ingang* der straf regelt zich steeds voor den praeventief gevangene naar de *uitspraak* des *eersten* regters, zij moge vrijspraak, ontslag of veroordeeling hebben ingehouden.

Hetzelfde beginsel ligt ten grondslag aan het *laatste lid* van artikel 21, welke zinsnede nog ten allen overvloede verklaart voor het bijzonder geval van *verzwaring* (1) van straf, hetgeen eigenlijk in het algemeen hier waar is, dat namelijk de laatst opgelegde straf geacht wordt te loopen van den dag der eerste uitspraak.

Naar dat zelfde beginsel heeft men ook andere vraagpunten te beoordeelen.

Zoo heeft zich het geval voorgedaan, dat iemand, in eersten aanleg wegens wanbedrijf veroordeeld, door het Hof, regt doende in correctionneel appel, met tenietdoening van het vonnis a quo, wegens hetzelfde feit ten criminele verwezen en later ten criminele veroordeeld werd. Ook hier werd artikel 21 *derde lid* van toepassing geacht, en de *ingang* der straf berekend van de correctionnele veroordeeling in eersten aanleg, niettegenstaande alles wat bij den eersten regter gedaan was door den hooger regter vernietigd werd, en op zijn bevel eene als het ware geheel nieuwe vervolging ten criminele werd ingesteld.

Artikel 21 *derde lid* onderscheidt niet, welchen invloed het hooger beroep of de eisch in cassatie ook moge hebben, het zij op den verderen loop der procedure na de eerste uitspraak, het zij op de qualificatie, het zij op de, naar gelang daarvan, door den hooger regter veranderde oplegging van straffen. De eerste *uitspraak* is steeds de *terminus a quo*.

(1) Zeer ten onregte heeft men uit het woord *verzwaring* afgeleid, als of derhalve in geval van *vermindering* van straf de termijn van *ingang* niet zou mogen berekend worden van den dag der eerste uitspraak. Niet elke redenering *e contrario* gaat op, dit blijkt ook hier.

Dit laatste zou zelfs waar blijven b. v. indien iemand werd veroordeeld tot tuchthuisstraf, het arrest van veroordeeling echter gecasseerd werd door den Hoogen Raad, die de zaak naar een aangrenzend Provinciaal Geregts-hof verwees, welk Hof, haar op nieuw onderzoekende, den reeds eenmaal veroordeelde op nieuw schuldig verklaarde en veroordeelde. Ook dan wordt de straf gerekend te zijn ingegaan met den dag der eerste uitspraak.

Het moge vreemd schijnen den ingang der straf te doen loopen van den dag van een sedert gecasseerd arrest en van eene veroordeeling, anterior aan die, welke in waarheid de straf bepaald heeft, artikel 21 laat geene andere uitlegging toe.

Nog eene andere vraag kan zich voordoen, welke, in verband met het regt van gratie staande, eenigen twijfel zou kunnen doen rijzen. Stel iemand wordt ter dood veroordeeld, doch de doodstraf door den Koning veranderd in die van tuchthuisstraf. Zal die tuchthuisstraf ingaan met de dagteekening van het Koninklijk besluit van gratie, hetwelk die straf in het leven riep, dan wel van de dagteekening van het doodvonnis? Naar ik meen kan de laatste dagteekening uitsluitend de terminus a quo uitmaken. Artikel 21 *derde lid* spreekt van het regt van gratie niet, en behoorde daarvan ook niet te gewagen, omdat het regt van gratie wel invloed uitoefent op het tijdstip van tenuitvoerlegging, maar niet op dat van ingang der straf van den praeventief gevangene, van welk laatste tijdstip alleen in artikel 21 de rede is. Artikel 21 *derde lid* laat echter de hier gestelde vraag geenszins onbeantwoord. Immers het bepaalt, dat voor den praeventief gevangene elke tuchthuisstraf aanvangt met den dag der *uitspraak*, dat is hier, den dag van het *doodvonnis*.

Er is één punt dat in de toepassing moeilijkheid kan

baren, zoo lang het stelsel van eenzame opsluiting, hier te lande voor *veroordeelden* door de wet van 28 Junij 1851 (*Staatsbl.* n^o. 68) voor zooveel noodig gewettigd, en in artikel 7 der wet van 1854 uitgebreid, ook voor de *praeventief* gevangenen niet algemeen in werking is kunnen gebragt worden.

Artikel 21, sprekende van *gevangenisstraf*, onderscheidt niet tusschen die, welke in *gezamenlijke*, en die welke in *eenzame* opsluiting wordt doorgebragt. Het artikel omvat dus ongetwijfeld beide die soorten van gevangenisstraf, en ook voor de veroordeelden tot *eenzame* opsluiting is dus de gunstige bepaling van art. 21 *derde lid* geschreven, dat de veroordeeling aanvangt met den dag der eerste uitspraak. Nu kan het gebeuren, dat iemand, praeventief gevangen in *gezamenlijke* opsluiting, veroordeeld wordt tot *eenzame* opsluiting, en dat, hangende een ingesteld hooger beroep of voorziening in cassatie, de duur der tegen hem uitgesprokene *cellulaire* straf geheel of grootendeels verstrijkt, zonder of vóór dat de *eenzame* opsluiting is kunnen worden ten uitvoer gelegd. Daar, waar ook de praeventief gevangenen cellulair bewaard worden, kan deze zwaarigheid zich niet opdoen. Zij doet zich echter gevoelen, voor zoo verre de huizen van arrest of verzekering niet cellulair zijn ingerigt.

De bestaande moeilijkheid zal afnemen, naarmate het cellulair stelsel zijne uitbreiding nadert. Tot zoolang is het bezwaar niet geheel uit den weg te ruimen. In de wet van 1854 te bepalen, dat de *cellulaire* gevangenisstraf eerst zou ingaan, wanneer het vonnis of arrest kracht van gewijsde had gekregen, zou gestreden hebben met de geheele economie van art. 21. Aan het bezwaar ware welligt voor een deel te gemoet gekomen, indien in art. 21 de in *gezamenlijke* opsluiting doorgebragte praeventive gevangenis slechts voor *de helft* ware in

rekening gebragt op de *cellulaire* gevangenisstraf. Zoodanige maatstaf zou ook beter verband gehouden hebben met art. 2 der wet van 28 Junij 1851, bepalande dat in geen geval de cellulaire gevangenisstraf voor langer dan de helft van den tijd der gewone gevangenisstraf wordt uitgesproken.

Doch wat ook van dit alles zij, de bedenkingen, die tegen het stelsel van art. 21 der wet van 1854 kunnen worden aangevoerd, wegen geenszins op tegen de gebreken van het tegenovergestelde stelsel, volgens hetwelk al het oponthoud der voorzieningen in hooger beroep en cassatie voor den veroordeelde geheel buiten aanmerking bleef, zoodat hij eerst weken en maanden na zijne eerste veroordeeling in werkelijkheid zijne straf mogt zien ingaan.

Noch ééne vraag van transitoiren aard, en, naar ik meen, van wezenlijk praktisch belang, wensch ik te behandelen, om daarmede te eindigen.

Is de bepaling van art. 21 lid 3 en 5 toepasselijk op hen, die tijdens de invoering der wet van 1854 reeds gevangen zaten, en veroordeeld waren?

Eene gelijke vraag, omtrent de Fransche wet van 1832 gedaan, vindt men *ontkennend* beantwoord bij CHAUVEAU HÉLIE (1).

Art. 25 *eerste lid* onzer wet van 1854 zegt:

«De tegenwoordige Wet is van toepassing ook ten aanzien der misdrijven vóór haar in werking treden gepleegd.»

Wel heeft men daarbij in de eerste plaats te denken aan die misdrijven, welke bij de invoering der Wet reeds gepleegd, doch nog niet definitief onderzocht waren.

Voor zooverre het de *bestrafing* eens misdrijs geldt,

(1) Théorie du Code Pénal, § 339.

kan bij art. 25 zelfs aan niets anders gedacht worden, dan aan dit laatste. De latere wet, die de tot dus verre tegen eenig misdrijf bedreigde straf *verzacht*, kan desniettemin geen invloed uitoefenen op reeds, bij hare afkondiging krachtens vroegere, strengere, wetten uitgesprokene en in kracht van gewijsde gegane veroordeelingen.

Hier echter is zelfs in de verte geen sprake van verandering van, reeds vóór de invoering der wet van 1854 opgelegde, straffen, maar uitsluitend van de al of niet retroactiviteit eener *fictio legis*, door art. 21 ingevoerd, volgens welke de eenmaal opgelegde straf *in favorem rei* geacht wordt vroeger te zijn *ingegaan*, dan zij is kunnen ten uitvoer gelegd worden.

Door deze gunst toe te kennen ook aan hen, die vóór het bestaan der wet van 1854 veroordeeld zijn, wordt niets te kort gedaan aan de reeds, welligt lang te voren, in kracht van gewijsde zaak gegane vonnissen of arresten, waarbij zij veroordeeld werden. De uitspraken blijven, het spreekt van zelf, in haar geheel. Slechts de berekening van den ingang der daarin opgelegde straffen wordt veranderd, een punt dat vroeger, evenmin als dit nu het geval is, een deel van 's regters uitspraak uitmaakte, dat zich vroeger regelde naar de destijds bestaande wetsbepalingen (1), en thans zich behoort te regelen naar art. 21 der wet van 1854.

Het is waar, in den regel heeft de wet geene terugwerkende kracht, maar moet men dien regel zooverre drijven, dat men dien ook inroep: « quand il s'agit d'une loi de faveur, dont l'application, même rétro-active, ne lèse aucun intérêt? (2) »

(1) B. v. art. 23, *G. P.* in verband met het Souverein Besluit van 11 Dec. 1813 (*Stbl.* n^o. 10), en Tit. XVII, Wetb. van Strafv.

(2) CHAUVEAU et HÉLIE, t. a. pl.

Hierbij komt de uitdrakkelijke bepaling van art. 25, die, naar ik meen, ook in het hier bedoeld geval de wet der non-retroactiviteit te niet doet, en aldus de gunst van art. 21, lid 3 en 5 schijnt uit te strekken ook tot die personen, welke, reeds vóór de invoering der wet van 1854, in staat van praeventive gevangenis bij einduitspraak veroordeeld zijnde, thans nog hun straftijd in tucht- of gevangenhuis ondergaan.

Het leerstuk der zamenhangende misdrijven in het Nederlandsch recht; door Jhr. Mr. C. J. VAN NISPEN TOT PANNERDEN, Substituut-Officier van Justitie bij de Arrondissements-Regtbank te 's Hertogenbosch.

Ik stel mij voor te onderzoeken:

- 1°. Wanneer misdrijven volgens de beginselen onzer wetgeving zamenhangend te achten zijn.
- 2°. Welken invloed het aanwezig dier omstandigheid op de beregting der gedingen uitoefent.

I.

Volgens art. 130 Strafv. zijn misdrijven zamenhangend:

- 1°. Wanneer zij gepleegd zijn door verscheiden vereenigde personen gelijktijdig.

Dat van den zin, aan het woord vereenigd te hechten voornamelijk de beteekenis dezer bepaling afhangt, ziet ligt iedereen. Het drukt in onze wetgeving meer dan een denkbeeld uit. Vereeniging in staatkundigen zin duidt een genootschap aan, welks leden tot eene blijvende zamenwerking ter bereiking van een bepaald doel verbonden zijn (1). Het is wat de Franschen *associatiën*

(1) VAN NISPEN, *het Regt van Vereeniging*, bl. 1.

noemen. Zoo zal deelneming aan eene *bijeenkomst*, die overtreding van de wet ten doel heeft, niet vallen onder de strafbepaling bij art. 4 der wet van 22 April 1855 (1) geschreven. Vereeniging in dezen zin sluit zoowel toevallige als tijdelijke zamenwerking uit. Maar er zijn andere bepalingen wáár «vereenigd» niet door *associés*, maar door *réunis* vertolkt wordt. Het zijn onder andere de art. 211, 214 en 215 van het Wetb. van Strafr. Dáár zijn vereenigde personen geene andere dan die tot hetzelfde doel medewerken, al is hun zamentreffen niet van blijvenden aard en geenszins het gevolg van voorafgegaan overleg (2). Hetzelfde kan gezegd worden van art. 18 der wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n^o. 102). In onze bepaling heeft het woord «vereenigd,» eene vertaling van het Fransche *réunis* in art. 227 *I. C.*, ongeveer dezelfde beteekenis. Werken onderscheiden personen gelijktijdig mede tot hetzelfde misdadig doel, hunne misdrijven zijn zamenhangend, al is handeling noch bijeenkomst van te voren beraamd. Er bestaat echter eenig verschil. De boven aangehaalde bepalingen doelen op personen, die één misdrijf plegen. Zij zijn mededaders of althans medepligtigen van dezelfde rebellie, van denzelfden diefstal. Ons artikel daarentegen spreekt van onderscheiden misdrijven, wel aan elkander verknocht maar toch niet één. Is er ginds zamenwerking tot het naaste doel, hier zal het oogmerk tot welks bereiking de daders hun krachten vereenigden, meer verwijderd zijn.

Dat het woord «vereenigd» zamenwerking tot een doel onderstelt, leert zoowel de spreektrant van het dagelijksch

(1) *Tot regeling en beperking der uitoefening van het Regt van Vereeniging en Vergadering* (*Stbl.* n^o. 32).

(2) *Zie de arresten van den Hoogen Raad van 20 Junij 1843* (v. d. HONERT, *Strafr.* X, bl. 12); *Julij 1849* (t. d. HONERT, *Strafr.* 1849, II, 5).

Themis, D. III, 3de St. [1856].

leven als de taal. «Vereenigen» omschrijft WEYLAND: «in bedoeling en werking verbinden.» Hij geeft als voorbeeld: «men vereenigt zich om ons te kwellen.» Misdrijven ten zelfden tijde en plaatse gepleegd zijn daardoor alleen niet zamenhangend. Het is trouwens ligt te begrijpen. Misdrijven kunnen onder omstandigheden als de gezegde begaan worden, zonder dat er tusschen hen eenig verband bestaat. Ik vind geen beter voorbeeld dan dat van DE BOSCH KEMPER, die wijst op onderscheiden zakkenrollerijen op dezelfde markt en op hetzelfde oogenblik geschied, doch tusschen wier daders geene de minste verstandhouding bestond. De Hooge Raad stemde met het voorgedragen begiusel in, als hij geen zamenhang zag in de overtredingen van meerdere personen, die tenzelfde ure op dezelfde begroesde berm van denzelfden weg hun vee lieten grazen (1). Niet minder bleek zijn adhaesie uit het arrest, dat connexiteit ontzeide aan de overtredingen van twee personen, die zonder er regt toe te hebben op hetzelfde oogenblik denzelfden bezaaiden grond van een ander betreden hadden (2). Nog mag hier gewezen worden op de beslissing dat de misdrijven van twee personen, die zonder van akte voorzien te zijn, ten zelfden tijde en plaatse ieder met een poerlood vischten, geenszins als zamenhangende moeten aangemerkt worden (3). — Ook ten aanzien van de overtreding van het openhouden eener tapperij na den tijd voor de sluiting bepaald en die van het niet tijdig verlaten derzelve, oordeelde de Hooge Raad dat er geen zamenhang bestaat (4). Met dit ge-

(1) Arrest van 7 Nov. 1854 (v. D. HONERT, *Strafr.* 1854, II, bl. 68).

(2) 9 Oct. 1849 (v. D. HONERT, *Strafr.* II, bl. 159).

(3) Arrest 8 Maart 1854 (v. D. HONERT, *Jagt en Visscherij*, IV, bl. 85).

(4) Arrest 19 Junij 1855 (v. D. HONERT, *Strafr.* 1855, I, bl. 291).

voelen kan ik mij echter niet vereenigen. De waard verschaft aan de gasten de middelen om het misdrijf te plegen. Hij stelt zijn woning voor hen open. Hij levert hun drank en al hetgeen er tot het zetten van gelagen vereischt wordt. Het misdrijf van den een kan geen plaats hebben zonder dat van den ander. Is er sterker bewijs te denken dat een feit door eene vereeniging gepleegd is dan de onmogelijkheid dat het door één begaan zij? Niet zoo gemakkelijk zou ik het bestaan eener vereeniging tusschen de bezoekers afleiden uit hun gelijktijdig verblijf in dezelfde tapperij. Het is mogelijk, dat er verscheiden gezelschappen aanwezig zijn, tusschen welke volstrekt geene verstandhouding bestaat. Ook dan wanneer de gedaagden in denzelfden kring of aan dezelfde speeltafel aangezeten waren, schijnt de Hooge Raad hunne overtredingen niet zamenhangend te achten (1). Zij zijn volgens hem wel tot hetzelfde doel vereenigd, doch dit is vreemd aan de overtreding. Ten onregte. Het oogmerk waar zij naar streven is gezellig vermaak, ongeoorloofd door de plaats en het uur dat zij het zoeken te genieten. Het feit kan niet afgescheiden worden van de omstandigheden waaronder het gepleegd is. Beschouwingen intusschen over de onderlinge verhouding der bezoekers zullen veelal buiten invloed op de behandeling der zaken blijven, want, is ieders misdrijf zamenhangend met dat van den waard, zoo worden allen te zamen voor den regter geroepen.

Bij arrest van 17 Mei 1853 (2) oordeelde het Provinciaal Gerechtshof in Zuidholland, dat zij, die elkander onderling slagen toebagten, moeten geacht worden in vereeniging gehandeld te hebben. Het motief was, dat art. 130 Strafv. geenszins het bestaan eener vereeniging tegen

(1) 13 Febr. 1855 (v. D. HONERT, *Strafr.* 1855, I, bl. 43).

(2) *Weekblad*, n^o. 1493.

derden vordert. Hoe men eene vereeniging zien kan in de handeling van twee strijdende partijen, moet ik verklaren niet te begrijpen. Zonder eenheid van doel kan geen vereeniging bestaan. Bij onderlinge mishandeling streven de twistenden niet naar hetzelfde doel. Het oogmerk van den een is veeleer het tegenovergestelde van dat van den ander. Zoo geen andere misdrijven zamenhangend zijn dan die welke onder de bepaling van art. 130 Strafv. vallen, is het oordeel van de Regtbanken te Nijmegen (1) en Gorinchem (2) en van Mr. GOCKINGA (3) juist.

2°. Worden misdrijven geacht zamenhangend te zijn, wanneer zij door verschillende personen op onderscheiden tijden of plaatsen, doch ten gevolge van eene door hen te voren gemaakte afspraak gepleegd zijn.

Moet de eisch van voorafgegaan overleg in ruimen zin genomen worden, zoodat er elke verstandhouding onder begrepen is, die tusschen misdadigers met betrekking tot misdaden plaats heeft? Levert uit dien hoofde eene overeenkomst tot onderlinge verdeeling van de opbrengst der misdrijven, genoegzamen grond om deze als zamenhangend te beschouwen? In bevestigenden zin antwoordt DE BOSCH KEMPER (4), ontkennend de Hooge Raad (5). Te regt. Eene overeenkomst over de gevolgen van het misdrijf, is geene overeenkomst over het misdrijf zelf. De strafbare daden zelve moeten uit de vooraf gemaakte afspraak voortvloeijen. De bepaling dus verklaard, zal zelden van toepassing zijn; toch niet geheel zonder werking. Men denke aan het wegvoeren eener maagd uit de ouderlijke woning, terwijl een vriend, om het feit te doen

(1) *Regtsgel. Bijbl.* IV, bl. 290.

(2) *Weekblad*, n°. 1493.

(3) *Regtsgel. Bijbl.* IV, bl. 398.

(4) *Wetb. van Strafv.* II, bl. 232.

(5) *Arrest* 1 Maart 1853 (*Weekblad*, n°. 1469).

slagen en de ontdekking te vertragen, haar vader, die zich elders bevindt, eenigen tijd opgesloten houdt.

30. Zijn misdrijven zamenhangend, begaan met het oogmerk, om zich de middelen te verschaffen tot het plegen van een ander misdrijf, of de uitvoering er van te bevorderen of tot stand te brengen, of wel om zich tegen de straf van een ander misdrijf te beveiligen.

GevalLEN dat deze bepaling toepassing vindt, komen er vele voor. Men denke aan het plunderen van den winkel eens zwaardvegers, om wapenen tot het plegen van feitelijk verzet tegen het openbaar gezag of oproer te bekommen; aan het wegnemen van een breekijzer om er elders een anderen diefstal mede te plegen; aan den beklagde die door aanbieding van geschenken zijn regters tot een gunstig oordeel tracht te bewegen; aan dengene die, voorloopig aangehouden, met geweld uit den kerker vlugt enz., enz.

Ons voorschrift spreekt van hen, die misdoen om *zich* de middelen tot het begaan van een ander misdrijf te verschaffen of om *zich* tegen de straf voor een ander vergrijp te beveiligen. Het ziet derhalve alleen op daden, door iemand ten eigen bate verrigt. Het vindt geen connectie tusschen de overtreding van den een en de euveldaad van een ander om genen voor tuchting te vrijwaren. DE BOSCH KEMPER (1), die het tegendeel aanneemt, stelt zich geheel buiten de wet. Te vergeefs zoekt men naar gronden voor de uitspraak van den Hoogen Raad, dat de jagtovertreding van een knecht en het feitelijk verzet van zijn meester om den van naam onbekenden bekeurde aan den jagtopziener te ontwel-digen (2) onder onze bepaling vallen.

Reeds wees ik wel in een enkel woord op de vraag, wier oplossing ik echter tot dusverre in gebreke bleef te

(1) t. a. p. II bl. 282.

(2) Arr. van 21 Junij 1853 (*Wkbl.* n^o. 1564.)

leveren, of art. 130 Strafv. eene limitatieve bepaling van samenhangende misdrijven bevat. Zij verdient eene nauwkeurige overweging. Zonder eene uitdrukkelijke beslissing over de quaestie te geven, uitte de Hooge Raad (1) meermalen de meening, dat er geen connexiteit tusschen misdrijven bestaat, dan in de gevallen, bij ons art. aangewezen. De BOSCH KEMPER aarzelt. Eerst zegt hij, dat de wetgever alleen eenige voorbeelden gegeven heeft. Later (2) meent hij, dat de bepaling in zoo verre beperkend is, dat geene andere misdrijven dan die onder haar vallen in regten als samenhangend mogen aangemerkt worden. Het besef der leemte, die bij deze verklaring in de wet bestaat, doet hem echter tot eene ruime — om niet te zeggen extensieve — interpretatie overhellen. Ook RAUTER weifelt. Na connexiteit buiten de bepaling van art. 227 I. C., met het onze overeenstemmend, aangenomen te hebben (3), uit hij later de meening «qu'il n'y a connexité en droit que dans les cas décrits par l'article 227 (4).» Het laatste gevoelen is dat van CARNOT (5). Ik maak zwaarigheid het aan te nemen. Het artikel schijnt mij enkel eene aanwijzing te bevatten van misdrijven, onder elke omstandigheid als samenhangend te beschouwen, maar geenszins anderen uit te sluiten, die uit den aard der zaken connex blijken te zijn. Deze verklaring, die in den geest der bepaling ligt, wordt door de woorden der wet niet gewraakt. Het art. zegt niet: «samenhangende misdrijven zijn die, welke enz.,» veelmin: «geene andere misdrijven worden geacht samenhangende te zijn, dan die,

(1) *Arrest* 3 Maart 1846 (v. D. HONERT, *Strafr.* 1846, I, bl. 209); 5 Maart 1850 (v. D. HONERT, *Strafr.* 1850, I, bl. 121); 7 Novemb. 1854 (v. D. HONERT; *Strafr.* 1854, II, bl. 68).

(2) t. a. p. II, bl. 280.

(3) *Traité du droit Criminel*, n°. 641.

(4) t. a. p. n°. 763.

(5) *De l'Instruction Criminelle*, op art. 227 I. C., 5°.

welke enz.,» maar: «misdrijven worden geacht zamenhangende te zijn, wanneer enz.» *Worden geacht* wil zeggen, dat de opgenoemde misdrijven door wetduiding voor zamenhangend gehouden worden, zoodat in de aangewezen gevallen de regter niet te onderzoeken heeft of de aard der zaak ze connex maakt. Soortgelijke woordschikking is aan onze wetgeving niet vreemd. Art. 958 B. W. zegt: «..... voor tusschenbeide komende personen worden gehouden de vader enz.», welk voorschrift niet belet ook anderen dan de daar opgenoemde als tusschen beide komende personen te beschouwen (1). Een gelijk voorbeeld treft men aan in art. 239 B. W. Ook art. 101 Strafr. verdient hier vergeleken te worden. Het luidt in de officiële vertaling: «onder de benaming van wapens worden alle, zoo snijdig als puntig gescherpte of kneuzende, werktuigen begrepen.» Ook deze bepaling, die niet eens de gewone vuurwapenen omvat, is geen beperkend voorschrift. — De aard der zaak trouwens gebiedt de voorgedragen verklaring aan te nemen. Zijn onderlinge mishandeling, onderlinge beleediging, meerdere misdrijven door denzelfden persoon, ten zelfden tijde begaan, misdrijven gepleegd om *enen anderen* de middelen tot het plegen van een ander vergriep te verschaffen, of hem voor de straf wegens eene andere euveldaad te beveiligen, niet zamenhangend? Zou afzonderlijke beregting niet tot de ongerijmdste gevolgen leiden? Zal men voortaan, bij vechtpartijen, de twistenden tegen elkander als getuigen onder eede zien hooren? Zullen tegenstrijdige uitspraken zonder mogelijkheid van verbetering over dezelfde feiten geveld worden? Stel b. v. dat twee schippers elkander op de Maas met beleedigende uitdrukkingen bejegenen. Het vaartuig van den een ligt aan de Geldersche zijde,

(1) Men zie *Themis, Regtskundig Tijdschrift*, IIde verzameling, II, bl. 203.

dat van den ander aan den Noordbrabantschen oever. De kantonregter van 's Hertogenbosch oordeelt, dat de beklaagde door de wederpartij uitgetergd was en dat het geïncrimineerde feit uit dien hoofde geen misdrijf oplevert. Ongekeerd oordeelt de kantonregter van Zalt-Bommel, dat de uitterging van den anderen schipper voortgekomen is, en ontslaat dengeen, die voor hem te regt staat, van alle regtsvervolging te dier zake. Ziedaar dezelfde feiten geheel verschillend gewaardeerd, terwijl de strijdige oordeelvellingen wegens het feitelijke der beslissing, ook door een beroep in cassatie niet tot overeenstemming gebracht kunnen worden. In stede van een stelsel aan te nemen, dat tot gevolgen als de geschetste leidt, vestige men het oog op art. 129 Strafv., dat de gelijktijdige beregting van zamenhangende misdrijven gebiedt. Men vrage welk de taalkundige betekenis van het woord *zamenhangend* is, en men zal ontwaren dat het gelijk staat met de uitdrukking: *in onderling verband staande*. Men onderzoekte wanneer misdrijven tot elkander zoodanig in verband staan, dat de omstandigheden van het een invloed uitoefenen op de strafregtelijke waardering van het ander, en men zal weten wanneer delicten uit den aard der zaak als *connex* te beschouwen zijn. Ligt zal men alsdan genegen zijn met RAUTER te zeggen: «il y a connexité sensu legis lorsque plusieurs délits sont la cause ou l'effet l'un de l'autre, ou lorsqu'ils se sont facilités l'un l'autre.» Men zegge niet dat ons stelsel 's regters willekeur in de plaats van zekere voorschriften brengt. Hoe veel woorden zijn er in de taal der regtsgeleerden, waarvan geen juiste bepaling bij de wet gegeven kan worden? Wie heeft nog ooit omschreven welke uitdrukkingen als beleedigend aan te merken zijn? Art. 158 Regtsv. zegt niet wanneer een geding met eene andere zaak verknocht (*connex*) is. Wordt het gemis dier bepaling zeer levendig gevoeld?

II.

Er zijn weinig bepalingen in het Wetb. van Strafv., die tot cassatie van zoo veel vonnissen en arresten geleid hebben als de voorschriften waarover wij handelen. De naauwkeurige kennis en overweging er van is daarom van groot gewigt voor allen, die tot bedeeing van het strafregt medewerken.

Art. 129 Strafv. zegt dat, in geval de aan het Hof gelijktijdig overgelegde stukken betrekkelijk zijn tot samenhangende misdrijven, het Hof over deze alle bij een en hetzelfde arrest uitspraak doet. Het is een voorschrift uit den aard der dingen en uit de natuur van het strafregt geboren. De waarneming van hetgeen wordt en bestaat leert ons dat, zal men tot eene juiste kennis der zaken geraken, oorzaak en gevolgen, middel en doel niet mogen gescheiden worden. De ondervinding van het dagelijksch en van het staatkundig leven toont ons aan, dat het onmogelijk is ieders aandeel aan handelingen, door meerderen vereenigd of ten gevolge van onderling overleg gepleegd, met juistheid te waarderen, zonder het gebeurde in onderling verband te beschouwen. Voor het oog van hem, die, hetgeen één is, splitst of die verzuimt het resultaat te beschouwen, in verband tot de middelen, die tot verkrijging er van gediend hebben, zal de toestand zich nooit in het ware licht vertoonen. Ontdekking der waarheid is het doel van het onderzoek in strafzaken; een onderzoek, welks instelling en vormen de vrucht zijn van een stelsel op de ervaring gegrond, door de wetenschap gevormd en door de staatkunde naar de behoeften van het volk ontvouwd. Zou het geen wonder zijn, zoo het een voorschrift miste, door ervaring wetenschap en staatkunde evenzeer aanbevolen?

Het art., dat wij zoo even aanhaalden, is gebiedend ten aanzien van de verpligting, om bij een arrest uitspraak

te doen. Bestaat die verplichting alleen voor het Provinciaal Gerechtshof in Raadkamer vergaderd? Bevat het art., geplaatst in den IVden titel van ons Wetboek enkel een regel, bij de verwijzing der beklagden naar den bevoegden regter in acht te nemen? Of bindt het evenzeer den Hove op de openbare terechtzitting, de Arrondissements-Regtbank en het Kantongerecht? Heeft het ook invloed op de competentie van den regter? Voor de beslissing in beperkten zin pleit de plaatsing van ons voorschrift. Brengt men het echter in verband met andere bepalingen van ons Wetb. van Strafv., men zal niet aarzelen de ruimere opvatting aan te nemen. Overeenkomstig het arrest van verwijzing wordt de akte van beschuldiging opgemaakt. Naar aanleiding van deze, geschiedt het openbaar onderzoek. Latere voeging of splitsing mag niet geschieden dan in de gevallen, voorzien bij art. 164 en 165 Strafv., luidende: «Wanneer er wegens hetzelfde misdrijf onderscheiden akten van beschuldiging zijn gemaakt, zal de Procureur-Generaal mogen vorderen, dat die zaken gemeenschappelijk en gelijktijdig worden behandeld en het Hof zal dit zelfs ambtshalve mogen bevelen» en: «wanneer de akte van beschuldiging verscheiden *niet met elkander zamenhangende misdrijven* behelst, zal de Procureur-Generaal mogen vorderen, dat de beschuldigde voor alsnog slechts worde te regt gesteld over een of eenige van die misdrijven, en het Hof zal dit ook ambtshalve mogen bevelen.» Splitsing is dus alleen geoorloofd bij gemis van connexiteit. Zij die van zamenhangende misdrijven beschuldigd bij een arrest verwezen zijn, moeten te zamen te regt gesteld worden. Ware het anders, waartoe zou ons voorschrift dienen? Wat baat eenheid van behandeling bij het voorloopig onderzoek in raadkamer, zoo men ze verwaarloost bij het onderzoek op de openbare terechtzitting, waarop toch alleen de eindbeslissing over het lot der beschuldigden gebouwd

wordt? — Geldt onze bepaling voor de openbare terechtzitting van den Hove, zoo moet zij volgens art. 227 Strafv. door de Arrondissements-Regtbank en volgens art. 253 Strafv. door het Kantongerecht in acht genomen worden. Men zegge niet, dat het eerste der aangehaalde artikelen alleen naar de voorschriften van den Vden titel verwijst. De IVde titel, gelijk schier elke afdeeling van het Wetboek, bevat nevens de bijzondere, ook algemeene bepalingen. Kunnen beklaagden, in correctionnele zaken door andere verdedigers bijgestaan worden dan door advocaten en door procureurs, die den graad van meester in het regt bezitten (1)? Dat de voorgestelde verklaring met 's wetgevers bedoeling overeenstemt, blijkt uit de woordschikking van art. 129 en 130 Strafv. zelve. Zij spreken niet van *misdaden*, maar van *misdrijven*. Het blijkt inzonderheid uit den XVden titel van het Wetb. v. Strafv., die, in verband met art. 54 1^o., 65 2^o. en 88 R. O., regeling van regtsgebied voorschrijft, even zoo voor het geval dat een Kantonregter of eene Regtbank, zich de kennisneming aantrekt van eene overtreding of van een wanbedrijf, zamenhangend met eene andere overtreding of met een ander wanbedrijf, bij eenen anderen Kantonregter of bij eene andere Regtbank aanhangig, als voor het geval, dat een Provinciaal Gerechtshof kennis neemt van eene misdaad, zamenhangend met eene andere misdaad, bereids aan het onderzoek van een ander Hof onderworpen. Mogten zamenhangende wanbedrijven en zamenhangende politie-overtredingen afzonderlijk beregt worden, regeling van regtsgebied zou in ons geval onnoodig zijn (2).

Art. 129 en 130 Strafv. houden niet alleen een voorschrift in over de wijze van behandeling van strafzaken,

(1) Art. 160, *Strafv.*

(2) Zie de voorgedragen beginselen, erkend door den Hoogen Raad, bij arr. van 15 April 1851 (*Regtsgel. Bijbl.*, bl. 641).

zij regelen ook de regterlijke bevoegdheid. Wanbedrijven, met eene misdaad zamenhangend, behooren bij het Provinciaal Gerechtshof, politie-overtredingen met een wanbedrijf verknocht, bij de Arrondissements-Regtbank te huis. Ook breiden onze bepalingen de competentie buiten het regtsgebied uit. Zij maken een regter bevoegd te oordeelen over een feit, gepleegd buiten het grondgebied waarover hij aangesteld werd (1). Men achtte dit niet in strijd met de wet op de regterlijke organisatie. Die wet bevat wel in het algemeen de grondtrekken der regterlijke bevoegdheid, maar deze worden in het Wetb. van Burg. Regtsv. en in dat van Strafv. nader ontvouwd. Of bevat art. 23 Strafv. ook geen uitbreiding van regtsmagt op misdrijven, begaan buiten den kring waarover de regtbanken gesteld zijn? — RAUTER (2) en CARNOT (3) zijn van oordeel, dat connexiteit van overtredingen geen invloed heeft op de competentie van den regter. Hun stelsel is gegrond op de bepaling van art. 126 I. C.: «il y aura lieu à être réglé de juges par la cour de cassation en matière criminelle, correctionnelle ou de police, lorsque des cours, tribunaux ou juges d'instruction ne ressortissant point les uns aux autres, seront saisis du même délit ou de délits connexes ou de la même contravention.» Ik zou met DALLOZ (4) het voorschrift verklaren uit art. 540, 2de alinea: «lorsque deux tribunaux de police simple seront saisis de la même contravention ou de contraventions connexes, les parties seront réglées de juges par le tribunal etc.» Ik vind er te meer reden toe, wanneer ik overweeg, dat de woorden in art. 526 I. C. niet zeer

(1) Dit beginsel werd stilzwijgend erkend door den Hoogen Raad, bij arr. van 12 April 1842 (*Weekblad*, n°. 308).

(2) t. a. p., n°. 708.

(3) t. a. p., op art. 526, I. C.

(4) *Répertoire* op het woord *Compétence Criminelle*.

gelukkig gekozen zijn. Het art. spreekt van *délits* en van *contraventions*. *Délit* in ruimen zin duidt elk misdrijf aan; in engen zin beteekent het een feit met boetstraffen bedreigd. In den ruimen zin kan onze uitdrukking hier niet gebezigd zijn. Dit blijkt uit de tegenstelling van *contravention*. Dus moet zij in de beperkte beteekenis van wanbedrijf opgevat worden. Maar dan houdt het art. geen voorschrift in voor zamenhangende *misdaden*. Dat het echter de bedoeling was ook voor deze een regel te schrijven, blijkt uit de woorden *en matière criminelle*. Zoo er echter bij de Franschen al grond tot twijfel bestond, bij ons is dit het geval niet. Art. 337 Strafv. ziet evenzeer op zamenhangende overtredingen, als op zamenhangende wanbedrijven en misdaden. — Wat zal men zeggen van beklaagden van misdrijven, verknocht met misdrijven wier daders volgens de Grondwet en volgens de wet op de regterlijke organisatie een forum privilegiatum hebben. Art. 269 Strafv. gebiedt de medepligtigen der ambtenaren, waarvan in den achtsten titel van het Wetb. v. Strafv. gehandeld wordt, op dezelfde wijze en voor denzelfden regter als deze te regt te stellen. Hieruit zou men kunnen besluiten, dat de bijzondere regtsmagt zich tot de medepligtigen bepaalt. Het zou eene verkeerde gevolgtrekking zijn. Volgens art. 257 Strafv. moeten de algemeene bepalingen van ons Wetb. nopens de vervolging, instructie en beregting der misdrijven, ook bij het behandelen van aanklagten tegen regterlijke ambtenaren, in acht genomen worden. Het algemeen voorschrift van art. 129 en 130 Strafv. geldt ook hier. Art. 269 Strafv. bevat eene doellooze bepaling, eerder geschikt om den regter op het dwaalspoor te brengen, dan om hem licht te geven. Iets moeilijker schijnt de vraag te beantwoorden ten aanzien van personen, die voor den Hoogen Raad te regt staan. Art. 336 Strafv. bevat een gelijksoortig voorschrift als het

aangehaald art. 269, terwijl men in den XIVden titel geene zoo duidelijke bepaling aantreft als bij art. 257 Strafv. gegeven is. Uit de artt. 326 tot en met 333, zoowel als uit den samenhang van den titel, blijkt echter kennelijk, dat de algemeene regelen der procesorde in strafzaken ook hier toepasselijk zijn. — Buiten de vermelde hebben wij geene andere exceptionnele regtsmagt dan de Militaire- en de Rijnvaart-regters. Hare verhouding tot de gewone regtsmagt bij vragen als de gestelde is bij het Wetb. v. Strafv. niet geregeld. Men pleegt hier te wijzen op art. 14 van het Crimineel Wetb. voor het krijgsvolk te lande, luidende: «ook zal de Militaire regter niet erkennen of regt spreken over zoodanige militairen en ambtenaren, die gemeenschappelijk een commun delict gepleegd hebben met andere personen, welke te regt staan voor den Burgerlijken regter, of in dat delict zijn betrokken; maar zullen alsdan dusdanige militairen en ambtenaren, uit hoofde der connexiteit aan den Burgerlijken regter overgegeven, of ter judicature overgelaten worden.» Of men veilig aan kan nemen, dat deze bepaling krijgslieden, die een misdrijf plegen, dat verknocht is met een misdrijf door burgers begaan, voor den gewonen regter gebragt wil hebben, mag betwijfeld worden. Het art. spreekt alleen van militairen, die gemeenschappelijk met anderen een commun delict begaan hebben of daarin betrokken zijn. Het handelt over mededaders en medepligtigen. Zoo aan het slot der bepaling van connexiteit gewaagd wordt, is het niet om uitbreiding aan het eerste deel te geven. «Dusdanige militairen,» dat zijn de mededaders en medepligtigen, «zullen uit hoofde der connexiteit aan den Burgerlijken regter overgegeven worden.» Connexiteit wordt hier gezegd van den band, die tusschen de schuldigen aan hetzelfde misdrijf bestaat. Dat de uitdrukking dus gebezigd werd, schijne niet vreemd. Vaak vindt men bij schrijvers van

den eersten stempel, b. v. bij MERLIN van connexiteit gesproken; terwijl inderdaad alleen reden is van den band, die tusschen mededaders en medepligtigen bestaat. De Hooge Raad (1) kleeft te dezen aanzien een ander gevoelen aan. Hij motiveerde zijne uitspraak onder andere door de overweging, dat bij twijfel over den zin der bepaling, die uitlegging het meest aannemelijk is, welke aan de gewone burgerlijke regtspraak boven de exceptionnele militaire jurisdictie de voorkeur geeft en tevens het natuurlijk en noodzakelijk verband tusschen zamenhangende misdrijven eerbiedigt. Ik geef de juistheid der redenering volkomen toe, wanneer men het aangehaald art. van dubbelzinnige beteekenis acht. Maar ik zie niet in hoe onder de personen, die gemeenschappelijk een delict gepleegd hebben of in dat delict betrokken zijn, de daders van zamenhangende, doch verschillende misdrijven, begrepen kunnen zijn. Is deze beschouwing juist, geen verwijzing naar wetenschappelijke gronden zal ons baten. De uitlegger spoort uit de geschiedenis en den zamenhang des regts den geest eener bepaling op. De bedoeling des wetgevers wordt in het licht gesteld door de uitdrukkingen, die hij elders bezigde om zijn wil te verklaren. Maar hier wordt meer van ons gevraagd. Men verlangt uitbreiding van regtsmagt, zonder er een grond voor te hebben, in de gevoelens door den wetgever geopenbaard. — Neemt men de ontvouwde beginselen aan, geschillen over de afdoening van gewone misdrijven, zamenhangende met overtredingen aan de kennisneming der Rijnvaart-regters onderworpen, zullen niet moeilijk te beslechten zijn. Ik ken geen bepaling, die in ons geval aan den gewonen regter de behandeling opdraagt van zaken, die anders aan zijne regtsmagt onttrokken zijn.

(1) Arr. van 1 Junij 1843 (*Wkbl.* n°. 514.)

Boven meen ik aangetoond hebben, dat de regel *judicem competentem ex incompetenti facit continentia causae* in ons Weth. van Strafv. opgenomen is. Is dit zoo, dan is eene politie-overtreding en een niet appellabel wanbedrijf als zamenhangend met een appellabel wanbedrijf door eene Arrondissements-Regtbank beregt, vatbaar om in hooger beroep onderzocht te worden, gelijk reeds te regt door DE BOSCH KEMPER (1) opgemerkt en breedvoerig ontvouwd werd door den tegenwoordigen Procureur-Generaal bij den Hoogen Raad (2). De Raad neemt een ander stelsel aan, zich beroepende op art. 233 Strafv. en op de bepalingen van de wet op de Regterlijke Organisatie, die de bevoegdheid der regterlijke lichamen regelen. Art. 233 Strafv. zegt: «indien zij (de Regtbank) bevindt, dat het feit slechts eene politie-overtreding is en de beklagde niet vooraf op dien grond de verwijzing naar het Kantongeregts heeft gevorderd, spreekt zij de politiestraf uit en kan De beklagde kan tegen het vonnis van veroordeeling niet in hooger beroep komen.» De slot-alinea van het art. werd geoordeeld den beklagde ook bij zamenhangende misdrijven het regt op hooger beroep te ontzeggen. Of het consequent is van een collegie, dat de artt. 129 en 130 Strafv. ook in correctionnele zaken toepasselijk acht, betwijfel ik. Ziet het aangehaald artt. ook op gevallen als het onze, zoo kan de verwijzing naar het Kantongeregts gevorderd worden en is de gelijktijdige beregting van zamenhangende wanbedrijven en politie-overtredingen geenszins verplichtend, maar hangt deze geheel af van het goedvinden des beklagden; eene gevolgtrekking, die voldoende is om de onjuistheid der bestreden stelling te doen uitkomen. «Incivile est nisi tota lege respecta de una aliquave parte ejus judicare,» is een regel die nimmer mag miskend worden. De oningewijde pleegt alleen te letten op de bepaling, die hij voor zich heeft.

De regtsgeleerde beschouwt de deelen der wet in onderling verband. Die het doet, zal ontwaren, dat ook de algemeene voorschriften der wet op de Regterlijke Organisatie ons geenszins schaden. Die algemeene voorschriften zijn in het Wetb. v. Burg. Regtsv. en in dat v. Strafv. nader ontvouwd. Onze artikelen zelve leveren er het bewijs van. Of zou anders in correctionnele gedingen de beklagde van eene instantie beroofd mogen worden en het Provinciaal Gerechtshof in de plaats der regtbank treden? Of hoe zou de Regtbank beslissen over gedingen, blijkens art. 44 R. O. aan de kennisneming van den Kantonregter onderworpen? Of behoort, volgens de wet op de R. O., aanklagt tegen Kantonregters wegens politie-overtredingen, met gevangenisstraf bedreigd, bij het Provinciaal Gerechtshof te huis (1)? Ook de ratio legis gebiedt onze verklaring aan te nemen. Men verlangt eenheid van beregting van samenhangende misdrijven. Door het eene gedeelte van een vonnis vatbaar te maken voor hooger beroep, het ander voor beroep in cassatie, wordt de gewenschte eenheid verbroken en ons voorschrift van werking beroofd. Bovendien leidt de bestreden leer tot schier onoverkomelijke bezwaren. Stel dat Regter en Openbaar Ministerie verschillen over de vraag, of het wanbedrijf en de politie-overtreding samenhangend zijn. De Regter doet het een af, verwijst het ander naar den Kantonregter. Er volgt partieel appel, partieel beroep in cassatie. Zullen de zaken, wier onderzoek reeds nu gesplitst is, ooit weder vereenigd worden? Bovendien maakt de bestreden leer de naleving der voorschriften van het Wetb. van Strafv. onmogelijk. Art. 244 verpligt den griffier van het collegie, dat in eersten aanleg oordeelde, binnen drie dagen, na de aanteekening van het hooger beroep, de stukken van het geding ter griffie

(1) Men vergelijkte art. 65, 3^o, R. O; 266, 267 *Strafv. Themis*, D. III, 3de St. [1856].

van het Provinciaal Gerechtshof over te maken. Art. 396 gebiedt hem binnen dertien dagen, na de aanteekening van de voorziening in cassatie, al de stukken van het geding aan den Griffier van den Hoogen Raad in te zenden. Zeg niet dat het dossier gesplitst kan worden. Er zijn immers altijd stukken, die tot elk der punten van aanklagt betrekking hebben, b. v. het oorspronkelijk proces-verbaal, dat van het ter terechtzitting verhandelde enz. Met de aangehaalde voorschriften staan de bepalingen van art. 245 en 399, omtrent de dagbepaling en de geregelde afdoening der zaken, in onafscheidelijk verband. Bij gebreke van tijdige verzending der stukken kunnen deze ook niet opgevolgd worden. — De Advocaat-Generaal ARNTZENIUS (1) heeft een ander stelsel voorgedragen. De politie-overtreding, met een wanbedrijf aangebragt, zou, volgens hem, appellabel zijn, indien zij bij den Kantonregter, op zich zelve aangebragt, voor onderzoek in hooger beroep vatbaar was; anders niet. Voor deze onderscheiding zie ik geen grond. Is het waar, dat de samenhang der zaken eenheid van beregting vordert, en gelden de artt. 129 en 130 Strafv. ook voor politie-overtredingen, zoo kan het geen verschil maken van welken aard de met het wanbedrijf verknochte overtreding is. De onderscheiding van den Advocaat-Generaal schijnt mij én buiten de wet én in strijd met den aard der zaak.

Wanneer de aan het hof *gelijktijdig* overgelegde stukken betrekkelijk zijn tot zamenhangende misdrijven, zal het hof bij een arrest uitspraak doen, zegt art. 129 Strafv. Wat is *gelijktijdig*? Bij hetzelfde verslag (2)? Op denzelfden dag? Hecht men hier aan de doode letter; gelijktijdig zou alleen kunnen gezegd worden van

(1) V. D. HONERT, *Strafv.*, VIII., bl. 323, *sqq.*

(2) Art. 125 Strafv.

stukken, op hetzelfde oogenblik overgegeven. Het woordje doelt kennelijk op stukken, aangeboden binnen zoodanig tijdsverloop, dat 's Hof's beslissing over alle bij een arrest gegeven kan worden. Zoo lang de verwijzing in geen der zaken uitgesproken is, zal de voeging behooren plaats te hebben. Zoo zal ook de Regtbank de voeging bevelen van zamenhangende misdrijven, wel op dezelfde zitting, maar bij verschillende dagvaardingen aangebragt. De gelijktijdige beregting, die er het gevolg van is, kan een gewigtigen invloed op de beslissing uitoefenen. De voeging kan getuigen in mede-beschuldigten veranderen, en daardoor te weeg brengen, dat het wettig bewijs voor eene aanklagt vervalt. Onder mede-beschuldigten toch, van het afleggen van getuigenis uitgesloten, worden alleen zij verstaan die in hetzelfde geding nevens elkander te regt staan. Toch geloof ik niet dat in ons geval den regter de bevoegdheid betwist kan worden om te vereenigen wat het openbaar ministerie ten onregte gescheiden had. Wel niet uitdrukkelijk, maar toch implicite vind ik dit erkend door den Hoogen Raad, bij arresten van 13 Mei 1851 (1) en van 13 Febr. 1855 (2). Minder zeker schijnt het of ook de voeging gevraagd kan worden van zaken, tegen verschillende zittingen aangebragt. Onze bepaling, die van *gelijktijdig* overgelegde stukken spreekt, zou kunnen geacht worden eene ontkennende beantwoording der vraag te raden. Toch ben ik genegen eene beslissing in anderen zin te geven. Reeds boven waarschuwde ik tegen eene bekrompen opvatting van onze uitdrukking. Gelijk in Raadkamer de zaak door het requisitoir van het Openbaar Ministerie en de overlegging der stukken aan 's Regters oordeel onderworpen wordt, zoo geschiedt dit

(1) V. D. HONERT, *Strafr.* 1851, I, bl. 253.

(2) V. D. HONERT, *Strafr.* 1855, I, bl. 43.

in correctionnele zaken door de dagvaarding. Wanneer samenhangende misdrijven bij dagvaarding, zij het ook tegen verschillende teregtzittingen, aangebragt zijn, schijnt de gelijktijdige beregting er van gevorderd te kunnen worden.

Zal ook de regter verplicht zijn ambtshalve de voeging te bevelen, zoodat op het verzuimen er van, nog in cassatie gewezen en uit dien hoofde de vernietiging van het vonnis of arrest geischt zou kunnen worden? Er bestaat grond tot cassatie :

1°. wegens schending van de vormen op straffe van nietigheid voorgeschreven;

2°. wegens verkeerde toepassing of schending der wet;

3°. wegens overschrijding van regtsmagt;

4°. wegens verzuim of weigering van te beslissen op vorderingen van het Openbaar Ministerie of van den beklagde.

Onze voorschriften raken den vorm van de behandeling der gedingen. Schending er van is nergens met nietigheid bedreigd. Uit dien hoofde zou men genegen zijn tot afwijzing van het beroep in cassatie te adviseren. Intusschen heeft de wetenschap en de regtspleging de wet dus verklaard, dat ook miskennis van voorschriften, betreffende den vorm van beregting tot cassatie kan leiden, al is de nietigheid niet uitdrukkelijk bedreigd, wanneer de geschonden bepalingen van openbare orde zijn, of de nietigheid in den aard der zaak gelegen is. Zoo is dit b. v. het geval met al hetgeen de vrije verdediging (1), of de gelijktijdige beregting van onderscheidene niet-zamenhangende misdrijven betreft (2). Het woord «openbare orde» heeft meer dan eene beteekenis. Afwijkend van den zin, dien de uitdrukking in het staats-

(1) Hooge Raad 19 Jan, 1841 (v. D. HONERT, *Strafr.* V, bl. 35).

(2) Zie de arresten aangehaald, op bl. 414, 2°.

regt heeft, duidt zij in het burgerlijk regt niets anders aan dan algemeen belang. Schoon de voorschriften van de strafvordering onderdeel van het staatsregt zijn, schijnt onze uitdrukking hier dezelfde beteekenis te hebben als in het burgerlijk regt. Er zijn bepalingen in het belang der beklaagden geschreven, waarvan deze kunnen afzien. Er zijn andere bepalingen, gegeven in het algemeen belang, welker opvolging verpligtend is. Onder welk soort behooren de art. 129 en 130 Strafv.? Over de beslissing dezer vraag acht ik verschil van gevoelen zeer ligt mogelijk. Wanneer het Openbaar Ministerie, waaraan de handhaving van de regten der maatschappij inzonderheid toevertrouwd is, en de beklaagde in eersten aanleg en in hooger beroep met de afzonderlijke beregting van onderscheiden zamenhangende misdrijven genoegen namen, kan men vragen of het algemeen belang nog vernietiging van het gehouden onderzoek eischt? Volgens het oordeel van den Hoogen Raad (1), kan men zich over de beregting van zamenhangende misdrijven door verschillende regterlijke lichamen niet meer bezwaren, wanneer men verzuimd heeft bij den aanvang van het geding regeling van regtsgebied te vragen. Zou berusting in een afzonderlijk onderzoek der zaken bij hetzelfde collegie, niet dezelfde gevolgen hebben? De *ratio legis* is voor beide gelijk. Tegen de hier ontvouwde meening kan men aanvoeren, dat de wetgever ons voorschrijft noodzakelijk achtte tot ontdekking der waarheid. Dezelfde grond, die er bestaat, om hoofddaders en medepligtigen voor denzelfden regter te brengen, geldt voor de gelijktijdige behandeling van zamenhangende misdrijven. «L'intérêt public et l'intérêt particulier de chaque accusé ont également consacré cette maxime inviolable que tous les accusés d'un même délit doivent être jugés par le même

(1) Arrest 12 April 1842 (*Weekblad*, n^o. 308).

tribunal,» zeide de Fransche wetgever in den aanhef der wet van 24 Messidor IV jaar. Dat beginsel geldt evenzeer voor gevallen als de onze, en de Code d'Instruction Criminelle zoowel als ons Wetb. van Strafv., willen het evenmin geschonden zien als de aangehaalde wet, al hebben zij het niet in zoo duidelijke bewoordingen uitgedrukt. Het sedert door den Hoogen Raad aangenomen stelsel omtrent gelijktijdige beregting van niet zamenhangende misdrijven, doet thans eene beslissing in den laatst ontvouwden zin verwachten. Men zegge niet dat wij hier spreken van een geval, dat niet kan voorkomen, omdat onder omstandigheden als de gestelde, het bestaan van zamenhangende misdrijven uit het geding nimmer zal blijken. Dat het zelden gebeuren zal, geef ik gaarne toe, dat het onmogelijk is, niet. Stel dat bij vervolging wegens rebellie, gepleegd ter gelegenheid van een ander wanbedrijf en vervolging van dit, uit de vonnissen zelf — hetgeen ligt kan geschieden — van de afzonderlijke behandeling der beide misdrijven bleek, en dat tegen beide eindbeslissingen eene voorziening in cassatie beproefd werd.

Het aanbrengen van zamenhangende misdrijven bij verschillende aanklagten geeft alleen grond om de voeging, geenszins om de niet-ontvankelijk-verklaring van het Openbaar Ministerie te vragen. Men mag geen fin de non recevoir scheppen buiten de wet. Art. 129 Strafv. vordert ééne beslissing, niet één verslag noch een requisitoir. Door de afzonderlijke aanklagt wordt ook niemand benadeeld, indien de afzonderlijke behandeling voor den aanvang van het onderzoek voorgekomen wordt.

Het artikel, waarover wij handelen, ziet ook alleen op gelijktijdig aangebrachte zaken. Niets belet, na afloop van het onderzoek over een misdrijf, een ander misdrijf, schoon verknocht met het eerste, afzonderlijk te vervolgen. Ware het anders, men zou aan later ontdekte schuldigen straffeloosheid verzekeren. Te regt zeiden

de openbare aanklagers bij het Hoog Geregts-hof te Vendôme «que le principe de l'indivisibilité n'a lieu et que sa nécessité ne se fait sentir que lorsque plusieurs accusés sont en même temps en jugement (1).»

Is de beslissing over het al of niet bestaan van be-
weerde connexiteit eene beschikking van instructie, pas
na het eindvonnis voor hooger beroep en voor beroep in
cassatie vatbaar? Of is het eene beschikking, die aan
partijen een onherstelbaar nadeel toebrengt en waarte-
gen men zijne bezwaren dadelijk kan doen gelden?
Den 25 Januarij 1848 (2) heeft de Hooge Raad regt
gedaan op eene voorziening in cassatie, ingesteld tegen
een arrest, de splitsing der zaken bevelende, te gelijk met
het eind-arrest. De Raad heeft daardoor uitgemaakt, dat
's Regters beslissing te dezen aanzien als eene beschik-
king van instructie moet aangemerkt worden. Anders
zou in dat geval de requirant niet-ontvankelijk geweest
zijn. De aantekening van het beroep tegen het eerste
arrest was niet binnen den voorgeschreven termijn ge-
schied. Hetzelfde beginsel is ook aangenomen bij arrest
van 23 Dec. 1851 (3). Het Hof van Gelderland (4) heeft
daarentegen het hooger beroep tegen een vonnis, waarbij
de splitsing der aanklagt bevolen werd, dadelijk ont-
vankelijk geacht. Ik vereenig mij met het gevoelen van
den Hoogen Raad. Het geldt hier beslissingen omtrent
de regeling van het onderzoek. Zij kunnen in geen ge-
val eindvonnissen zijn. Anders zou het wezen, indien
de vraag over de connexiteit tevens een geschil over
's Regters bevoegdheid bevatte en de beslissing eene
exceptie van incompetentie verwierp of aannam.

(1) MERLIN, *Répertoire* op het woord *connexité*, § 2.

(2) V. D. HONERT, *Strafr.* 1848, I, bl. 59.

(3) V. D. HONERT, *Strafr.* 1851, II, bl. 274.

(4) Arrest van 28 Sept. 1841 (*Regtsgel. Bijbl.*, IV, bl. 290).

Moet de hoogere regter, wanneer hij met den lagere over de al of niet gelijktijdige beregting verschilt, de zaak zelf afdoen, dan wel ze terug wijzen? In eersten zin besliste de Hooge Raad bij arrest van 25 Jan. 1848 (1), anders bij arrest van 26 Aug. 1853 (2). Ik geef aan de eerste regtspraak boven de laatste de voorkeur. Art. 248 Strafv. zegt: «in geval het vonnis wordt te niet gedaan wegens verzuim of schending van de vormen, welke bij de wet op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven, zal het Hof de zaak zelf afdoen.» De voorschriften omtrent de regeling der procesorde raken den vorm van het onderzoek. Tegen miskenning er van is nergens uitdrukkelijk nietigheid bedreigd, maar men vindt die in den samenhang van het Wetb. van Strafv. Of nu de naleving uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend op straffe van nietigheid geboden is, kan geen verschil maken. Uit dien hoofde is het aangehaald art. allezins toepasselijk op ons geval. Bij vernietiging van arresten of vonnissen wegens gelijktijdige beregting van niet zamenhangende misdrijven werd ook steeds, volgens art. 106 R. O., over de verdere afdoening der zaken beschikt. Te regt. Het zou anders niet wel mogelijk zijn de gedingen ten einde te brengen. Maar de beslissing behoort in beide gevallen gelijk te wezen. Zoo handelingen, als de onze, tot de vormen behooren, over wier schending art. 106 R. O., handelt, is er geen reden om ten aanzien van art. 248 Strafv. anders te oordeelen. Men voert hiertegen aan, dat de onregelmatige instructie als het ware geacht moet worden niet te bestaan en de beklagde dus van eene instantie beroofd zou worden. Kon men vergeten dat dit altijd geschiedt wanneer in eersten aanleg een verzuim gepleegd

(1) V. D. HONERT, *Strafr.* 1848, I, bl. 59.

(2) V. D. HONERT, *Strafr.* 1853, II, bl. 24).

is, op straffe van nietigheid voorgeschreven? Ook dan wordt het onderzoek tegen den beklagde slechts eens regelmatig gevoerd. Toch heeft de wetgever eene eindbeslissing van den hoogerren regter verlangd. Terugwijzing behoort alleen te geschieden, wanneer de zaak in het geheel niet onderzocht is. Stel b. v. dat het openbaar ministerie ten onregte niet ontvankelijk of de dagvaarding verkeerdelijk nietig verklaard is.

III.

Is het verboden misdrijven, die niet zamenhangend zijn, bij een vonnis af te doen? De Fransche regterlijke lichamen (1) en de Advocaat-Generaal DEKETH (2) antwoordden ontkennend, de Hooge Raad (3) toestemmend bij een zoo groot aantal arresten, dat de jurisprudentie als gevestigd beschouwd moet worden. 's Raads motieven waren, dat de wetgever bij het vaststellen van het Wetb. van Strafv. blijkbaar eene afzonderlijke vervolging van onderscheiden misdrijven bedoeld had, gelijk voldoende aangetoond wordt door art. 129 Strafv., hetwelk op dit

(1) DALLOZ l. a. p. n^o. 214.

(2) V. D. HONERT, *Strafr.* XI, bl. 1 *sqq.*

(3) 26 Nov. 1844 (v. D. HONERT, *Strafr.* XI, bl. 1); 8 Oct. 1845 (v. D. HONERT, *Strafr.* XI, bl. 30); 21 Jan. 1845 (v. D. HONERT, *Strafr.* XII, bl. 36); 13 Jan. 1846 (v. D. HONERT, *Strafr.* 1846, I, bl. 54); 9 Oct. 1849 (v. D. HONERT, *Strafr.* 1849, II, bl. 159); 27 Nov. 1849 (v. D. HONERT, *Strafr.* 1849, II, bl. 279); 5 Maart 1850 (v. D. HONERT, *Strafr.* 1850, I, bl. 121); 13 Febr. 1851 (v. D. HONERT, *Strafr.* 1851, I, bl. 83); 13 Mei 1851 (v. D. HONERT, *Strafr.* 1851, I, bl. 253); 27 Mei 1851 (v. D. HONERT, *Strafr.* 1851, I, bl. 307); 1 Maart 1853 (v. D. HONERT, *Jagt en Visscherij*, IV, bl. 75); 8 Maart 1853 (v. D. HONERT, *Jagt en Visscherij*, IV, bl. 85); 31 Jan. 1854 (v. D. HONERT, *Strafr.* 1854, I, bl. 23); 7 Nov. 1854 (v. D. HONERT, 1854, II, bl. 68); 19 Junij 1855 (v. D. HONERT, *Strafr.* 1855, I, bl. 291).

beginsel ten aanzien van zamenhangende misdrijven eene uitzondering bevat. De raad gaf voorts nog als reden op, dat ook nog de bepaling van art. 219 Strafv., betrekkelijk de onafgebroken voortzetting van het regtsgeding, niet zou kunnen nageleefd worden, indien de gelijktijdige behandeling van andere dan van zamenhangende misdrijven toegelaten wierd. Uit dien hoofde werd die eene afwijking geacht van de bestaande regelen der proces-orde, die tot vernietiging van het vonnis en van de onregelmatige instructie moest leiden. De Advocaat-Generaal DEKETH zeide geene wetsbepaling te kennen, die gelijktijdige beregting van niet zamenhangende misdrijven verbood, en kwam dus tot het besluit, dat de wet niet geschonden was. De beslissing van het verschil tusschen den Hoogen Raad en den Advocaat-Generaal zal afhangen van de beantwoording der volgende vragen:

1°. Ligt afzonderlijke beregting van elk misdrijf in den geest van het Wetb. van Strafvordering?

2°. Zoo ja, is cassatie alleen toegelaten wegens schending van een bepaald wets-artikel? Of is zij dit ook wegens miskennis van beginselen, die aan onze wetgeving ten grondslag liggen?

Ik ben genegen de bevoegdheid tot vernietiging van regterlijke beslissingen zeer ruim te nemen. Niet dat ik ooit regtspraak zou willen buiten den verklaarden wil van den maker der wet. Doch er zijn beginselen, die wel niet bepaald zijn uitgedrukt, maar van welke schier elk artikel van het Wetboek de sporen draagt, dat zij den wetgever bij het opteekenen van zijnen wil voor den geest zweefden. Wanneer men door de vergelijking van een aantal bepalingen tot de overtuiging komt dat alle uitvloeisels van eenig denkbeeld zijn, dan acht ik dit even heilig alsof aan de uiting er van een afzonderlijke volzin gewijd was. Indien ik dus in het Wetb. van Strafv. op menige plaats het beginsel erkend zie,

dat afzonderlijke beregting van elk misdrijf een noodzakelijk en onmisbaar bestanddeel van eene goede regtspleging uitmaakt, ik zal niet aarzelen te gelooven, dat de opvolging er van voor den regter verplichtend is. Maar is dat inderdaad geschied? Hier zijn wij bij de weging van de gronden der beide partijen genaderd tot het punt, dat de evenaar moet overslaan. Vestigen wij het oog op de schaal, die de schragen van het stelsel van den Raad bevat. Het beroep op art. 129 Strafv. schijnt weinig afdoende. *Veroorloofde* het art. de gelijktijdige beregting van zamenhangende misdrijven, men zou bij wijze van tegenstelling mogen opmaken, dat zij bij andere misdrijven niet toegelaten is. Maar het artikel *gebiedt* de gelijktijdige behandeling van misdrijven als de bedoelde. Geene andere gevolgtrekking kan hieruit gemaakt worden, dan dat de gezamenlijke behandeling bij andere overtredingen der wet niet verplichtend is. Men vindt daarentegen eene andere bepaling in ons wetboek, die de gelijktijdige beregting van niet zamenhangende misdrijven onderstelt. Art. 165 Strafv. zegt: «wanneer de akte van beschuldiging verscheidene niet met elkander zamenhangende misdrijven behelst, zal de Procureur-Generaal *mogen* vorderen, dat de beschuldigde vooralsnog slechts worde teregt gesteld over een of *eenige* van die misdrijven, en het Hof zal dit ook ambtshalve *mogen* bevelen.» Splitsing bij gemis van zamenhang is dus geoorloofd, niet verplichtend. Het aangehaald art. 219 Strafv. schijnt mij evenmin als art. 129 Strafv. 's Raads beslissing te regtvaardigen. Het doelt op de onafgebroken voortzetting van het geding, niet van ieder punt der aanklagt. Wierd het artikel in dezen zin verklaard, ook misdrijven aan denzelfden persoon te last gelegd, zouden niet gelijktijdig beregt mogen worden, tenzij ze zamenhangend waren, hetgeen de Raad toch allezins geoorloofd rekent. Ook dan zou de behande-

ling van elk afzonderlijk deel der aanklagt niet onafgebroken voortgezet worden. Of zou welligt de Raad beducht zijn geweest voor de zamenvoeging van zoovele misdrijven, dat de afdoening zonder tusschenpoozing onmogelijk werd? IJdele vrees. Wat zou de ambtenaren van het openbaar ministerie tot zulk eene dwaze handeling kunnen bewegen? En, zoo het gebeurde, niets zou den regter verhinderen, ambtshalve de aanklagt te splitsen.

IV.

Welke zijn de resultaten van het gehouden onderzoek, ten aanzien van de wenschelijkheid eener verbetering van ons Wetb. v. Strafv.? De Hoogleeraar DE BOSCH KEMPER, als hij reeds voor jaren zijne stem verhef om op eene herziening van dit gedeelte onzer wetgeving aan te dringen (1), wees onderscheiden wijzigingen aan, die hij in de voorschriften over de zamenhangende misdrijven begeerde gebragt te zien. Ik bepaal mij voor als nog tot het uiten van de hoop op de aanneming van eene meer oordeelkundige uitlegging onzer artikelen. Het Wetb. van Strafv., goed verklaard, schijnt mij hier aan de eischen eener goede regtspleging te voldoen. Mogt echter de bestreden leer steeds heerschend in de regtspleging blijven, dan zou ik mijne zwakke stem bij het krachtige woord van den Amsterdamschen hoogleeraar wenschen te voegen.

(1) *Nederl. Jaarb. v. Regtsgel. en Wetg.* IX, bl. 5, *sqq.*, bl. 439, *sqq.*

ROMEINSCH REGT.

Bijdragen tot de leer van het vadimonium, door
Mr. I. TELTING, Advocaat te Leeuwarden.

I. *Vadimonium legitimum.*

GELLIUS (1) verhaalt ons, dat, toen er bij zekere gelegenheid, naar aanleiding van een vers van ENNIUS, gesproken werd over de beteekenis van het oude woord *proletarius*, men een regtsgeleerde, die zich in het gezelschap bevond, om opheldering hierover gevraagd had, dat deze er zich echter afgemaakt had door te beweren, dat hij zich wel met regts-, maar niet met taalquestien bemoeide, doch toen men daarop aanmerkte, dat dit woord wel degelijk tot het gebied zijner wetenschap behoorde, daar het voorkwam in de wet der twaalf tafelen, geantwoord had: «Ego vero dicere atque interpretari hoc deberem, si jus Faunorum et Aboriginum didicissem. Sed enim cum *proletarii* et *assidui*, et *sanates*, et *vades* et *subvades*, et *vigintiquinque asses*, et *taliones*, *furtorumque quaestiones cum lance et licio* evanuerint, omnisque illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum, lege Aebutia lata, consopita sit: studium scientiamque praestare debeo juris et legum, vocumque earum, quibus utimur.»

Uit deze plaats blijkt vooreerst, dat in de twaalf tafelen onder anderen iets voorkwam over *vades* en *subvades*, en verder dat het daaromtrent bepaalde met vele andere instellingen verouderd was, nadat door de lex Aebutia het formulier-proces in de plaats der legis actiones was getreden (2), en alleen bij de judicia cen-

(1) *Noct. Att.* XVI. 10.

(2) Verg. GAJUS IV § 30.

tumvitalia, waar nog per legis actionem geprocedeerd werd (3), in gebruik was gebleven (4).

Omtrent den waren toestand van het voorschrift der decemvirale wetgeving geeft GELLIUS geen licht. Men zal hier dus door gissing aan die onzekerheid moeten te hulp komen. Doch laten wij vooraf nagaan wat al door vroegere en latere schrijvers over het *vadimonium* der twaalf tafelen gedacht is.

JAC. GOTHOFREDUS (5) plaatst in de eerste tafel, welke hij het opschrift geeft *de in jus vocando*, de voorschriften, die op de in jus vocatio betrekking hadden, voorts datgene, wat den gedaagde bevrijden kon van de verplichting om onmiddellijk te volgen, namelijk dading en het stellen van een' vindex, en eindelijk de behandeling der zaak in jure voor den praetor. In de tweede tafel, onder het opschrift *de judiciis et de furtis*, behandelt hij het regtsgeding in iudicio, en plaatst daar aan het hoofd de woorden *vades, subvades*, waarvan hij deze omschrijving geeft: «Judicio constituto, iudiceque adito

(3) Verg. behalve de aangehaalde plaats van GELLIUS nog GAJUS IV § 31, 95. VAL. MAX. VII. 7. 2.

(4) Overigens is de opmerking van den jurist bij GELLIUS niet in allen opzichte historiesch juist; immers van de poena talionis en vigintiquinque assium bij injuria, en de bepalingen der twaalf tafelen omtrent het furtum lance et licio conceptum kan geenszins beweerd worden, dat zij te gelijk met de legis actiones, ten gevolge der lex Aebutia, zouden zijn in onbruik geraakt; deze straffen en regtsymbolen stonden in geen het minste verband met het civielproces en de veranderingen, welke daarin plaats grepen; integendeel geloof ik het in onbruik geraken van de talio, de vigintiquinque asses en het furtum conceptum veel eer te moeten toeschrijven aan den invloed van het jus honorarium. Verg. b. v. GAJUS III. § 223sqq. GELL. XX. 1. Ik ga echter niet zoo ver van de geheele opmerking te willen beperken tot den vindex (proletarii et assidui); het is ligt denkbaar dat het oude vadimonium in civiele zaken, dat ik althans vermeen te moeten aannemen, tegelijk met het proces per legis actionem zal zijn verouderd.

(5) Bij OTTO, *Thes. jur. Rom.* Tom. III. p. 27—30.

vades et subvades iudicio sistendi utrimque dantor, iique sistere tenentor.» Vervolgens geeft hij de wettige gronden van verontschuldiging op, in geval partij het gestelde vadimonium geen gestand deed, als *morbis santicus*, *votum*, *absentia reipublicae ergo*, en *status dies cum hoste*. In zijne aantekeningen (6) merkt hij op, dat de eerste wet der tweede tafel, waarin waarschijnlijk gehandeld werd *de iudicio arbitrove a Praetore addicendo, seu dando* en *de iudicio constituendo*, geheel verloren is gegaan, en brengt als grond, waarom hij de bepaling over de *vades* en *subvades* en de wettige gronden van verontschuldiging bij desertum vadimonium als de tweede wet dezer tafel opgeeft, eene plaats van FESTUS in voce *reus* bij: «Numa in secunda tabula, secunda lege: in qua scriptum est. quid horum fuat unum Iudici, Arbitrove, Reove eo die diffensus esto,» in verband met de *l. 2 § 3 D. si quis caut.* (II. 11): «Lex XII Tabularum, si iudex vel alteruter ex litigatoribus morbo santonico impediatur, jubet diem iudicii esse diffisum.» Is het nu waar, dat in de tweede wet der tweede tafel over de wettige gronden van verontschuldiging bij desertum vadimonium gehandeld werd, dan is het waarschijnlijk, dat daaraan eene bepaling over het vadimonium zelf voorafging, en hiermede zou de plaatsing der woorden *vades*, *subvades* voldoende zijn geregvaardigd. Vervolgens geeft hij nog ter bestrijding van CUIACIUS en van hen, die *vas* en *vindex* voor synoniem houden, deze bepaling van het woord *vas*, dat het beteekende: «fidejussor iudicio sisti,» die «ad iudicium vocatum seu reum certo die adfuturum promittebat,» en *subvas* zoude dan volgens hem beteekenen den *vas*, welken de eischer stelde.

De meening van GOTHOFREBUS komt dus hierop neêr: het vadimonium was eene handeling, welke tusschen

(6) ORTO, *Thes.* l. l. p. 161.

partijen na de litiscontestatie plaats had, waarbij zij elkander wederkeerig, door het stellen van vades en subvades, beloofden om voor den judex te verschijnen, en welke alzoo den overgang vormde van de behandeling in jure tot die in judicio. Hij had hierbij alleen het oog op de twaalf tafelen, zonder zich over het vadimonium, zoo als zich dat in het formulierproces door het edict des praetors ontwikkelde, uit te laten.

Onderscheidene gelijktijdige en latere schrijvers (7) maken van het vadimonium der twaalf tafelen geen melding; zij handelen alleen over het vadimonium als stipulatio praetoria; sommigen van hen beschouwen dit dan als eene cautie, welke bij de in jus vocatio gesteld werd, en waardoor de gedaagde zich bevrijdde van de verplichting om onmiddellijk te volgen; anderen meenen dat het eerst na de editio, postulatio en impetratio actionis plaats had, en dat de gedaagde zich daardoor verbond om op den dies perendinus weder in jure te verschijnen. Doch over deze vraag, welke alleen den

(7) RAEYARDUS, *ad leg. XII. tab. lib. sing.* c. 5, Brug. 1563, in ejus op. Francof. 1601. Tom. I. p. 29—31. is niet zeer duidelijk. SIGONIUS, *de jud.* I. 20. in ejus op. Paris. 1576. p. 421. CAR. BRETUS, *de ord. antiq. jud. civ. ap. Rom.* c. 21. Paris. 1604. in A. H. DE SALLENGRE, *nov. thes. antiq. Rom.* Hag. Com. 1718. Tom. II. p. 1105 sq. POLLETUS, *hist. for. Rom.* V. 1. Francof. 1626. HEINECCIUS, *Antiq. Rom. syntagm.* IV. 6 § 19. Onder de lateren ook DUPONT, *Disq. in Comm.* IV. *Inst. Gaji.* L. B. 1822. § 11. Of TIGERSTRÖM, *de jud. ap. Rom.* Berol. 1826. § 5, die het vadimonium, even als GOTHOFREDUS, voor eene cautie houdt, waarbij de gedaagde zich verbond om in judicio te verschijnen, ook onderscheid maakt tusschen den tijd der decemvirale wetgeving en dien van het edict, is mij niet regt duidelijk. Wel onderscheidt hij een' vroegeren en lateren tijd; in den vroegeren tijd had het vadimonium alleen door satisdatio, datis vadibus, plaats, in lateren tijd kon het ook op andere wijzen gesteld worden. Ik geloof dat hij bij het eerste den tijd der oudere schrijvers, bij het laatste dien van GAJUS op het oog heeft.

aard van het praetoriaansch vadimonium betrof, hebben wij ons hier natuurlijk niet uit te laten.

VAN HEES (8) onderscheidt den tijd der twaalf tafelen en de latere regtsontwikkeling door het edict. Hij is van oordeel, dat in de eerste periode het vadimonium in jure gesteld werd, nadat de editio actionis en de tegenspraak van partij had plaats gehad (9), terwijl het latere vadimonium buiten regten geschiedde en den gedaagde bevrijdde van de verplichting om op de in jus vocatio te volgen; dit latere vadimonium zoude zich dan ontwikkeld hebben uit het edict des praetors in jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent. Voor het oudere regt voert hij aan DIONYS. HALICARN. l. X. p. 633 (ed. Sylburg): «dilatatum est iudicium non sine magna contentione asservandusne interim reus esset in vinculis, an dato vadimonio dimittendus, ut pater postulabat. Senatus demum iussit, interpositis mulctae vadibus, reum usque ad iudicii tempus dimittere,» en l. XI. p. 711: «Per hanc legem, ancillae meae filiam abducendam mihi posco, paratus me iudicio submittere. Quodsi quis sibi eam vindicet, idoneos ejus iudicio sistendae vades dabo (10).»

De leer van GOTHOFREDUS wordt bepaald bestreden

(8) *Diss. de iis, quae antiq. ap. Rom. int. litig. ante lit. cont. fiebant.* L. B. 1747. § 43, en in FELLEBERG, *jurisprud. antiq.* Tom. I. p. 491—564. Te onregte wordt hij door GLÜCK, in het straks aan te halen werk § 13. p. 338 op eene lijn gesteld met RAEVARDUS en SIGONIUS. Zie boven noot 7.

(9) Volgens hem had dus het vadimonium na de litiscontestatie plaats, en hij zou het dus met GOTHOFREDUS eens zijn, ten ware hij van oordeel zijn mogt, dat de litiscontestatie eerst in iudicio geschiedde.

(10) Verg. echter aldaar p. 713: «illud tamen aequum censeo, cum duo sint qui puellam sibi vindicent, herus et pater, si ambo adessent, eam penes patrem esse usque ad causae cognitionem: sed quoniam ille abest, herum eam abducere idoneis vadibus sistendae magistratui, ubi pater ejus redierit.»

door VOORDA (11). In het tweede hoofdstuk zijner dissertatie over het vadimonium behandelt hij de vraag wat eigenlijk het vadimonium was en in welken stand van het geding het voorkwam. Hij geeft drie verschillende meeningen daarover op; vooreerst die van GOTHOFREDUS, volgens wien het na de lisiscontestatio plaats had en bestond in eene wederkeerige cautie, waardoor partijen elkander beloofden voor den iudex te zullen verschijnen; de tweede, de meest heerschende, volgens welke het plaats had na de editio, postulatio en impetratio actionis en den gedaagde verbond om op den dies perendinus weder in iure te verschijnen; eindelijk die van POLLETUS, waarmede hij zich vereenigt, die het voor niets anders hield dan de cautio iudicio sisti, welke bij de in ius vocatio gesteld werd en waardoor de gedaagde zich bevrijdde van de verplichting om onmiddellijk te volgen.

Hij bestrijdt die leer op twee gronden. Vooreerst, omdat uit eene plaats van (PSEUDO-) ASCONIUS *ad Cic. in Verr.* I. 9 blijkt dat partijen na de lisiscontestatie elkander niet door eene wederkeerige stipulatio, maar door eene denuntiatio zekerheid gaven van voor den iudex te zullen verschijnen. Ten andere, omdat de eischer bij niet-verschijning na het gestelde vadimonium zijne zaak verloor (*causa cadebat*), de gedaagde in gelijk geval eene missio in possessionem bonorum ondergaan moest; geen van beide straffen van het desertum vadimonium kon na de lisiscontestatie worden toegepast, omdat dan de zaak in staat van wijzen was en bij vonnis van den regter moest worden beslist, alzoo kon ook het vadimonium zelf niet na de lisiscontestatie plaats hebben. De twaalf tafelen bewijzen niets voor GOTHOFREDUS; dit zou een argument zijn, dat hij zich zelf geschapen had; immers de plaats, waar over het vadimo-

(11) *Diss. de vadim.* T. a. R. 1751. c. II § 1. in FELLEBERG, Tom. II. p. 1—63.

nium zou zijn gehandeld, is door hemzelve gerestitueerd. Hij heeft zich laten verleiden door de *l. 2 § 3 D. si quis caut.*, waar ULPIANUS, sprekende over ziekte als een regmatigen grond van verontschuldiging bij desertum vadimonium, melding maakt van de twaalf tafelen. Hij heeft die plaats in dien zin verstaan, dat zoodanige bepaling reeds in de wet der twaalf tafelen zoude zijn voorgekomen en daaruit door ULPIANUS overgenomen, en daar nu volgens die wet de dies iudicii wegens morbus santicus moest worden uitgesteld, meende hij daaruit bij gevolgtrekking te moeten opmaken, dat de wettige gronden van verontschuldiging bij desertum vadimonium eerst te pas kwamen, wanneer iemand niet voor den iudex verscheen, en dat diensvolgens het vadimonium alleen betrekking had op de verschijning in iudicio. Volgens VOORDA daarentegen zou ULPIANUS zich alleen daarom op de twaalf tafelen hebben beroepen, om, door de opmerking, dat ook in deze wetgeving reeds acht geslagen werd op den morbus santicus, aan zijne leer omtrent ziekte als verontschuldigungsgrond meerdere kracht en gezag bij te zetten (12). Dat deze de ware bedoeling was van den jurist, blijkt genoegzaam daaruit, dat de morbus santicus volgens de wet der twaalf tafelen den dies iudicii *ipso jure* verdaagde (13), terwijl ziekte als verontschuldiging bij vadimonium desertum alleen *bij wege van exceptie* kon worden in-

(12) Verg. ook VOORDA l. l. c. IV § 6. Op gelijke wijze wordt deze plaats verstaan door SMALLENBURG, *Adn. s. ad Schulting. not. ad Dig.* ad h. l. Tom. I. p. 299, ZIMMERN, *Rechtsgesch.* III § 112, Not. 2, WETZELL, *der röm. Findicationsproz.* S. 55. fg. en HARTMANN, *Ueb. das Röm. Contumacialverf.* S. 247.

(13) « Morbus. santicus. — status. dies. cum. hoste. — quid. horum. fuit. unum. iudici. arbitrove. reove. dies. diffisus. esto. » GELL XX. 1. CIC. *de off.* I. 12. FESTUS v. *reus*. Verg. DIRKSEN, *Uebers. d. bish. Vers.* u. s. w., S. 725.

geroepen (14). Wanneer alzoo de dies iudicii, waarover in de twaalf tafelen sprake was, dezelfde was als de dag van het vadimonium, dan zou de partij, die wegens ziekte afwezig bleef, ipso jure bevrijd zijn van de straf op het vadimonium desertum gesteld. Die plaats, waar over den morbus santicus gehandeld wordt, had dus niets met het vadimonium te maken, en ten onregte heeft alzoo GOTHOFREDUS aan die uitzonderingen de regel over het stellen van vadimonium laten voorafgaan, eene regel overigens, van wier bestaan geen woord kan worden bewezen, uitgezonderd de woorden bij GELLIUS *vades, subvades*.

VOORDA ontkent alzoo ten eenenmale het bestaan van een civielrechtelijk vadimonium in het oude proces-regt der twaalf tafelen; volgens hem heeft deze regts-handeling zich ontwikkeld uit het edict des praetors (15), en de woorden *vades, subvades* zullen misschien van een vadimonium in criminele zaken moeten worden verstaan. Evenmin billijkt hij de meening van GOTHOFREDUS over den *subvas*; hij houdt dien voor den *vas* van den *vas*, dus voor een achterborg; het valt niet te ontkennen, dat het taaleigen voor deze meening schijnt te pleiten (16).

Glück, die overigens van VOORDA verschilt omtrent den aard van het vadimonium en de plaats, welke het

(14) « Si quis iudicio se sisti promiserit, et valetudine, vel tempestate, vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit, exceptione adjuvatur. » l. 2 § 3 D. *si quis cant.*

(15) Verg. VOORDA, l. l. c. II § 3 en passim. Hij komt ter aangehaalde plaats nog weder terug op de meening van GOTHOFREDUS, en trekt uit de bewering, dat het vadimonium eene stipulatio praetoria was, een nieuw argument tegen dezen, dat evenwel m. i. volstrekt niet opgaat; immers door aan te nemen dat het latere vadimonium zich uit het edict des praetors ontwikkelde, behoeft men nog niet het bestaan van een vadimonium der twaalf tafelen te ontkennen.

(16) l. l. c. I § 3. Verg. ook SCHWEPPE, *Röm. Rechtsgesch.* § 561.

in de procedure innam (17), vereenigt zich met hem in de bestrijding van GOTHOFREDUS en neemt zelfs de woorden van zijn voorganger letterlijk over, met dit eenig onderscheid, dat hij het argument uit de poenae deserti vadimonii in verband met de litiscontestatie achterwege laat (18).

De argumenten door VOORDA en GLÜCK gebezigd, wier kracht wij later bij de behandeling van het praetoriaansch vadimonium zullen onderzoeken, betreffen minder het bestaan van het vadimonium legitimum, dan wel de plaats, die daaraan door GOTHOFREDUS is toegekend. Men kan een vadimonium der twaalf tafelen aannemen en toch verschillen van GOTHOFREDUS omtrent de plaats, die het in de procedure innam; men kan met VOORDA en GLÜCK beweren, dat die handeling onmogelijk na de litiscontestatie kon geschieden, doch behoeft daarom nog niet haar bestaan in twijfel te trekken. Het tweede gedeelte hunner bewijsvoering bestaat in de wederlegging van het argument uit de l. 2 § 3 *D. si quis caut.* getrokken; ik geloof dat dit argument te regt door hen is wederlegd, doch kan mij niet overtuigen, dat daardoor het niet bestaan van een vadimonium legitimum zoude zijn bewezen.

DIRKSEN (19) is het in zooverre met GOTHOFREDUS eens, dat hij ook een vadimonium der twaalf tafelen erkent; hij verschilt evenwel van dezen in de plaatsing der daartoe betrekkelijke bepaling. Hij plaatst die niet, gelijk zijn voorganger, in het begin der tweede, maar aan het eind der eerste tafel, op deze gronden, dat het vadimonium niet den overgang vormde uit het proces *in jure* tot dat *in judicio*, en omdat volgens hem GAJUS

(17) *De vit. p l. rest. in integr.* § 13 in zijne *opusc. jurid. fusc.* II. p. 337—343.

(18) Zie l. l. p. 337 sq. en not. 32.

(19) *Uebers. d. bish. Vers. u. s. w.* S. 123. fg. 133. fg.

IV § 184: «qui autem in jus vocatus fuerit ab adversario, nisi eo die finis venerit negotio, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti,» niet onduidelijk te kennen geeft, dat deze bepaling zamenhing met het negende fragment der eerste tafel: «Sol. occasus. suprema. tempestas. esto.» Hij is namelijk van oordeel, dat GAJUS l. l. de bepalingen der twaalf tafelen op het oog had, en de tegenwerping, dat de slotwoorden bij GAJUS § 185: «eaeque singula diligenter Praetoris edicto significantur,» hiermede strijden zouden, kan volgens hem daardoor worden ontzenuwd, dat men die woorden van de bijzondere regtsvragen opvat, welke op den vorm van het vadimonium betrekking hadden. Ik kan niet ontkennen, dat deze vinding mij minder natuurlijk voorkomt en zou liever de woorden van onzen jurist, zoowel wegens hun duidelijken zin, als wegens den zamenhang, waarin dit onderwerp bij hem behandeld wordt, alleen van het praetoriaansch vadimonium willen verstaan.

HUGO (20) vereenigt zich geheel met GOTHOFREDUS. Overigens geeft hij zijne bevreemding te kennen, dat het vadimonium der twaalf tafelen zoo vroeg verouderd is.

Hetgeen reeds door GOTHOFREDUS, VAN HEES, DIRKSEN en HUGO als in 't voorbijgaan was aangeduid, wordt door ZENGER (21) bepaald in het licht gesteld. Men was vroeger altijd eenzijdig te werk gegaan, door alleen over een praetoriaansch vadimonium te handelen. Hij neemt twee verschillende vadimonia aan; het eene noemt hij legitimum, ingesteld bij de decemvirale wetgeving, het andere praetorium, een uitvloeisel van het edict. Over beide wordt afzonderlijk in zijn geschrift behandeld. Wij hebben hier natuurlijk alleen met het eerste te doen.

(20) *Lehrb. d. Gesch. d. Röm. Rechts.* 10^e Aufl. Berlin 1826, S. 307 fg.

(21) *Ueber das Vadim. d. Röm.* Landshut. 1826, § 4—7.

In de afdeeling dan, welke het vadimonium legitimum tot onderwerp heeft, brengt hij het narigt bij GELLIUS XVI. 10, waarmede wij onze onderzoeking openden, in verbinding met eene plaats van VARRO, *de ling. lat.* V. p. 42 (ed. GOTHFR.): « Vas appellatur, qui pro altero vadimonium promittebat. Consuetudo erat, cum reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alterum daret. » Door deze plaats wordt het narigt van GELLIUS versterkt, dat het vadimonium legitimum reeds vroeg in onbruik is geraakt.

Vervolgens maakt hij gebruik van MACROBIUS, *Saturn.* l. 16, in verband met (PSEUDO-) ASCONIUS, *in Verr.* II, 1, 9, FESTUS, in *v. res*, en GAJUS IV § 15, om daaruit nader den aard van het vadimonium legitimum te ontwikkelen. MACROBIUS l. l. geeft de volgende verklaring van de comperendini dies, die volgens hem tot de profesti behoorden: « Comperendini, quibus vadimonium licet dicere. » Die plaats wordt onjuist opgegeven bij SIGONIUS (22), en, in navolging van dezen, bij HEINECCIUS (23), en door die onjuiste opgave trekken zij daaruit een valsch besluit. Zij hebben: « Comperendini dies fuerunt, quibus vadimonia dicere et judicia addicere licebat. » Dan zouden op dien dag de vadimonia vervuld, en tevens de judicia geconstitueerd zijn. Dit laatste evenwel is bepaald onwaar, daar bewezen kan worden dat het addicere judicia niet op, maar tegen den dies comperendinus plaats had. Dit blijkt uit ASCONIUS l. l.: « Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denunciatio in perendinum diem; namque cum in rem aliquam agerent litigatores, et poena se sacramenti peterent, posebant judicem, qui dabatur post trigesimum diem, quo dato deinde inter se in perendinum diem, ut ad iudicium venirent, denunciabant, »

(22) *De judic.* l. 21.

(23) *Ant. Rom. Synt.* IV. 6 § 21.

FESTUS: « Res comperendinata significat iudicium in diem tertium constitutum, » en vooral uit GAJUS l. l.: « Postea tamen, quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant. » De ware zin van MACROBIUS is alzoo deze: op den dies perendinus, tegen welchen het iudicium geconstitueerd was, mogt men vadimonium dicere, waarschijnlijk ad vadimonium dicere, het vervullen (24). Het vadimonium werd dus gesteld tegen den derden dag, waarop de verschijning *in iudicio* plaats moest hebben.

In allen gevalle blijkt uit de plaats van MACROBIUS, in verband met GAJUS en ASCONIUS, de samenhang van het oude vadimonium met den dies perendinus en de sacramenti actio. Juist daarom was zijn eigenaardig doel de verschijning voor den iudex, en daarmede stemt zeer goed overeen, dat, volgens VARRO, de vas eerst incepteis rebus gegeven werd, dus niet reeds bij de in jus vocatio.

Uit dit alles wordt het zeer waarschijnlijk, dat er in de twaalf tafelen over het vadimonium sprake was, te meer daar reeds ten tijde van VARRO de vas niet meer in zijne oorspronkelijke hoedanigheid voorkwam, een natuurlijk gevolg van het te niet gaan der legis actiones, waarmede deze handeling samenhang.

Dit vadimonium had waarschijnlijk alleen betrekking tot de sacramenti actio; partijen gaven elkander wederkeerig zekerheid, dat zij voor den iudex zouden verschijnen, en zoo was dan ook het vadimonium, even als alle andere handelingen van partijen bij de sacra-

(24) In de verklaring van het *dicere vadimonia* stemt dus ZENGER overeen met SIGONIUS en HEINECCIUS. Die verklaring was ook aangenomen door VOORDA l. l. c. I § 5. Ik geloof *dicere vadimonia* niet anders te kunnen verstaan, dan van het *stellen* van vadimonium; in dien zin is het woord *dicere* volkomen juist, immers het vadimonium was eene stipulatio en geschiedde dus door het uitspreken van bepaalde woorden.

menti actio, wederkeerig. Daarom heeft GOTHOFREDUS misschien niet zoo geheel ten onregte den subvas als vas van den eischer beschouwd.

De verontschuldigungsgronden bij desertum vadimonium werkten hier ipso jure; eene eigenaardigheid van het oudere regt, dat geene exceptien kende (25). Men vindt hiervan twee duidelijke sporen, vooreerst in *l. 6 D. si quis caut.* (Gaj. lib. 1 ad leg. 12 Tabul.): «Si is, qui fidejussorem dedit, ideo non steterit, quod reipublicae causa abfuit: iniquum est fidejussorem obligatum esse, cum ipsi liberum esset, se non sistere.» Hier bestond dus geene obligatio, terwijl het praetoriaansch regt wel eene obligatio erkende, doch welke door eene exceptie hare werking verloor. Ten anderen gaf de morbus soniticus, die niet bij de in jus vocatio, maar op eene andere plaats der twaalf tafelen (26), namelijk bij de verschijning in judicio, voorkwam, grond tot uitstel van den dies judicii, gelijk blijkt uit de meermalen aangehaalde *l. 2 § 3 D. si quis caut.* Er schijnt toch na het hier aangevoerde meer grond te bestaan om de woorden van ULPIANUS met het oude vadimonium in betrekking te brengen, dan om met VOORDA allen zamenhang daarmede te ontkennen. Misschien had de status dies cum hoste dezelfde werking (27). GOTHOFREDUS heeft ook het votum hierbij gevoegd.

De reden, waarom dit vadimonium zoo spoedig in onbruik is geraakt, moet waarschijnlijk gezocht worden in de lex Aebutia, die het formulierproces invoerde.

Geheel dezelfde meening, ook met beroep op ZENGER, wordt aangenomen door ZIMMERN (28) en REIN (29). De

(25) GAJ. IV § 103.

(26) GELLIUS XX. 1.

(27) Verg. GELLIUS XVI. 4.

(28) *Gesch. d. Röm. Privatr.* Heidelb. 1829. III § 110. Not. 4.

(29) *Das Privatr. d. Röm.* Leipz. 1836. S. 464. fg., en Not. *.

eerste merkt nog ter bestrijding van VOORDA en DIRKSEN op, dat hunne beweringen alleen voor het formulierproces kunnen worden bewezen, en dat bij laatstgenoemden het bewijs ontbreekt, dat het latere vadimonium met het vroegere in verband stond.

PUCHTA (30) is, even als DIRKSEN, van oordeel, dat reeds in het proces per legis actionem het vadimonium in jure gesteld werd na de editio actionis, om den gedaagde den tijd te verschaffen voor zijne verdediging. Over het latere vadimonium in het formulierproces laat hij zich niet uit.

HARTMANN (31) eindelijk, die in zijn werk over de contumacia een afzonderlijk aanhangsel aan het vadimonium en den stand, welken het in het geding innam, wijdt, vereenigt zich met DIRKSEN en bestrijdt de leer van ZENGER. Hij brengt alleen de plaatsen van GELLIUS XVI. 10 en van VARRO V. p. 42 (ed. Gothofr.) tot het oude vadimonium; twijfelachtig is het volgens zijne meening of MACROBIUS, *Sat.* I. 16 het vadimonium der twaalf tafelen, of het latere op het oog heeft, gesteld al eens, dat hij werkelijk op het vadimonium en niet op eenige andere instelling doelt; neemt men het eerste aan, dan kan die plaats in geen geval in verband gebracht worden met FESTUS, GAJUS en PSEUDO-ASCONIUS, omdat de vades der twaalf tafelen reeds bij GELLIUS en VARRO als verouderd voorkomen, terwijl de legis actio per sacramentum, waarop het oude vadimonium volgens ZENGER betrekking had, nog ten tijde van CICERO (32), ja zelfs van GAJUS (33), in practiesch gebruik was. Wil

Verg. denzelfden in *Real-Encyclop. für class. Alterthumswis.* in voc. VI S. 2286.

(30) *Inst.* II § 160. S. 80.

(31) *Ueb. d. Röm. Contumacialverf.* Gött. 1851. S. 239—241.

(32) *Pro Murena* 12.

(33) *Comm.* IV § 31.

men die plaatsen desniettemin verbinden, dan is het onbegrijpelijk waartoe een vadimonium dienen kon, daar partijen elkander denuncieerden, om op den comperendinus dies voor den regter te verschijnen; juist de vermelding der denuntiatio en het stilzwijgen over het vadimonium moet ons doen besluiten, dat er eene denuntiatio, en geen vadimonium plaats vond. De woorden van VARRO eindelijk, dat de vades eerst *inceptis rebus* gegeven werden, zijn te onbepaald, om daaruit op te maken, dat het vadimonium na de litiscontestatie plaats greep.

Wanneer wij het aangevoerde zamenvatten, dan zien wij, dat de meeste schrijvers, die het vadimonium behandelden, alleen die handeling, gelijk zij zich uit het edict des praetors ontwikkelde, op het oog hadden, en aan een vadimonium der twaalf tafelen zelfs niet dachten; dat VOORDA en GLÜCK het bestaan van dit laatste bepaald ontkenden; eindelijk, dat zij die een vadimonium in het legisactionenproces aannamen, zich in twee partijen verdeelden, waarvan de eene, GOTHOFREDUS, VAN HEES, HUGO, ZENGER, ZIMMERN en REIN, het beschouwde als een middel, waardoor partijen elkan- der zekerheid gaven van in judicio te zullen verschijnen, terwijl de andere, DIRKSEN, PUCHTA en HARTMANN, van meening was, dat het strekte om den gedaagde, nadat de editio actionis plaats gehad had, te verplichten om wederom in jure te verschijnen.

Wat nu vooreerst het gevoelen van VOORDA en GLÜCK betreft, valt het niet te ontkennen, dat het geheele stilzwijgen van GAJUS, bij de behandeling der legis actiones, over het vadimonium, terwijl hij later het praetoriaansch vadimonium opzettelijk behandelt, voor de meening pleit, dat het vadimonium zich later door het edict des praetors, misschien wel uit de oude instelling van den vindex, heeft ontwikkeld, doch dat het oude

regt der waalf tafelen geen vadimonium kende. De plaats van GELLIUS is vrij onbepaald en zelfs niet eens in alle opzigten historiesch juist (34); men zoude de vades en subvades daar vermeld met even veel regt van borgen in criminele, als van die in civiele zaken kunnen verstaan, te meer, daar de volgende woorden, talio, viginti quinque asses, furtum conceptum, allen crimineel-regtelijke instellingen op het oog hebben, en de oorspronkelijke beteekenis van *vas* tot het strafregt schijnt te hebben behoord (35), gelijk dan ook bij LIVIUS e. a. herhaaldelijk vades in strafzaken voorkomen. Ook de plaats van VARRO geeft weinig licht en zoude aan den ouden vindex kunnen doen denken, waartoe de woorden *idoneus*, hetwelk op de bepaling omtrent den assiduus schijnt te doelen, en *ut pro se alterum daret*, welke geheel op den vindex passen, wel aanleiding geven. Evenwel geloof ik een vadimonium ook in het proces per legis actionem te moeten aannemen op deze gronden.

Zowel volgens het oudere procesregt per legis actionem, als volgens het nieuwere formulierproces had de editio actionis, de eenige wettelijke wijze, waarop de gedaagde met de in te stellen actie bekend werd, in jure plaats. Daardoor kon hij behoefte hebben aan een uitstel der behandeling, om zich te beraden en, des noodig, op zijne verdediging voor te bereiden; de eischer daarentegen had zekerheid noodig voor de weder-verschijning van den gedaagde tegen den gestelden termijn. Hiertoe diende, volgens het nieuwere procesregt, ongetwijfeld het vadimonium; omtrent het oudere legis actionenproces bestaat, gelijk wij zagen, twijfel. Zeker is het, dat hier eene vindicis datio bekend was, die het nieuwere regt niet kende, doch deze instelling voldeed

(34) Verg. Loven noot 4.

(35) Verg. PAUL. DIACON. *ad Festum in v. vadem*. AUSONIUS, *technopaegn* 12.

niet aan de behoefte, waarin het vadimonium voorzag. De vindex diende alleen om den gedaagde te bevrijden van het gevolg der in jus vocatio, door de geheele verdediging van dezen op zich te nemen (36); doch was de gedaagde eenmaal in jure verschenen en wilde hij zich dan uitstel verschaffen, dan kwam de vindex niet meer te pas, dan was het alleen de vas, die hem dit verschaffen kon. Daar nu volgens het oudere procesregt, evenzeer als volgens het nieuwere, de behoefte aan uitstel kon bestaan, en de vindex niet aan die behoefte voldeed, geloof ik ook volgens het oudere regt een vadimonium te moeten aannemen. Aan eene ontwikkeling van het latere vadimonium uit de vindicis datio, valt, bij het wezenlijk verschil tusschen den borg en den verdediger, mijns inziens, niet te denken (36a). Vreemd is het voorzeker, dat GAJUS, die het latere vadimonium opzettelijk behandelt, bij de legis actiones hierover een diep stilzwijgen bewaart; want om met DIRKSEN aan te nemen, dat hij bij de behandeling van het praetoriaansch vadimonium ook het vroegere op het oog zou hebben gehad, komt mij, gelijk ik vroeger reeds opmerkte, wegens den duidelijken zin zijner woorden en den zamenhang zijner behandeling onwaarschijnlijk voor. Doch dat stilzwijgen levert slechts een negatief bewijs, hetwelk zwichten moet voor het bewijs van de noodzakelijkheid der instelling en de analogie van het latere regt. Wat de plaats van VARRO betreft, geloof ik, niettegenstaande de aanleiding, welke zijne woorden geven, om aan

(36) Verg. b. v. KELLER, *der Röm. Civilproc.* § 46. S. 189 en ald. Not. 534. Deze beteekenis ligt reeds in het woord zelf en den zamenhang met *vindicare*, *vindiciae*, terwijl het woord *vas* waarschijnlijk in verband stond met *vadere*. De *vindex* was de verdediger, de *vas* de persoon, die alleen het weggaan van den reus mogelijk maakte.

(36a) Eerder mag men eene ontwikkeling van de cautio iudicatum solvi uit den vindex aannemen. Verg. GAJUS IV § 25.

den vindex te denken, deze evenwel van den vas te moeten opvatten; overal toch bij de oude schrijvers worden vas en vindex onderscheiden, nergens komen beide woorden als synoniem voor en het is dus niet wel aan te nemen, dat VARRO door misvatting het woord vas zou hebben gebezigd, waar hij van den vindex spreken wilde. Ook de woorden van GELLIUS meen ik van het civielregtelijk vadimonium te moeten verstaan. De voorafgaande woorden geven mij hiertoe aanleiding; juist de omstandigheid, dat er sprake was over den vindex, maakt het waarschijnlijk, dat de jurist, die naar de beteekenis van assiduus en proletarius gevraagd werd, in eenen adem eene analoge instelling, het vadimonium in civiele zaken, hierbij voegde. Dit ligt, mijns inziens, geheel in het logiesch verband der gedachten.

Het vadimonium in het legisactionenproces eenmaal aangenomen zijnde, blijft nog de keuze over tusschen hen, die het beschouwden als overgangs-handeling van het proces in jure tot dat in judicio, en hen, die oordeelden dat het in jure plaats had, om den gedaagde te verplichten tot eene verschijning in tweeden termijn, en dan geloof ik mij met de laatsten te moeten vereenigen. Ik zal eerst trachten de gronden, die voor de tegenovergestelde meening schijnen te pleiten, te wederleggen en daarna positief bewijs te leveren voor het door mij aangenomen gevoelen.

De leer van GOTHOFREDUS berust op deze twee hypothesen: 1°. dat in de *l. 2 § 3 D. si quis caut.* sprake is van de wettige gronden van verontschuldiging bij desertum vadimonium; 2°. dat volgens FESTUS die gronden behandeld werden in de tweede wet der tweede tafel. Van geene der beide hypothesen wordt het bewijs geleverd, en het is dus duidelijk dat, zoo men de onjuistheid van beiden, of ook slechts van een van beiden

aantoonen kan, de leer, die daarop gebouwd is, vallen moet, of ook, wanneer bewezen kan worden, dat aan die leer zelve positieve gronden in den weg staan, deze moet worden verworpen, zonder dat het noodig zoude zijn de juistheid of onjuistheid der hypothesen verder te onderzoeken. Dit laatste nu is hier het geval, gelijk ik later zal aantoonen, en ik zou dus kunnen volstaan met de hypothesen te laten voor hetgeen ze zijn. Ik wil echter ten overvloede opmerken, dat, daargelaten de juistheid der verbinding der *l. 2 § 3 D. si quis caut.* met de plaats van FESTUS, althans de waarheid der eerste hypothese met grond kan worden betwijfeld. Ik verwijs hieromtrent naar hetgeen boven reeds is uiteengezet bij de behandeling van VOORDA's gevoelen (37). Evenzeer schijnt ook de tweede hypothese aan bedenkingen onderhevig te zijn (38).

VAN HEES heeft met schijnbaar vastere gronden zijne leer verdedigd; hij heeft haar niet op hypothesen gebouwd, maar positieve bewijsplaatsen bijgebragt. Het zal echter niet moeilijk vallen de bewijskracht daarvan te ontzenuwen. Al dadelijk merk ik op, dat de eerste door hem aangevoerde plaats (DIONYS. HAL. X. p. 633) hier volstrekt niet in aanmerking komt. Reeds bij eene vlugtige lezing van het geschiedverhaal (p. 627 sqq.), waarin de aangehaalde plaats voorkomt, blijkt het, dat hier gehandeld wordt over eene criminele procedure wegens het crimen perduellionis, kort voor de decemvirale wetgeving (459 v. Chr.) ingesteld tegen CAESO QUINTIUS, welke met eene veroordeeling bij verstek eindigde, nadat de beschuldigde het aangegane vadimonium niet was gestand gebleven (39), en dat eene analogie van

(37) Verg. boven noot 12.

(38) Verg. DIRKSEN. S. 200 fg.

(39) Zie ook LIVIUS III. 11—13, die opmerkt, dat in deze zaak voor het eerst vades publici gegeven waren. Verg. NIEBUHR, *Röm. Gesch.*

het crimineel proces tot het civiel proces in dezen niet opgaat, zal wel geen betoog vereischen.

Van meer gewigt schijnt de tweede plaats (DIONYS. HAL. XI. p 711). Deze komt voor in het verhaal van de bekende procedure, op aandrijven van den decemvir APPIUS CLAUDIUS, over de dochter van VIRGINIUS gevoerd, eene procedure, wier tragiesch einde de eerste aanleiding gaf tot den val van het decemviraat (40). Het was hier, gelijk bekend is, eene vindicatio in servitute, door een client van den decemvir tegen VIRGINIA aanhangig gemaakt, met het doel, om het meisje in de magt des decemvirs te brengen en daardoor diens razende hartstogt te bevredigen. De wijze van procederen was hier, volgens het algemeen gevoelen, per sacramenti actionem (41). Zoodanige vindicatio in servitute kon niet tegen de persoon zelve, wier staat betwist werd, als zijnde de res litigiosa, worden ingesteld, maar er moest voor deze een vindex optreden, die haar tegen de bewering van den assertor contravindiceerde. VIRGINIA nu werd door M. CLAUDIUS als slavin opgevorderd; haar bruidegom en haar oom traden als vindices op, doch werden door den decemvir niet toegelaten, op grond, dat haar vader de naastgerechtigde was tot contravindicatie. Deze was echter afwezig in het leger, en de zaak kon dus voor het oogenblik geen voortgang hebben. Nu vorderde M. CLAUDIUS, dat het meisje, gedurende den tijd dat er kondschap gezon-

II. S. 325 fgg. REIN, *Criminalr. d. Röm.* S. 486, en over het vadium in criminele zaken GEIB, *Gesch. d. Röm. criminalproc.* S. 119.

(40) Zie ook LIVIUS III. 44—46.

(41) Verg. ZIMMERN, § 38 fgg. SCHMIDT, *Freiheitsproces der Virginia* in *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.* XIV. S. 73 fgg. KELLER, *Civilproc.* § 19. Not. 266. Minder juist schijnt de meening van PUCHTA, *Inst.* II § 162. Not. 1., die hier eene procedure per manus injectionem aanneemt.

den werd aan haar vader, in zijne magt zoude verblijven, terwijl hij aannam borgen te stellen, om haar tegen de komst van dezen weder op te leveren. De geschiedschrijver legt hem deze woorden in den mond: «per hanc legem, ancillae meae filiam abducendam mihi posco, paratus me iudicio submittere. Quodsi quis sibi eam vindicet, idoneos ejus iudicio sistendae vades dabo.» (42) Dit is de plaats waarop VAN HEES zich beroept, en zij zou, wanneer de geschiedschrijver zich juist had uitgedrukt, in waarheid een bewijs te meer leveren voor de meening van ZENGER, dat bij de oude sacramenti actio het vadimonium diende om de tegenwoordigheid in iudicio te verzekeren. Doch, hoezeer ik wel geloof, dat de bedoeling van DIONYSIUS juist was, zijne uitdrukking is stellig onjuist (43). Dit blijkt uit den geheelen stand der zaak. Immers het was nog niet aan het iudicium toe; de sacramenti actio voor den praetor was nog niet afgelopen, M. CLAUDIUS was als assertor in servitutum opgetreden, maar de contravindicatio door den vindex was nog niet geschied; het aanbod van den assertor strekte dus alleen tot borgstelling voor de wederverschijning in jure, wanneer de vindex zich zou hebben opgedaan; dan eerst kon door de contravindicatio en hetgeen verder tusschen partijen voorviel de legis actio ten einde loopen, en dan eerst was men tot het iudicium genaderd. Duidelijk blijkt dit ook uit LIVIUS, waar hij den decemvir aldus sprekende invoert: «Placere itaque patrem arcessi. Interea juris sui jacturam assertorem non facere, quin ducat puellam, sistendamque in adventum ejus, qui pater dicatur, promittat,»

(42) Vertaling van SYLBURG.

(43) Neemt men het gevoelen van PUCHTA aan (zie noot 41), dan heeft de plaats in het geheel geen zin, daar bij de legis actio per manus injectionem waarschijnlijk geene iudicis datio te pas kwam. Verg. ZIMMERN, § 44. a. E.

Themis, D. III, 3de St. [1856].

en dat deze ook de bedoeling van DIONYSIUS zal zijn geweest, meen ik daaruit te mogen opmaken, dat hij later den decemvir ongeveer hetzelfde zeggen laat. Het blijkt alzoo, dat de door VAN HEES aangehaalde plaats hoegenaamd niets bewijst.

ZENGER heeft de leer van het vadimonium legitimum op eene vernuftige combinatie gebouwd, en wordt hierin door sommige lateren gevolgd. Het valt niet te ontkennen, dat die combinatie in den eersten opslag een verleidelijk aanzien heeft, en wat daartegen ingebracht is door HARTMANN komt mij niet volkomen juist voor. Ik zie niet in, waarom eene verbinding van de plaats van MACROBIUS, wanneer men die van het oude vadimonium der twaalf tafelen verstaat, met GAJUS en PSEUDO-ASCONIUS op zich zelve niet zoude kunnen opgaan. GAJUS en PSEUDO-ASCONIUS spreken over de legis actio sacramenti, en de procedure per legis actionem was immers de oude ten tijde der decemvirale wetgeving geldige procedure; zij hebben dus geene andere en nieuwere regtsinstellingen op het oog, dan waarop MACROBIUS doelen zou. Wel erken ik, dat die sacramenti actio nog ten tijde van CICERO en zelfs van GAJUS, voor enkele gevallen, in practiesch gebruik was, maar dit strijdt niet met de bewering van GELLIUS. Deze toch zegt wel, dat de vades en subvades der twaalf tafelen in zijn' tijd verouderd waren, maar hij voegt er deze beperking bij: «nisi in legis actionibus centumviralium causarum,» en uit GAJUS (44) leeren wij, dat het juist deze zaken waren, waarin in zijn tijd nog sacramento geprocedeerd werd.

De andere grond tegen ZENGER'S gevoelens is deze, dat, gelijk uit GAJUS en PSEUDO-ASCONIUS blijkt, partijen elkan-der een' dag denuncieerden om voor den regter te verschijnen (45), en deze denunciatio overtollig wezen zou,

(44) *Comm.* IV § 31.

(45) Verg. ook KELLER, § 13. Not. 201, § 14. Not. 222, 226.

wanneer men op denzelfden tijd en met hetzelfde doel een vadimonium had aangegaan. Ook deze tegenwerping komt mij minder juist voor. Immers, hoe men ook over deze denunciatio denken moge, hetzij men die als den oudsten vorm der litiscontestatie beschouwe (46), of als eene daarvan verschillende handeling, zij was en bleef eene, zij het dan ook solemnele, vaststelling tusschen partijen van den dag van het iudicium en kon geenszins de regtsgevolgen van eene borgstelling, als het vadimonium was, te weeg brengen. Uit de vermelding der denunciatio en het stilzwijgen der schrijvers over het vadimonium laat zich dus nog niet noodzakelijk afleiden, dat er geen vadimonium voor de verschijning in iudicio plaats had. Het valt intusschen niet te ontkennen, dat dit stilzwijgen bevreemdend is, doch deze bedenking treft evenzeer de aanname van een vadimonium legitimum in het algemeen, als in het bijzonder de meening van ZENGER omtrent de plaats, welke het in de procedure zou hebben ingenomen.

Overigens ben ik het met HARTMANN eens, dat de plaats van VARRO te onbepaald is om in het voordeel van ZENGER te beslissen, en dat *incepta res* evenzeer gezegd kan worden van eene zaak, welke pas door in jus vocatio is aanhangig gemaakt, als van eene, welke behandeling reeds tot het iudicium gevorderd is.

Ik geloof de meening van ZENGER op deze gronden te moeten verwerpen, dat bij de aanneming daarvan men een vadimonium heeft voor een geval, waarin zoodanige cautie geheel onnoodig was, en het voor het geval daarentegen, waarin het van nut kon zijn, ontbreekt.

De Romeinsche procedure splitste zich in twee afdelingen, de verhandelingen in jure voor den praetor,

(46) Dit gevoelen wordt door G. ASVERUS, *Die Denunciation der Römer*, § 6 aangenomen.

en die in *judicio*. De eersten waren geheel van praeparatoiren aard en strekten om, door vaststelling van den regtsstrijd, de zaak voor eene beslissing rijp te maken, zij eindigden met de *litiscontestatio*; dan was de zaak in staat van wijzen; dan volgden de verhandelingen in *judicio*, en, nadat partijen hier breedvoeriger hare beweringen hadden uiteen gezet en het bewijs geleverd was, begon het werk van den *judex*, de beslissing der zaak, in den oudsten tijd uit het standpunt, waarop zij door de *legisactio* gebragt was, in lateren tijd volgens de *formula des praetors*, *si paret condemna, si non paret absolve*. Nu kon het belang van den gedaagde medebrengen, om bij de verhandelingen in *jure* afwezig te blijven; verscheen hij daarentegen in *judicio* niet, zoo strekte hem dit, althans in den oudsten tijd, nooit tot voordeel, en kon hem veeleer nadeel doen. «*Ni pagunt in comitio aut in foro ante meridiem causam conscito, quum perorant ambo praesentes. post meridiem praesenti stilitem addicito. Sol occasus suprema tempestas esto,*» dus luidde het voorschrift der twaalf tafelen (47). De afwezigheid van den gedaagde belette dus den voortgang der zaak niet, de tegenwoordige partij werd in het gelijk gesteld, en de gedaagde veroorzaakte zich door zijne afwezigheid nog het nadeel, dat hij van eene mogelijke verdediging verstoken bleef (48).

(47) *Auct. ad Herenn.* II. 13. *GELL.* XVII. 2.

(48) Verg. WETZELL, S. 54 fgg. KELLER, § 69 a. A. HARTMANN, S. 30, 251. Ook voor den lateren tijd is BETHMANN-HOLLWEG, S. 285, van hetzelfde gevoelen. Volgens WETZELL, S. 37 fgg. en KELLER, a. a. O. zou later het beginsel in zoo verre gewijzigd zijn, dat in allen gevalle de eischer, ook bij afwezigheid des gedaagden, zijn' eisch moest bewijzen, en bij gebreke daarin hem die moest worden ontzegd. Verg. ook PUCHTA, II § 174. S. 205 fg. volgens welken het voorschrift der twaalf tafelen ook op de verhandelingen in *jure* betrekking had. Ik geloof het voorschrift der twaalf tafelen tot het *judicium* te moeten beperken, omdat de *peroratio* en *causae coniectio* voor den *judex* plaats had. Verg.

De eischer had dus geen vadimonium noodig, om den gedaagde tot eene verschijning in *judicio* te verplichten, waarbij hij volstrekt geen belang had, en deze daarentegen wel degelijk belang hebben kon (49).

Daarentegen kon de gedaagde belang hebben bij een vadimonium in *jure*. Omdat de *editio actionis* eerst in *jure* plaats had, gelijk wij reeds zagen, kon de vergunning van een termijn, om zich op zijne verdediging voor te bereiden voor hem hoogstwenschelijk zijn, en die kon hij verkrijgen door het stellen van vadimonium, waarbij hij zich verbond om in tweeden termijn weder voor den praetor te verschijnen.

Op deze gronden vermeen ik het gevoelen van ZENGER te moeten verwerpen. Mijne meening komt dan in het kort hierop neêr: wanneer de gedaagde voor den praetor geroepen werd, kon hij zich van de verplichting om te volgen bevrijden door het stellen van een *vindex*, die de verdediging op zich nam. Stelde hij geen *vindex*, dan moest hij in *jure* verschijnen; hier werd hem door *editio* de actie bekend gemaakt, verlangde hij nu een termijn van beraad, zoo moest hij vadimonium stellen; misschien geschiedde dit gewoonlijk tegen den dies *com-*

GAJUS IV § 15, GELL. V. 10. De woorden *in comitio aut in foro* geven geen grond om de plaats ook van de verhandelingen in *jure* te verstaan, zij doelen alleen op het geval eener mogelijke transactie in *jure*. Wanneer er geene transactie in *comitio* of in *foro* had plaats gehad en de zaak alzoo in *judicio* moest worden beslist, dan moest voor den middag de *causae conjectio* plaats hebben; deze is m. i. de zin der bepaling. Overigens wil ik niet ontkennen, dat misschien bij de verhandelingen in *jure* dezelfde tijdorde werd in acht genomen, als hier voor die in *judicio* is voorgeschreven.

(49) Ook ZENGER zelf schijnt dit te hebben ingezien; althans S. 17 zegt hij, dat bij de procedure door formulae het naauwelijks noodig schijnt te zijn geweest, om de tegenwoordigheid in *judicio* te verzekeren, en erkent de reden niet in te zien, waarom dit bij de sacramenti *aetio* anders gesteld was.

perendinus, en men zoude dan de plaats van MACROBIUS in dien zin kunnen opvatten (50). Zoowel de vindex als het oude vadimonium geraakte met de legis actiones in onbruik. Later ontwikkelde zich uit het edict des praetors een nieuw vadimonium, dat èn in de behoeften der vindicis datio (51), èn in die van het oude vadimonium voorzag.

Schets der possessoire regtsvorderingen van het Romeinsche regt, in eene reeks van opstellen (slot); door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, Advocaat te 's Gravenhage.

III.

Interdicten ter zake van weg- en watergeregtigheden (1).

Algemeen karakter.

Voor den landbouw zijn wel geene regten aan den grondeigendom verknocht van zooveel belang, als die welke het erf toegankelijk maken en de mogelijkheid schenken om den akker behoorlijk te bevochtigen. Men verwondere zich dus niet in het Romeinsche regt bijzondere zorg gedragen te vinden voor de weg- en watergeregtigheden, die van alle servituten de eenige res

(50) Verg. b. v. GELL. VII. 1.

(51) Wel te verstaan in zoo verre als ook het latere vadimonium den gedaagde bevrijden kon van de verpligting om op de in jus vocatio te volgen; overigens ging de eigenaardige natuur van den vindex als verdediger niet op den lateren vas over. Verg. boven noot 36a.

(1) v. SAVIGNY. § 46. (583—608). *Themis*, IX. (266—275).

mancipi waren (2). Niettemin konden zij, ofschoon wettig verkregen, ligt weder verloren worden, want eene erf-dienstbaarheid ging van regtswege te niet, als zij in twee jaren niet uitgeoefend was (3). Wanneer nu de bezitter van het dienende erf de uitoefening verhindert en men zich ten petitoire daarin wil handhaven, moet men zoowel de wettige aankomst der servituut als zijn eigendom aan het heerschende erf bewijzen (4). Wanneer daarentegen de servituut met de negatoria betwist wordt, kan wel de eischer volstaan met zijn eigendom aan het dienende erf aan te toonen, en blijft steeds op den gedaagde de last om zijn regt van servituut te staven drukken, maar wint deze ten minste zooveel, dat hij nu van het bewijs zijns eigendoms aan het heerschende erf ontslagen wordt. De spil dus, waarom in het petitoir geding over servituten de bewijslast draait, is het wederkeerig eigendomsbewijs aan het erf in welks naam de eisch wordt aangelegd, en men beseft hoeveel er den bezitter van het heerschende erf moest gelegen zijn aan een regtsmiddel, waarmede hij zich tegen eigendunkelijk verzet zijns nabuurs in de uitoefening der erfdienstbaarheid konde handhaven (5) en hem dwingen om als eischer ten petitoire de negatoria aan te vangen. Daartoe strekken de interdicten ter zake van weg- en watergeregtigheden en zijn, als zoodanig, de regtsmiddelen van den bezitter van het heerschende erf, of de possessoire actien waarmede hij zich het voordeel verzekert van ten petitoire gedaagde te zijn (6). Of de eischer met het interdict al dan niet

(2) GAI. II. § 29. ULP. XIX. § 1.

(3) PAUL. R. S. I. XVII. § 1.

(4) L. 2 § 1 D. *si serv. vind.* (8. 5) PERNICE. *Commentationes iuris romani duae.* 179. Halis. 1855.

(5) L. 36 D. *de V. S.* (50. 16.) L. 12 D. *Qu. serv. amitt.* (8. 6.)

(6) L. 3 § 13 D. *de itin. actuy. priv.* (43. 19). LL. 1 § 45, 7 D. *de aqu. cot.* (43. 20), L. 3 § 3 D. *de riv.* (43. 21.)

het recht der servituut te bewijzen hebbe, is ten deze eene zeer ondergeschikte en voor het karakter der actie onverschillige omstandigheid. In één geval wordt, om overwegende redenen, het vertoon van zijn titel gevorderd, maar in den regel is zulks onnoodig, en tijds genoeg als de tegenpartij met de negatoria ageert.

A.

Weggeregtigheden.

a.

INTERDICTUM DE ITINERE ACTUQUE PRIVATO (7).

§ 1.

Procédure.

De praetor geeft den eischer tegen den gedaagde een interdict van den volgende inhoud:

Ik verbied den gedaagde u te verhinderen gebruik te maken van het overpad (de dreef of den weg) in geschil, waarvan gij, mits ten zijnen aanzien zonder geweld, niet heimelijk noch ter bede, in het vorige jaar gebruik gemaakt hebt (8).

Dit interdict is weder prohibitoir(9), maar eenzijdig(10). Men stipuleert en restipuleert dus over de vraag, of de gedaagde al of niet tegen het verbod des praetors gezondigd heeft. Het belang, dat de eischer bij het on-

(7) D. de itin. actuq. priv. (43. 19). ALBERT. *Ueber den Besitz unkörperlicher Sachen.* (Leipzig. 1826).

(8) Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via, AULI AGERI, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario a NUMERIO NEGIDIO usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto. L. 1 pr. D. h. t.

(9) L. 1 § 1 D. h. t.

(10) L. 2 pr. D. de Interd. (43. 1.)

belemmerd genot der servituut heeft, bepaalt het bedrag der summa sponsionis (11). Of nog andere procédures en formaliteiten ten deze in acht werden genomen, weet men niet.

§ 2.

Vereischten om met het interdict te slagen.

De eischer moet aantoonen, dat hij, gedurende het jaar op het oogenblik, dat het interdict wordt uitgesproken, laatst verlopen, genot heeft gehad van eene der drie weggeregtigheden (iter, actus, via), wel niet iederen dag, maar toch een redelijk aantal keeren, d. i. minstens op dertig verschillende dagen (12).

Om gewigtige en billijke redenen kan, bij wijze van herstelling in het geheel en antidatering van het interdict, niet het jongstverledene, maar het naast daaraan voorgaande jaar worden genomen voor het tijdsbestek, waarbinnen de aan te wijzen daden van gebruik vallen moeten (13).

Het regt, of de wettige aankomst en titel der servituut, wordt niet onderzocht (14), maar de daden van gebruik, waarop men zich beroept, behooren het karakter te dragen van de handelingen van iemand die meent eene wezenlijke, aan het erf toekomende dienstbaarheid uit te oefenen (15). Alleen hij dus kan eischer wezen, die het erf in regten vertegenwoordigt, d. i. *de bezitter*. Maar

(11) L. 3 § 3 D. *h. t.* welke plaats echter ook zou kunnen worden verstaan, althans zoo men daaraan ook hier wil denken, van een iudicium secutorium de restituendo usu.

(12) L. 1 §§ 1–6 D. *h. t.* v. S. 591. ELVERS. *Die römische Servitutenlehre*. 656. Marburg 1856.

(13) L. 1 §§ 6, 8, 9, 10 D. *h. t.*

(14) L. 1 § 2 D. *h. t.* L. 2 § 3 D. *si serv. vind.* (8. 5.). L. 35 D. *de act. emt. et vend.* (19. 1.)

(15) L. 7 D. *h. t.* LL. 12, 25 D. *Qu. serv. amit.* (8. 6.)

het is niet noodig, dat de daden van gebruik, waarop zich de eisch grondt, door den eischer in persoon zijn verrigt. Hij kan zich insgelijks beroepen op de daden van hen :

1^o. die, gelijk de Romeinsche juristen het uitdrukken, de erfdienstbaarheid ten zijnen behoeve in stand houden en door hunne uitoefening tegen verjaring behoeden (16), of der zoodanigen die handelen in zijn naam en ten gevolge van zijn bezit, zoo als zijne onderhoorigen, bezoekers, gasten, pachters en andere houders (17);

2^o. wier regtverkriggende hij is, hetzij onder algemeenen of bijzonderen titel, zoodat hij in hun genot opvolgt (18).

Voorts komt slechts zoodanig gebruik in aanmerking, dat zonder gebreken of, ten opzichte des gedaagden, noch met geweld, noch heimelijk, noch ter bede bekomen of behouden is. Het genot is gewelddadig als het openlijk in weerwil des gedaagden is uitgeoefend; heimelijk, als het ter sluik tegen het belet of verbod des gedaagden aangevangen of voortgezet, of uit vrees voor zoodanig verbod bedekt gehouden is (19). Het genot is ter bede, als de eischer het slechts bij vergunning en tot wederopzeggens toe van den gedaagde bekomen of behouden heeft (20).

Het doet er niet toe, of het verbod gedaan zij aan den eischer zelf of aan iemand die hem vertegenwoordigt en de servituut voor hem in stand houdt, mits in het laatste geval de eischer, bij persoonlijk genot, van het verbod kennis drage (21). Evencens is het onver-

(16) LL. 5, 6 pr., 12, 20, 21, 22, 23, 24, 25 D. *Qu. serv. amitt.* (8. 6.)

(17) LL. 1 §§ 7, 8, 11, 3 § 4. D. *h. t.*

(18) L. 3 §§ 6—11 D. *h. t.* L. 2 § 5 D. *si serv. vind.* (8. 5). L. 1 § 37 D. *de aqu. cot.* (43. 20.)

(19) L. 3 pr. § 1 D. *h. t.* L. 73 § 2 D. *de R. J.* (50. 17.)

(20) L. 1 § 11 D. *h. t.* L. 3 D. *de Prec.* (43. 26.)

(21) L. 3 § 1 D. *h. t.*

schillig, of het belet, het verbod of de vergunning afkomstig zijn van den gedaagde zelf of van diens auteur(22). De onregtmatigheid van des eischers genot moet natuurlijk door den gedaagde worden bewezen.

De gebreken van zijn vroeger of later genot schaden echter den eischer niet, wanneer zij zijn genot niet aankleefden binnen het in berekening gebragte jaar (23), evenmin als gevergd wordt, dat hij, hetzij tijdens, hetzij na de uitspraak van het interdict, eenig genot gehad hebbe (24).

Opmerkelijk is de verhouding die er bestaat tusschen den rogatus en den precairen bezitter van het heerschend erf. De laatste kan het interdict instellen, omdat hij bezitter is, maar de andere ook, dewijl het bezit van den rogans voor hem met eigen bezit gelijk staat. Als nu de rogans eene aan het erf toekomende dienstbaarheid van den gedaagde ter bede in gebruik heeft, kan hij zich op dat gebruik niet beroepen, maar wel de rogatus, omdat deze niet gebonden kan zijn door het precarium zijner eigene zaak. Aan de andere zijde daarentegen, als de rogatus ter bede genot heeft gehad en de rogans dat genot voortzet in den waan, dat de servituut aan het erf toekomt, kan wel hij het interdict met gevolg instellen, maar niet de rogatus (25).

Het interdict kan gevraagd worden niet slechts tegen den bezitter van het dienende erf, maar tegen iederen derde. Het eenige wat de eischer ten laste van den gedaagde te bewijzen heeft is, dat deze hem na de uitspraak van het interdict in de vrije uitoefening der servituut heeft belemmerd (26). Waarschijnlijk echter is het, dat

(22) L. 3 § 2 D. *h. t.*

(23) LL. 1 § 12, 2, 3 pr. D. *h. t.*

(24) L. 1 § 2 D. *h. t.* L. 1 § 2 D. *de Interd.* (43. 1)

(25) L. 1 § 11 D. *h. t.*

(26) L. 3 § 5 D. *h. t.*

het proces binnen het jaar na de uitspraak (*annus utilis*) moest zijn aangevangen.

§ 3.

Karakter en strekking.

Als de eischer zich beroept niet op zijn eigen genot, maar op dat van hem wiens regtverkrijgende hij is, behoort, volgens PAULUS, ons interdict tot de *interdicta adipiscendae possessionis* (27). In alle andere gevallen moet men het derhalve gerangschikt hebben onder de *interdicta recuperandae* of *retinendae possessionis*.

Voor het eerste laat zich alleen zeggen, dat de eisch berust op een *vroeger* genot. Doch deze opmerking bewijst niets, want het doel van het interdict is geenszins vergoeding te verschaffen van het geleden nadeel wegens een verloren genot, maar om den bezitter van het erf te handhaven en in de toekomst te waarborgen tegen verhindering in de uitoefening zijner erfdienstbaarheid, opdat men hem niet eigendunkelijk van het voordeel om ten *petitoire* gedaagde te zijn kunne versteken en de regten des eigendoms niet ten nadeele des eigenaars te niet gaan. De praetor verlangt een *vroeger* regtmatig gebruik, ten einde blijke, dat het beschermd genot geene nieuwigheid zij (28). Het interdict behoort derhalve uit zijn aard tot de *interdicta retinendae possessionis* (29) en kan zelfs, in verband tot het *petitoir*, gezegd worden eene *controversia possessionis* ten onderwerp te hebben (30), ofschoon hier niet, gelijk bij de *interdicta*

(27) L. 2 § 3 D. *de Interd.* (43. 1.)

(28) L. 3 § 13 D. *h. t.*

(29) Zoodat het in het algemeen onder de benaming *interdicta uti possidetis* mede begrepen is. I.L. 1 § 2, 2 § 3 D. *de Interd.* (43. 1.)

(30) L. 4 § 5 D. *si serv. vind.* (8. 5.)

uti possidetis en utrubi, van wederzijdsche aanspraak op hetzelfde voorwerp de rede zijn kan.

§ 4.

Stoornis.

Even als bij het interdictum uti possidetis, werd het vim facere door den praetor ten deze slechts verboden in de toekomst en was veeleer middel dan doel. Het is namelijk genoegzaam, dat de gedaagde den eischer de uitoefening eenvoudig verbiede (prohibere) (31). Was hij dus tot procederen genegen, zoo kon hij zich aanstonds na de uitspraak van het interdict verklaren. Men sloot dan dadelijk de sponsiones en het eenige wat de regter te onderzoeken had was: of de eischer inderdaad behoorlijk gebruik konde aantoonen.

Indien daarentegen de gedaagde onwillig was, moest men afwachten, tot hij het interdict werkelijk overtreden had, want noodzaakt nu de eischer zijne tegenpartij tot de sponsio, zoo moet hij niet alleen behoorlijk gebruik bewijzen, maar bovendien, dat de ander tegen het verbod des praetors gehandeld heeft.

Dat verbod wordt overtreden door het verbieden of met de daad beletten van het verder gebruik des wegs, waaronder natuurlijk ook begrepen is het na de uitvaardiging van het interdict niet opheffen en dus volhouden van een te voren gedaan verbod of daargesteld beletsel. De gedaagde moet alzoo iets verrigt hebben waaruit blijkt, dat hij den eischer de vrije uitoefening zijner servituut betwist en tracht te verhinderen (32). Bepaalt zich al hetgene hij gedaan heeft b. v. daartoe, dat hij eenigen opstal op zijn grond gemaakt heeft zonder be-

(31) L. 11 D. *de S. Pr. R.* (3. 3.)

(32) LL. 3 pr. §§ 1, 2, 3, 5, 7 D. *h. t.*

doeling om juist den eischer den weg te versperren, zoo kan dat feit, schoon het den eischer in zijn genot belemmere, niet als overtreding van ons interdict worden bestraft (33).

§ 5.

Quasi bezit.

Ook dit interdict wordt vergund aan hen die met den bezitter worden gelijk gesteld, of aan houders wegens vruchtgebruik of gebruik, daar van den opstalhebber hier geene sprake kan zijn. De vruchtgebruiker kan zich daarmede op gelijke wijze als de bezitter in het genot handhaven. Ja zij kunnen, zoo noodig, zich daarvan over en weder bedienen tegen elkander (34) en, daar het genot des vruchtgebruikers, als het slechts de voortzetting is van de uitoefening eener erfdienstbaarheid die steeds aan het erf heeft toebehoord, ook voor den bezitter telt, het beiden te gelijktijd hebben tegen derden. Maar als de vruchtgebruiker zelf het genot verkregen heeft, kan alleen hij zich hierop beroepen, dewijl hij wel ten behoeve van het erf servituten in stand houden, maar niet verkrijgen kan (35).

Wie ten deze voor vruchtgebruiker of gebruiker te houden zij, wordt geheel naar dezelfde regelen beoordeeld als bij de interdicten nopens het bezit der zaak (36).

(33) LL. 4 § 5, 9 pr. D. *si serv. vind.* (3. 5.) L. 14 D. *de O. N. N.* (39. 1.)

(34) L. 3 § 5 D. *h. t.* L. 2 § 3 D. *si serv. vind.* (3. 5.)

(35) L. 3 § 4 D. *h. t.* LL. 5, 20, 21 D. *qu. serv. amitt.* (3. 6.) L. 15 § 7 D. *de usufr.* (7. 1.)

(36) L. 3 § 8 D. *h. t.*

b.

INTERDICTUM DE ITINERE ACTUQUE REFIGIENDO.

§ 1.

Procédure.

De praetor gaf ter zake derzelfde servituten nog een ander interdict van dezen inhoud:

Ik verbied den gedaagde u, mits toonende uwen titel, te verhinderen het overpad (of de dreef of den weg) te herstellen waarvan gij, mits ten zijnen aanzien zonder geweld, niet heimelijk noch ter bede, in het vorige jaar gebruik gemaakt hebt (37).

De procédure was hier weder geheel dezelfde, met dit onderscheid, dat de eischer, des gevorderd, den gedaagde zekerheid stellen moet voor de door zijn toedoen te veroorzaken schade (*cautio damni infecti*) (38).

§ 2.

Vereischten om met het interdict te slagen.

Hetgene de praetor bij dit interdict in den persoon des eischers vordert is:

- 1^o. vooreerst hetzelfde genot als bij het vorige, en
- 2^o. bovendien het aantoonen van zijn titel (39).

Hij moet dus bewijzen niet alleen, dat hij in het afgelopen jaar het regmatig gebruik der erfdienstbaarheid

(37) Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via, AULI AGERI, hoc anno non vi, non clam, non precario a NUMERIO NEGIDIO usus es, quo minus id iter, actumque, quo de agitur, vel viam, ut tibi ius est, reficias, vim fieri veto. L. 3 § 11 D. *h. t.* SCHMIDT. 79 n^o.

(38) LL. 3 § 11 in f., 5 § 4 D. *h. t.*

(39) L. 3 § 13 D. *h. t.*

gehad heeft, maar tevens de wettige aankomst of het regt der erfdiensbaarheid, en voorts dat bij hare vestiging de bevoegdheid tot herstelling is verkregen, daar het tegendeel bedongen of die bevoegdheid opzettelijk geregeld zijn kan (40). De praetor laat dus alleen herstelling toe overeenkomstig met des eischers titel. Bij gebreke van titel echter wordt het bewijs van langdurig genot (*diuturnus usus*) toegelaten (41).

Ook dit interdict ging zoowel van den kant des eischers, als van den gedaagde, op hunne regtverkrijgenden, hetzij onder algemeenen, hetzij onder bijzonderen titel, over (42).

§ 3.

Karakter en strekking.

Het interdict onderscheidt zich door de bijzonderheid, dat het van den eischer een titel vergt en dus de regten van het erf zelf ter sprake brengt. Daarom, zegt PAULUS, dat het eene eigendomsquaestie bevat (*proprietas causam continet*) (43). Maar ten onregte gelooft men hieruit te moeten afleiden, dat het eigenlijk slechts eene *confessoria* in den vorm van een interdict was (44). Beide regtsvorderingen hebben inderdaad slechts eene zeer toevallige verwantschap en, ofschoon men met de eene is afgewezen, blijft men niet te min in de andere ontvankelijk. De eisch ten *petitoire* namelijk kan ontzegd zijn, omdat de eischer in gebreke is gebleven zijn *eigendom* te staven, hetgene bij het interdict volstrekt niet

(40) L. 3 §§ 13, 14 D. *h. t.*

(41) L. 5 § 3 D. *h. t.*

(42) L. 5 § 2 D. *h. t.*

(43) L. 2 § 2 D. *de Interd.* (43. 1.)

(44) v. S. 598.

van hem wordt verlangd. Daarentegen is men misschien met het interdict in het ongelijk gesteld, omdat men niet in staat bleek het gevorderd *regtmatig gebruik* (45), of de beweerde *bevoegdheid tot herstelling* (46), of de *stoornis*, van den gedaagde ondervonden (47), te bewijzen; altemaal punten die ten petitoire niet ter sprake komen. In het eene geval houdt het vonnis in: *dat de servituut aan den eischer niet toebehoort* (ius eundi AULI AGERII non esse); in het andere: *dat de gedaagde niet tegen het verbod des praetors gezondigd heeft* (NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO vim contra edictum non fecisse); zoo dat het onderwerp van het gewijsde geenszins in beide gevallen hetzelfde is. Men kan niet meer zeggen dan dat hij, die met een dezer beide regtsmiddelen triomfeerde, naderhand tot bewijs van het bestaan der servituut of ter afwering der negatoria zich op dat gewijsde mag beroepen. Maar het kenmerk der petitoire en possessoire actie is ten deze, gelijk overal elders, dat men *bij gene* het bewijs moet leveren als *eigenaar* bevoegd te zijn, om de regten des erfs *als de zijne* te doen gelden, terwijl men daarentegen *bij deze* in hoedanigheid van *regtmatig bruiker* der servituut aantoot, dat *het regt tot herstelling* aan het erf, dat men bezit, toekomt.

Het dienstbaar erf toch is, uit den aard der zaak, niet belast met het onderhoud des wegs, waaruit volgt, dat men den bezitter van het heerschend erf nog geenszins het genot der erfdienstbaarheid betwist, alleen omdat men hem belet dat onderhoud zelve te bewerkstelligen; ja integendeel overigens zeer bereid kan zijn te dulden, dat hij zich van den weg, zoo goed hij kan, bediene. Maar een weg dien men niet onderhoudt wordt op den

(45) L. 3 § 13 D. h. t.

(46) L. 3 § 14 D. h. t.

(47) LL. 4 § 1, 5 § 1 D. h. t.

Themis, D. III, 3de St. [1856].

langen duur onbruikbaar, en zoo zou zulks ten slotte toch weder het middel worden om van de erfdiensbaarheid verlost te raken (48). Om die reden begreep de praetor deswege een afzonderlijk interdict te moeten beloven en, dewijl thans de eischer verlangt iets te verrigten aan het erf zijns buurmans en eene nieuwigheid daar te stellen, vergt hij een titel (49). Maar het regt om den weg te onderhouden veronderstelt natuurlijk, dat de weg zelve aan het erf verkregen zij, en zoo kwam het, dat hier het bewijs van het *ius reficiendi* het bewijs van het *ius eundi* in zich sloot (50).

§ 4.

Stoornis.

De praetor verbiedt aan den gedaagde den eischer in het maken van den weg te hinderen. Zal echter die verhindering niet ongestraft blijven, zoo behoort zich de eischer tot het maken of herstellen van den weg strikt te bepalen.

Hij mag niet meer doen dan de zaken in den vorigen staat terugbrengen, zonder verbreeding, verlenging, verlaging, ophooging of eenige andere verbetering, verandering of nieuwigheid (51). Het maken van nieuwe schoeijingen, indien zulks voor het behoud des wegs noodig is, staat hem echter vrij (52).

Onder het regt van herstelling is ook begrepen het regt om de tot het werk benoodigde materialen aan te voeren. Eertijds werd dit geval in het interdict opzettelijk voorzien,

(48) L. 3 § 12 D. *h. t.*

(49) L. 3 § 13 D. *h. t.*

(50) L. 3 § 14 D. *h. t.*

(51) L. 3 § 15 D. *h. t.*

(52) L. 3 § 16 D. *h. t.*

doch later liet men die voorziening, als toch van zelf sprekende, weg. De eischer moet ook in dit opzigt zich tot het strikt noodige bepalen en zorgen zoo weinig overlast mogelijk aan te doen. Kiest hij voor het vervoer juist den langsten of nadeeligsten, in plaats van den kortsten of voor den gedaagde minst bezwaarlijken weg, dan heeft hij het belet, dat hem wordt aangedaan, zich zelve te wijten (53).

Het bewijs der stoornis wordt hier op dezelfde wijze als bij het vorig interdict geleverd. Als de gedaagde dadelijk verklaart zich tegen de reparatie te verzetten, behoeft dus alleen te blijken van des eischers regt. Anders moet eene waarachtige verhindering afgewacht en aangetoond worden.

§ 5.

Quasi bezit.

Ofschoon geen uitdrukkelijk getuigenis het leert, mag men gerust aannemen, dat ook dit interdict den quasi bezitter werd toegestaan, want zijn belang was hetzelfde en er bestond geen grooter bezwaar om van hem, dan om van den bezitter het bewijs van het regt des erfs te eischen.

B.

Watergerechtigdheden.

Algemeene opmerking (1).

Het water werd verdeeld in twee soorten, in water dat het gansche jaar door en water dat alleen des zomers genomen wordt (*aqua cotidiana* en *aqua aestiva*) (2). Door

(53) LL. 4, 5 pr. § 1 D. h. t.

(1) D. *de aqua cotidiana et aestiva*. (43, 20).

(2) L. 1 § 3 D. h. t.

zomer verstaat men de helft des jaars die verloopt tusschen de voor- en na-jaars dag- en nachtsevening. (3) Het water is zomerwater, als het of uit eigen natuur, of ten gevolge van de gesteldheid des erfs, of naar de gewoonte des bezitters slechts in dat jaargetijde genoten wordt (4).

Voor iedere dezer soorten van waterleidingen geeft de praetor een bijzonder interdict (5). Oorspronkelijk had men bij deze interdicten het gewone geval van koude wateren die ter besproeiing van landerijen dienen op het oog, doch deze omstandigheid is op zich zelf onverschillig, en het doet er dus niet toe, of het koude of heete wateren zijn, noch waartoe men ze, zelfs in de stad, gebruiken wil, mits het genot der waterleiding maar behoorlijk bewezen zij (6).

Dergelijke interdicten (7) worden voorts gegeven ter zake der servituten van waterhaling en veedrenking uit eens anders bron, meertje, vijver of put (8).

Alle deze interdicten hebben uitsluitend betrekking op levend water (*aqua perennis*) (9), dat van eene bepaalde plaats, waar het zijn oorsprong heeft (*caput aquae*) (10), naar het heerschend erf wordt afgevoerd, het zij uit eene aldaar ontspringende bron, of uit een voorbijvlietenden stroom, uit een meertje, of van waar het van onder den grond opborrelt (11). Als het eerst kunstmatig naar boven moet worden gebragt, b. v. als het

(3) L. 1 § 32 D. *h. t.*

(4) L. 1 §§ 2, 3, 4, 6 D. *h. t.*

(5) L. 1 §§ 1, 30 D. *h. t.*

(6) L. 1 §§ 11, 13, 14 D. *h. t.*

(7) L. *un. pr.* §§ 1, 6, 7 D. *de Font.* (43. 22.)

(8) L. *un.* §§ 1, 10 D. *de Font.* (43. 22.)

(9) L. 1 § 5 D. *h. t.* L. *un.* § 4 D. *de Font.* (43. 22.). L. 23 D. *de S. Pr. U.* (8. 2.)

(10) L. 1 § 7 D. *h. t.* L. 9 D. *de S. Pr. R.* (8. 3.)

(11) L. 1 §§ 6, 8 D. *h. t.*

diep onder den grond verscholen ligt of zich in eene put bevindt, kan wel de servituut van waterhaling (*haustus aquae*), maar niet van waterleiding (*aquae ductus*) (12) bestaan en op eene kom b. v., waarin zich 's winters het regenwater verzamelt, is zelfs eerstgenoemde niet mogelijk (13).

a.

Regt van waterleiding.

a.

INTERDICTUM DE AQUA COTIDIANA ET AESTIVA (14).

§ 1.

Procédure.

Het interdictum de aqua cotidiana is van den volgenden inhoud:

Ik verbied den gedaagde u te verhinderen het water in geschil naar uw erf te leiden op denzelfden voet, als waarop gij het *ten vorige jare*, ten zijnen aanzien zonder geweld, niet heimelijk, noch ter bede, geleid hebt (15).

Het interdictum de aqua aestiva was eensluidend, behalve dat daarin, in plaats van *ten vorigen jare*, gezegd werd *in den naastvoorgaanden zomer* (16).

(12) L. 1 § 6 D. *h. t. L. un. pr.* § 4 D. *de Font.* (43. 22.). L. 2 D. *comm. Pr.* (3. 4.)

(13) L. *un.* § 4 D. *de Font.* (43. 22.)

(14) D. *de aqua cotidiana et aestiva.* (43. 20.)

(15) *Uti, AULI AGERI, hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario a NUMERIO NEGIDIO duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto.* L. 1 pr. D. *h. t.*

(16) *Uti, AULI AGERI, priore aestate aquam rel.* L. 1 § 29 D. *h. t.*

De procédure was dezelfde als bij het interdictum de itinere actuque privato.

§ 2.

Vereischten om met het interdict te slagen.

Het verschil tusschen onze twee interdicten is gelegen in den termijn, binnen welken de eischer moet aantoonen het vroeger genot der waterleiding gehad te hebben (17).

Bij het eerste wordt daarvoor, even als bij het interdictum de itinere, genomen het jaar op den dag der uitspraak verlopen; bij het andere, de naastvoorgaande zomer (18). Wordt het derhalve aangevraagd op den laatsten dag van dezen zomer, zoo moet men anderhalf jaar, wordt het gevraagd op den laatsten dag van dezen winter, zoo moet men twee jaren terugrekenen (19).

Wanneer men genot kan bewijzen wel voor dezen, maar niet voor den naastvoorgaanden zomer (20), of gewoon is in plaats van des zomers, juist des winters de waterleiding te gebruiken, wordt een dergelijk interdict verleend (21).

Het is niet noodzakelijk hier, gelijk bij het interdictum de itinere, een minstens dertigmaal, of zelfs een herhaald gebruik te bewijzen, zoodat men, des noods, met de aanwijzing van ééne enkele uitoefening kan volstaan (22). Ook maakt het ten deze geen onderscheid, of men zich het regt van waterleiding geheel onbeperkt

(17) L. 1 § 31 D. h. t.

(18) L. 1 § 33 D. h. t.

(19) L. 1 § 34 D. h. t.

(20) L. 1 § 36 D. h. t.

(21) L. 1 § 35 D. h. t. Een interdict dus *uti hac aestate, uti priore hyeme, uti hac hyeme.*

(22) L. 1 § 3 D. h. t.

of met zekere beperkingen (b. v. om den anderen dag) toeschrijft, schoon in het laatste geval de letter van het interdict eene andere beslissing zoude schijnen te be- gunstigen (23).

De aard van het gebruik is overigens bij deze servi- tuten weder geheel dezelfde. Het behoort het karakter te dragen van de handeling van iemand, die meent eene wezenlijke, aan het erf toekomende erfdienstbaarheid uit te oefenen (24). Doch de aard der zaak maakt, dat 's men- schen toedoen hier soms niet regtstreeks noodig is; na- melijk, wanneer iemand meer dan een jaar geleden de waterleiding gemaakt heeft en nu binnen het jaar het water hem daardoor van zelf is blijven toevloeijen, geldt ook zoodanig genot, even als bij de verjaring (25), als genoegzaam, niettegenstaande, stipt genomen, niet ge- zegd kan worden, dat *de eischer* het water binnen den termijn *geleid heeft* (26).

Ook de personen, wier genot zich de eischer mag toerekenen, zijn naar dezelfde regelen als bij het inter- dictum de itinere te beoordeelen (27) en het genot moet op dezelfde wijze zonder gebreken geweest zijn (28), zoodat het ook hier niet schaadt, al heeft men onregt- matig genot gehad, mits men slechts bovendien ook regmatig kunne aantoonen (29). Eindelijk kunnen ook deze interdicten worden gerigt tegen ieder die den eischer verhindert (30).

(23) L. 1 § 22 D. h. t.

(24) L. 1 §§ 9, 10, 19, 39 D. h. t.

(25) L. 12 D. *Qu. serv. amitt.* (3. 6.)

(26) L. 1 § 21 D. h. t.

(27) L. 1 § 27 D. h. t.

(28) L. 1 pr. §§ 10, 29 D. h. t.

(29) L. 1 § 20 D. h. t.

(30) L. 1 § 25 D. h. t.

§ 3.

Karakter en strekking.

Ook in karakter en strekking komen deze interdicten geheel met dat de itinere overeen. Zij dienen wederom om den bezitter van het erf te handhaven en in de toekomst te waarborgen tegen verhindering in de uitoefening der servituut (31), opdat men hem niet eigendunkelijk van het voordeel om ten petitoire gedaagde te zijn kunne versteken (32), en de regten des eigendoms niet ten nadeele des eigenaars te niet gaan (33). Zij behooren dus tot de klasse der interdicta retinendae, en, zoo een regtverkrijgende ze ter zake van het genot zijns auteurs instelt, adipiscendae possessionis.

§ 4.

Stoornis.

Door stoornis wordt verstaan alle verrigting op het dienende erf, hetzij door afgraving, beplanting, hakken of snoeijen van boomen, bouwen of anderzins, waardoor het water vuil, bedorven, onbruikbaar of minder goed wordt (34), en iedere verhindering van het genot, hetzij door belet, hetzij door verbod. Maar de stoornis is eerst dan strafbaar, als de eischer is gebleven binnen de perken van het vroeger bewijsselijk door hem gehad genot (35). Indien hij dus ander water, of op andere wijze dan te voren leiden wil, wordt de eisch ontzegd (36).

(31) L. 1 § 1 D. h. t.

(32) L. 1 § 45 D. h. t.

(33) L. 1 § 23 D. h. t.

(34) L. 1 § 27 D. h. t.

(35) L. 1 §§ 15, 27 D. h. t.

(36) L. 1 § 15 D. h. t. Cf. L. 24 D. de S. Pr. R. (3. 3.)

Is het water echter eenmaal op zijn grond (37), zoo kan hij er mede doen wat hij wil. Maar hij mag dezelfde waterleiding niet gebruiken om, behalve het oude, noch ander water naar zijn erf te voeren, want dit zoude eene nieuwigheid zijn, die de gedaagde veilig kan beletten (38). Beweert de eischer het regt van waterleiding te hebben om den anderen dag, en blijkt het, dat hij het vroeger heeft uitgeoefend als kwam het hem toe om den vierden dag, zoo moet hij zich aan het laatste houden (39). Evenzoo is het gesteld met de uren waarop hij de servituut uitoefent (40).

Het bewijs der werkelijke verhindering komt echter niet te pas, als de gedaagde, onverschillig of hij de bezitter van het belaste erf of een derde zij (41), aanstonds bij de uitspraak van het interdict zich tegen het genot des eischers verklaart te verzetten.

§ 5.

Quasi bezit.

Het mag ook hier voor zeker worden gehouden, dat houders wegens personeel servituut (42) of opstal (43) zich van deze interdieten konden bedienen.

(37) L. 1 § 16 D. *h. t.*

(38) L. 1 § 17 D. *h. t.*

(39) L. 1 § 22 D. *h. t.*

(40) L. 2 D. *h. t.*

(41) L. 1 § 25 D. *h. t.* Over dwangmiddelen tegen een gedaagde die zich niet wil verdedigen cf. L. 18 D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(42) L. 1 § 37 D. *h. t.*

(43) Cf. L. 1 § 14 D. *h. t.* L. 1 § 9 D. *de superf.* (43. 18.) L. 11 § 1 D. *de Publ. in r. a.* (6. 2.)

§ 6.

Interdictum restitutorium, duplex.

Het is eene opmerkelijke eigenschap dezer interdicten, dat zij soms ook een restitutoir karakter aannemen (44). Als namelijk de gedaagde door aan den eischer het genot te benemen de verjaring der servituut bewerkt heeft, is hij gehouden deswege vergoeding te geven, het zij door het regt op nieuw te verleenen, het zij door de waarde er van te betalen (45). De eischer behoudt deze vordering, die waarschijnlijk met een bijzonder daartoe ingerigt regtsmiddel (*iudicium secutorium de restituenda re*) vervolgd werd, niettegenstaande hij inmiddels het erf zelf moge hebben vervreemd (46).

Wijders kon het geval zich voordoen, dat door beide partijen op het genot derzelfde waterleiding aanspraak werd gemaakt. Dan werd een wederkeurig interdict (*duplex interdictum*) uitgesproken (47), zoodat men wederzijds en als eischer en als gedaagde optrad en om beurten stipuleerde en restipuleerde, even als bij het *interdictum uti possidetis*, hoewel met dat onderscheid, dat hier beide partijen haar beweren staven en dus over en weder in het gelijk en het ongelijk gesteld konden worden, daar niet, evenzeer als bezit aan dezelfde zaak, zoo ook genot van meerderen aan dezelfde waterleiding eene onmogelijkheid is (48).

(44) L. 1 § 1 D. *h. t.*

(45) L. 1 § 23 D. *h. t.*

(46) L. 1 § 24 D. *h. t.*

(47) L. 1 § 26 D. *h. t.* PAUL. R. S. V. VI. § 9.

(48) LL. 3 § 1, 4, 5 D. *h. t.* L. 2 §§ 1, 2 D. *de S. Pr. R.* (8. 3.). L. 16 D. *Qu. serv. amitt.* (8. 6.)

β.

INTERDICTUM DE RIVIS (49).

§ 1.

Procédure.

De inhoud van het interdict was :

Ik verbied den gedaagde u, mits het water leidende op denzelfden voet, als gij zulks ten vorige jare (in den naast voorgaanden zomer), ten zijnen aanzien zonder geweld, noch heimelijk, noch ter bede, gedaan hebt, te verhinderen de werken uwer waterleiding te herstellen en schoon te maken (50).

De procédure was gelijk aan die van het interdictum de itinere reficiendo, weshalve ook hier de cautio damni infecti moest worden gesteld (51).

§ 2.

Vereischten om met het interdict te slagen.

Het interdict kon gerigt worden tegen iedereen die de herstelling of reiniging belet en de eischer volstaan met het bewijs van zoodanig regtmatig gebruik, als bij de voorgaande interdicten vereischt wordt (52).

(49) D. de Rivis. (43. 21.)

(50) NUMERI NEGIDI, rivus, specus, septa reficere, purgare aquae ducendae causae quo minus liceat AULO AGERIO, dum ne aliter aquam, qua de agitur, ducat, quam uti (hoc anno) priore aestate non vi, non clam, non precario a te duxit, vim fieri veto. L. 1 pr. D. h. t.

(51) L. 3 § 9 D. h. t. L. 30 D. de damno infecto. (39. 2.)

(52) LL. 1 § 9, 3 §§ 4, 5, 6, 7 D. h. t.

§ 3.

Karakter en strekking.

Dit regtsmiddel voorziet bij waterleidingen in dezelfde gaping als het interdictum de itinere reficiendo bij overpaden (53) en komt daarmede in het algemeen overeen, doch vordert van den eischer geen vertoon zijns titels. Als reden van dit onderscheid vindt men opgegeven, dat een weg, hoe slecht ook, nog altoos, vooral des zomers, eenig gebruik toelaat, maar de toevoer van water bij niet herstelling of verstopt raken der waterleiding geheel ophouden en mensch en vee van dorst vergaan zouden (54).

§ 4.

Stoornis.

Wat onder verhindering te verstaan zij wordt naar dezelfde regelen als bij het interdictum de itinere reficiendo beoordeeld (55), doch van de bedoelde werken eene breede beschrijving gegeven. Zij zijn *rivi*, overdekte of opene kanalen, buizen of goten, waardoor men het water naar zich toevoert (56); *specus*, bedekte watergangen, vooral om het water van boven naar beneden te brengen (57); *septa*, sluizen en afdammingen die den loop des waters dwingen (58), vooral ter plaatse

(53) L. 1 §§ 1, 8 D. h. t.

(54) L. 4 D. h. t.

(55) L. 3 §§ 7, 8, 9, 10 D. h. t.

(56) L. 1 § 2 D. h. t. FEST. in v. rivus. 273. ISIDOR. Orig. XIII. c. 21.

(57) L. 1 § 3 D. h. t. ISIDOR. Orig. XIV. c. 11. VITRUVIUS, Archit. VIII. c. 7.

(58) L. 1 § 4 D. h. t.

waar het zijn oorsprong heeft (*caput aquae*) en de eerste insnijdingen (*ineilia*) of de mond der waterleiding zich bevindt (59). Ook andere werken, als gegraven slooten (*fossae*), putten (*putei*) (60), vijvers die dienen tot gemeenschappelijken ontvanger of vergaarbak (*lacus*) (61) en dergelijken kunnen onder het interdict begrepen worden.

Door herstellen wordt weder verstaan brengen in den vorigen staat zonder nieuwigheden (62), hetgene evenwel hier iets minder streng genomen wordt, zoodat het maken van eenige verbetering, mits den last van het dienende erf niet verzwarende, in redelijkheid toegelaten wordt (63). Men mag of alleen herstellen, of alleen reinigen of beiden te gelijk (64); en de benoodigde materialen, mits op de voor den gedaagde minst lastige wijze, aanvoeren (65).

b.

Regt van waterhaling.

INTERDICTUM DE FONTE ET DE FONTE REFIICIENDO (66).

§ 1.

Procédure.

Ter zake der servituten van waterhaling (*aquae haustus*) en veedrenking (*pecoris ad aquam appulsus*) wor-

(59) L. 1 § 5 D. *h. t.* L. 1 § 3 D. *de aqu. cot.* (43. 20.)

(60) L. 1 § 5 D. *h. t.*

(61) L. 3 § 3 D. *h. t.*

(62) L. 1 § 6 D. *h. t.*

(63) LL. 1 §§ 10, 11, 2, 3 pr. §§ 1, 2 D. *h. t.*

(64) L. 1 § 7 D. *h. t.*

(65) L. 3 § 10 D. *h. t.*

(66) D. *de Fonte.* (43. 22.)

den gelijksoortige interdicten als bij waterleidingen gegeven, zoo tot handhaving van het genot zelf, als tot herstelling en reiniging (67).

Het eerste was van dezen inhoud:

Ik verbied den gedaagde u te verhinderen het water te gebruiken van de bron in geschil op denzelfden voet als gij zulks ten vorigen jare, ten zijnen aanzien zonder geweld, niet heimelijk, noch ter bede, gedaan hebt (68).

Het andere:

Ik verbied den gedaagde u te verhinderen de bron in geschil te herstellen en schoon te maken, opdat gij het water kunt bijeen houden en gebruiken, mits het gebruikende op denzelfden voet als gij zulks ten vorigen jare, ten zijnen aanzien zonder geweld, niet heimelijk, noch ter bede, gedaan hebt (69).

De procedure is gelijk aan die bij waterleidingen.

§ 2,

Vereischten om met deze interdicten te slagen.

Er wordt van den eischer gevorderd bewijs van vroeger regtmatig genot, even als bij waterleidingen (70).

(67) L. un. §§ 1, 2, 7 D. h. t.

(68) Uti de eo fonte (lacu, puteo, piscina) quo de agitur, AULI AGERI, hoc anno aquam nec vi, nec clam, nec precario a NUMERIO NEGIDIO usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto. L. un. pr. D. h. t.

(69) Quo minus fontem (lacum, puteum, piscinam) quo de agitur, AULI AGERI, purges, reficias, ut aquam coercere, utique ea possis, dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno nec vi, nec clam, nec precario a NUMERIO NEGIDIO usus es, vim fieri veto. L. un. §§ 6, 10 D. h. t.

(70) L. un. §§ 3, 8, 11 D. h. t.

§ 3.

Karakter en strekking.

In dit opzigt stemmen onze interdicten insgelijks geheel met de vorigen overeen (71).

§ 4.

Stoornis.

Wat de stoornis betreft, overigens weder op dezelfde manier te bepalen (72), verdient het opmerking, dat onder het regt van waterhaling en veedrenking ook begrepen is het regt van toegang tot de bron (73) en hij, die meer stuks vee dan ten vorigen jare wil drinken, niet voor het geheel, maar slechts voor het meerdere daarin mag verhinderd worden (74).

Door *bijeenhouden* wordt hier verstaan het beletten, dat het water wegloopt en zich verspreidt (75).

Nieuwigheden kunnen ongestraft worden belet (76).

JUSTINIAANSCH REGT.

Inleiding.

§ 1.

Justiniaansch regt.

Het Romeinsche rijk sleepte zijn staatkundig aanzijn voort lang, nadat het volk, welks naam het droeg,

(71) L. un. §§ 1, 7 D. h. t.

(72) L. un. §§ 1, 2, 8 D. h. t.

(73) L. un. § 5 D. h. t. L. 3 § 3 D. de S. Pr. R. (8. 3).

(74) L. 1 §§ 18 D. de aqu. cot. (43. 20.)

(75) L. un. § 9 D. h. t.

(76) L. un. §§ 8, 9 D. h. t.

van het wereldtooneel afgetreden was. De groote gebeurtenissen, die dit nieuwe tijdvak in de geschiedenis aankondigden en kenschetsten, waren de zegepraal van het volstreckte despotisme, de verheffing der Christelijke belijdenis tot Godsdienst van den Staat en de verplaatsing van den rijksetel naar CONSTANTINOPEL. Voor de ingezetenen des rijks behield het oude regt zijne verbindende kracht, maar met den ondergang der natic, uit wier boezem het was voortgekomen, werd daarin het leven uitgebluscht. Het geslacht der groote Juristen stierf uit, en aan de verandering der staatsregeling paarde zich de algeheele afschaffing der vroegere wijze van procederen (*ordo iudiciorum*), die op de vorming en beschaving des regts van zoo grooten invloed was geweest.

Het Romeinsche regt kon toen vergeleken worden met een antiek gebouw, waarvan de nieuwe eigenaar de inrigting, waar zij te zeer aan de ouderwetsche smaak en eigendommelijke denkbeelden der stichters herinnert, hier en daar wijzigt en meer voor zich van pas tracht te maken, doch zonder aan het geheel de hand te slaan of de hoofdmuren en grondvesten te durven aantasten. Deze taak, door zijne voorgangers begonnen, heeft de keizer JUSTINIANUS op eene uitstekende wijze volbragt en zijne wetgeving behoort dus ten grondslag te worden gelegd aan de beschrijving van dien lateren toestand, die hier, in tegenstelling van het klassieke, door de benaming *Justiniaansch regt* wordt aangeduid.

§ 2.

Interdicten (1).

De regtsbedeeling bevond zich nu uitsluitend in de

(1) *I. de Interd.* (4. 15.). *D. eod.* (43. 1.). *C. eod.* (8. 1.). SCHMIDT. 321—328.

handen van openbare ambtenaren. De geschriften der klassieke juristen waren verbindende voor den regter (2). Eene aanvraag om het begeerde interdict kwam niet meer te pas (3), want de plaats in het edict waarin het beloofd werd gold als geschreven wetsbepaling. Ook de bijzondere procédure met hare sponsiones, en wat dies meer zij, was vervallen en in plaats van dit alles eene eenvoudige actie getreden (4), die reeds vroeger dan anderen van lastige termijnen en formaliteiten bevrijd was (5). De materieele vereischten van sommige dezer regtsmiddelen ondergingen eenige verandering door keizerlijke verordeningen (constitutiones).

EERSTE HOOFDSTUK.

Interdicta restitutoria.

Algemeene opmerking.

De veranderingen in de wijze van procederen waren bij de restituitoire interdicten van luttel beteekenis, want het bevel tot restitutie kon veilig als noodelooze formaliteit wegvallen, zoodat het groote onderscheid hierop nederkwam, dat de arbitraire actie die in het klassieke regt *konde* gevraagd worden thans de eenig mogelijke geworden was.

I.

INTERDICTUM UNDE VI. CONSTITUTIONES (1).

In het Justiniaansche regt is het interdictum unde vi

(2) C. Th. *de respons. prud.* (1. 4.)

(3) L. un. C. Th. *de omit. act. impetr.* (2. 3.). L. 1 C. *de form.* (2. 58.)

(4) § 3 J. h. t. LL. 3, 4. C. h. t.

(5) LL. 5, 6 C. Th. *de denunt.* (2. 4.). L. 4 C. h. t. (3. 1.). SCHMIDT. 334, 335.

(1) D. *de vi.* (43. 16.). C. *unde vi.* (3. 4.). C. Th. *unde vi.* (4. 22.) v. S. § 43. (566—573)

Themis, D. III, 3de St. [1856].

de regtsvordering waarmede de verdreven bezitter of quasi bezitter van dengene die de ontzetting heeft gepleegd herstelling en schadevergoeding vraagt (2).

Van het formeele verschil tusschen *directum* en *utile* is natuurlijk geene sprake meer, en ook de onderscheiding tusschen eenvoudig en gequalificeerd geweld (*vis* en *vis armata*) komt niet meer te pas. In beide gevallen geldt thans de éénjarige verjaring (3). De actie voor zoo ver de gedaagde is gebaat is onderworpen aan de algemeene verjaring van dertig jaren (4). Daarentegen volgt JUSTINIANUS het *interdictum de vi armata* na in het weglaten der exceptien wegens gebrekkig bezit, hetgene in verband staat met de keizerlijke verordeningen *nopens eigenvrifting*.

Reeds in het klassieke regt konde het feit van geweldadige ontzetting grond opleveren niet slechts voor eene burgerlijke actie, maar bovendien voor eene vervolging tot straf uit kracht der *leges juliae de vi* (5).

De Christelijke keizers vonden het noodzakelijk deze strafbedreigingen te versterken (6). Inzonderheid schijnt zich in het Byzantijsche rijk vaak te hebben voorgedaan het geval, dat bij geschil over grondeigendom de beweerde eigenaar zich, hangende het proces of zelfs geheel buiten geding, eigenmagtig in het bezit stelde. Ten einde dit tegen te gaan, verordende CONSTANTINUS in 319 dat, wanneer zoo iets gebeurd was, de loop der zaak de volgende wezen zou.

Overeenkomstig den ouden regel, dat het *possessoir*

(2) L. 1 pr. D. *h. t.* LL. 2, 4 C. *h. t.*

(3) LL. 1 § 39, 3 § 12 D. *h. t.* L. 2 C. *h. t.*

(4) L. 11 C. *h. t.*

(5) L. 1 § 2 D. *h. t.* LL. 4, 8 C. *h. t.* § 6 *I. de Interd.* (4. 15.). LL. 3 § 2, 4 D. *ad leg. Jul. de vi publ.* (48. 6.). L. 8 D. *ad leg. Jul. de vi priv.* (48. 7.). L. 152 pr. D. *de R. J.* (50. 17.)

(6) LL. 1, 2 C. *Tr. ad leg. Jul. de vi.* (9. 10.)

gaat voor het *petiloir* (7), moest ten civiele, voor alle verdere *procédures*, over het gepleegd geweld incidenteel uitspraak gedaan en de verdreven bezitter hersteld worden. De strafvervolging te dier zake moest echter geschorst blijven tot na de beslissing der zaak ten principale, of den afloop van het geding over den eigendom (8). Valt dit laatste ten nadeele des beweerden eigenaars uit, zoo wordt hij ter zake dier eigenrigting met deportatie en verbeurdverklaring van zijn vermogen bestraft. Gelukt het hem alsnog zijn eigendom te bewijzen, zoo vervalt de helft der gereclameerde goederen aan den Staat (9).

Laatstgenoemde straf echter kon, uit den aard der zaak, niet in stand blijven, nadat VALENTINIANUS II in 381 verordend had, dat hij bewijs zijns eigendoms de reclamant dit geheel verbeuren zoude *ten behoeve zijner civiele tegenpartij* (10), in navolging misschien van hetgene reeds in het klassieke tijdperk door MARCUS was bepaald ten opzichte van een schuldeischer, die daden van eigenrigting pleegt (11).

Acht jaren later, in 389, vond genoemde keizer nogmaals gelegenheid om op dit onderwerp terug te komen en het gestelde beginsel nader te regelen. Naar het

(7) Beiden werden behandeld voor denzelfden regter. L. 10 C. *de Jud.* (3. 1.)

(8) Anders was als regel juist de omgekeerde verhouding aangenomen, namelijk dat de burgerlijke actie geschorst blijft tot na de beslissing der strafzaak. L. 4 C. *de ord. iud.* (3. 8.). L. 33 C. *ad leg. Jul. de adult.* (9. 9.). Onder de ANTONYNEEN werd dan ook in ons geval nog aan de publieke actie den voorrang gegeven, zoo wel boven de *possessoire* als boven de *petitoire*. L. 37 D. *de Jud.* (5. 1.). I. 5 § 1 D. *ad leg. Jul. de vi publ.* (48. 6.). Reeds SEVERUS echter gaf de prioriteit aan het interdict. L. 1 C. *de appell.* (7. 62.)

(9) L. 3 C. *Tr. ad leg. Jul. de vi.* (9. 10.).

(10) L. 2 C. *Tr. h. t.*

(11) LL. 12 § 2, 13 pr. D. *quod met. c.* (4. 2.) LL. 7, 8 D. *ad leg. Jul. de vi priv.* (48. 7.)

schijnt ten gevolge van het bedwingen van een opstand, waren een aantal bezittingen van misdadige personen door de keizerlijke administratie in beslag genomen. Van eenige dier goederen maakten derden, bewerende de regte eigenaars te zijn, zich zonder vorm van proces meester. Hieruit neemt de keizer aanleiding tot het uitvaardigen eener algemeene wet, houdende, dat ieder, die op eigen gezag en zonder behoorlijk vonnis goederen, die hij beweert hem toe te behooren, in bezit neemt, in de eerste plaats door den regter zal genoodzaakt worden ze aanstonds aan den beroofden bezitter terug te geven, en vervolgens, bij bewijs zijns eigendoms, dit aan den bezitter verliezen en, bij gebreke daarvan, veroordeeld worden zal aan dien bezitter de volle waarde der zaak uit te keeren (12); waarbij het opmerking verdient, dat reeds iets dergelijks door CONSTANTINUS was vastgesteld, ingeval van aanmatiging van grond bij twist over grensscheiding (13).

Door deze latere, meer omvattende wet werd natuurlijk de vorige overtollig gemaakt. De stand der wetgeving was nu deze. De bepalingen van CONSTANTINUS nopens het verband der burgerlijke en der publieke actie en de tegen den niet-eigenaar uit te spreken deportatie en confiscatie bleven in haar geheel. Doch de door hem tegen den eigenaar bedreigde straf was vervallen, dewijl eene verbeurdverklaring van de helft der gereclamêerde goederen in het nieuwe stelsel niet meer paste, en men het niet noodig schijnt geacht te hebben eene andere te bedenken.

Deze voorschriften gingen uit den THEODOSIAANSCHEN in den JUSTINIAANSCHEN CODEX over (14). De compila-

(12) L. 3 C. TH. *h. t.*

(13) LL. 1, 2 C. TH. *Fin. reg.* (2. 26.)

(14) Men vindt nog twee verordeningen over dit onderwerp in de NOVELLEN VAN VALENTINIANUS III. c. 8. *de invasoribus*, wier inhoud

toren vergenoegden zich het overtollige te schrappen en de uitdrukkingen, die hun min voegzaam toeschienen, eenigzins te wijzigen, doch lieten de zaak zelve onveranderd. Het eenige is, dat zij roerende zaken uitdrukkelijk ten deze met onroerende gelijkstellen (15).

De kracht dezer wetten ligt uitsluitend in de bijzondere gevolgen, die zij met den afloop van *het petitoir geding* verbinden, maar het gebod der teruggave van de eigenmagtig in bezit genomen zaak behelsde niets nieuws en bevatte slechts eene herbaling en inscherping der oude beginselen van het interdictum unde vi, of liever nog van de exceptio violentae possessionis bij de interdicta uti possidetis en utrobi (16), want ook in het klassieke regt was het steeds ongeoorloofd zich het voordeel van het bezit met geweld te verschaffen. Maar waar men zoo krachtig meende te moeten ijveren tegen eigenrigting, kon het zeker niet aangaan de onregtmaticheid van des eischers bezit als verontschuldiging van het door den gedaagde gepleegd geweld aan te nemen. JUSTINIANUS handelde dus consequent met de exceptiën wegens gebrekkig bezit hier geheel achterwege te laten.

het even wel onnoodig is te onderzoeken, daar de laatste slechts strekt om de eerste, weinige maanden vroeger uitgevaardigd, weder in te trekken, met uitdrukkelijke bijvoeging, dat het regt van den THEODOSIAANSCHEN CODEX onveranderd zal blijven gelden. Cf. et L. 2 in f. C. TH. *si cert. pet. de suffr.* (2. 23.)

(15) L. 7 C. h. t. L. 7 C. *ad leg. Jul. de vi.* (9. 12.). § 1 I. *de vi bon. rapt.* (4. 2.). § 6 I. *de Interd.* (4. 15.). L. 4 C. *Fin. reg.* (3. 39.). L. un. § 3 C. *de suffr.* (4. 3.)

(16) De toepassing onzer constitutiones ook op roerende zaken heeft dus in het Justiaansche regt niets bevreemdends, vooral omdat daarin met afschaffing der vroeger gebruikelijke kunstmatige herkenning het interdictum utrobi geheel aan dat uti possidetis is gelijk gemaakt, weshalve men hier niet, zoo als v. S. 527 fgg. doet, in strijd met L. 1. § 3 D. h. t., aan eene uitbreiding van het interdictum unde vi op roerende zaken denken mag.

Eene meer belangrijke uitbreiding onderging ons interdict ten behoeve van afwezigen. CONSTANTINUS namelijk gelastte den regter bij inbezitneming van goederen van afwezigen ambtshalve tusschen beiden te komen en voor de teruggave te zorgen en voorts ieder houder, zelfs een slaaf, met de actie tot herstelling namens zijnen afwezigen meester toe te laten, blijvende aan dezen bovendien onverlet ten allen tijde zijn regt persoonlijk te doen gelden, zonder dat hem eenige verjaring kunne worden tegengeworpen (17).

HONORIUS en ARCADIUS herhaalden deze bepaling in nog algemeener bewoordingen, en verklaarden zelfs de vrienden, magen of vrijgelatenen des afwezigen in zijn naam ontvankelijk (18). Insgelijks verboden zij de ten uitvoerlegging van een keizerlijk rescript of regterlijk bevel tot ontruiming tegen een afwezigen bezitter (19).

Ook deze voorschriften gingen uit den THEODOSIAANSCHEN in den JUSTINIAANSCHEN CODEX over (20). Eveneens wordt met ontzetting gelijkgesteld iedere inbezitneming van aan een afwezige behoorende onroerende goederen, al zijn zij verlaten (21), zoodat geen eigenlijk gezegd geweld bedreven is (22).

In alle andere opzigten bleven de vereischten van het interdict dezelfde, zoodat de voorstelling daarvan in de PANDekten gegeven een getrouw beeld van het klassieke regt oplevert. Ten aanzien der restitutie verdient opmerking, dat thans, daartoe termen zijnde, de terug-

(17) L. 1 C. TR. h. t.

(18) L. 4 C. TR. h. t.

(19) L. 5 C. TR. h. t.

(20) LL. 1, 2 C. *si quis per vim.* (8. 5.). L. 3 C. *qui leg. pers. in iud. hab.* (3. 6.) verleent de bevoegdheid tot het instellen der actie ook aan minderjarigen.

(21) LL. 5, 11 C. h. t.

(22) GAL. II. § 51. L. 38 D. *de U. et U.* (41. 3.)

gave der zaak zelve door eene ontruiming met behulp der gewapende magt konde bewerkt worden, en ter begrooting der schade bepaaldelijk in roerende goederen geleden, volgens eene verordening van ZENO, geen ander bewijs verlangd wordt dan des eischers eed, mits blijvende binnen eene vooraf door den regter te bepalen som (*ius iurandum zenonianum* (23)).

Uit het oogpunt der procedure was het interdict in zooverre bevoorregt, dat men het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaarde, niettegenstaande hooger beroep (24). De zaak moest worden aangebragt voor den regter der plaats, waar het geweld was gepleegd (25).

De naam van het interdict is in de verordeningen der Christelijke keizers *momenti*, of *momentanea* en *momentareae possessionis actio*, *momenti celeris reformatio*, welke benamingen echter ook schijnen te zijn gebezigd van de *possessoire actien* in het algemeen.

II.

INTERDICTUM QUOD PRECARIO.

In den JUSTINIAANSCHEN CODEX leest men eene wet van ZENO, waarin gezegd wordt, dat houders voor anderen, zoo als huurders en dergelijken, of bezitters ter bede die de zaak weigeren terug te geven en het tot een proces laten komen, bij volharding in hunne weigering tot aan het eindvonnis, zullen worden veroordeeld tot teruggave der zaak, *met bijbetaling der volle waarde*. Dezen maatregel verklaart de keizer te nemen in navolging van het door zijn voorganger VALENTIA-

(23) L. 9 C. h. t.

(24) L. 14 C. TH. *qu. appell.* (11. 36.). L. 1 C. TH. *si de momento.* (11. 37.) L. 1 C. *si de moment. poss.* (7. 69.)

(25) L. 1 C. *ubi de poss. agi op.* (3. 16.)

πυς II nopens eigenrigting bepaalde, aangezien zulk een oneerlijke houder of bezitter ter bede niet beter is dan de overweldiger van eens anders goed (invasor alienae possessionis) (1).

Met welke regtsvordering nu zal men die dubbele veroordeeling eischen?

Om van de reële actie, die hier kennelijk niet te pas komt, te zwijgen, vraagt men, naar het gemeene recht, gehuurde zaken terug met de actio locati, in bewaring gegevene met de actio depositi, ter bede bezetene met het interdictum quod precario. Er is geene reden om te veronderstellen, dat ZENO den eischer met eene dezer gewone actien het voordeel zijner verordening heeft willen onthouden. Integendeel, hij drukt zich zoo algemeen mogelijk uit, ja spreekt met nadruk van verhuurders die het gehuurde teruggeischen *volgens de wet* (locatores possessionem rerum suarum recuperare *secundum leges volentes*), waarbij hij bezwaarlijk aan eene andere dan de actio locati kan hebben gedacht.

Het meerendeel der uitleggers denkt nogtans hier weder aan het interdictum unde vi. In dat gevoelen moet men aannemen, dat ZENO het opzettelijk tot dit geval heeft willen uitbreiden, waarin het anders, daar hier geene ware ontzetting plaats grijpt, naar zijne oorspronkelijke bestemming niet bruikbaar wezen zou. Doch daarvan zegt de keizer geen woord. Het eenige wat hij wil is *verdubbeling van het bedrag der veroordeeling*, dat klaarblijkelijk geene nieuwe actie vereischt, en allermint het interdictum unde vi, waarbij zelfs in het toenmalige recht slechts eene *enkelvoudige* veroordeeling werd uitgesproken, daar de straf der eigen rigting eerst geleden werd bij de beslissing van *het petitoir*.

De grond van dit gevoelen is dan ook uiterst zwak,

(1) L. 10 C. U. V. (3. 4.)

daar het alleen berust op de toevallige plaatsing onzer wet in den titel unde vi. Maar ZENO zelf verklaart te handelen in navolging der wet van VALENTINIANUS II, zoodat niets natuurlijker was dan beiden bij elkander te voegen, te meer omdat het moeilijk zou zijn geweest eene verordening van zoo algemeene strekking op te nemen bij al de actien waarbij zij te pas kan komen. Trouwens, en dit ontnemt aan het argument al zijne kracht, men leest diezelfde wet nogmaals in den titel de locato et conducto (2).

Onder de door ZENO bedoelde regtsmiddelen is nu het interdictum quod precario de eenige possessoire actie, weshalve zijne verordening ter dezer plaatse moest besproken worden. Alzoo wijkt het Justiniaansche regt in zoo verre van het klassieke af, dat de tot de teruggave veroordeelde bezitter ter bede boven en behalve de zaak zelf nog de volle waarde moet uitkeeren (3).

TWEEDE HOOFDSTUK.

Interdicta prohibitoria.

De veranderde manier van procederen oefende den grootsten invloed uit op de prohibitoire interdicten. In het klassieke regt namelijk werd het bezit beoordeeld naar het oogenblik van de uitspraak des interdicts en de stoornis, of het zondigen tegen het verbod, gedacht als eene latere gebeurtenis. In het Justiniaansche regt zijn die interdicten geschrevene wetsbepalingen geworden en gebeurt dus juist het omgekeerde. (1) Voor de beoordeeling van het bezit komt in de plaats van het interdict het tijdstip van het instellen der actie (*litis contestationis tempus*) en daar-

(2) L. 33 (34) C. *de locat.* (4. 65.)

(3) Men herinnere zich echter, dat bij de *procédure cum periculo* ook de *summa sponsionis* werd betaald.

(1) BRUNS. 50. SCHMIDT. 323—333.

aan moet natuurlijk de stoornis voorafgaan (2). De verjaring wordt gerekend sedert die stoornis (3) en de reeks van gedingen die op het interdict plagten te volgen door eene eenvoudige actie vervangen.

I.

INTERDICTUM UTI POSSIDETIS (1).

Het interdictum uti possidetis is thans de actie waarmede de regtmatige bezitter van den gedaagde schadevergoeding vraagt ter zake van hem aangedane stoornis nog geen jaar geleden gepleegd (2).

De eischer moet dus het bezit reeds gehad hebben tijdens de stoornis en het tijdens het instellen der actie nog hebben (3).

Als de gedaagde zich bepaalt tot de ontkenenis, hetzij van des eischers bezit, hetzij van de hem te laste gelegde stoornis en op die gronden eenvoudig tot ontzegging van den eisch concludeert, is het interdict ontaard in eene gewone, eenzijdige regtsvordering uit onregmatige daad.

Maar als de gedaagde zijnerzijds op het bezit aanspraak maakt en beweert, of dat het bij hem en niet bij den eischer berust, of dat deze het met geweld, heimelijk of ten bede heeft, en op die gronden reconventioneel tot veroordeeling des eischers concludeert, noemt JUSTINIANUS in navolging der klassieke juristen het een *wederkeerig* interdict, waarbij beiden terzelfder tijd eischende en verwerende partijen zijn, eene controversia possessionis het

(2) § 6 I. de Interd. (4. 15.)

(3) L. 1 pr. D. U. P. (43. 17.)

(1) D. Uti poss. (43. 17.). C. eod. (6. 6.)

(2) L. 1 pr. D. h. t.

(3) § 6 I. de Interd. (4. 15.)

onderwerp der rechterlijke beslissing uitmaakt, en het petitoir geding wordt voorbereid (4).

Bewijst nu de gedaagde het gebrekkige van des eischers bezit, zoo wordt het hem toegewezen en erlangt hij het terug. Of hetzelfde gebeuren zal ten opzichte des eischers, schijnt af te hangen van de houding des gedaagden. Zoodra deze van zijn kant de toewijzing van het bezit vraagt en als eischer optreedt, wordt weder, als in het klassieke regt, de waarde der wederzijdsche aanspraken onderzocht en behaalt hij, die het jongste regelmatig bezit kan aantoonen, de overwinning. Maar als de gedaagde zich vergenoegt met de bloote ontkenning van des eischers bezit, of der beweerde stoornis, kan er, zou men meenen, over de al of niet regelmatigheid van zijn eigen bezit geen uitspraak gedaan worden.

Doch in het klassieke regt gold het behouden van het bezit door den onregtmatischen bezitter na de uitspraak van het interdict als stoornis. In het Justiniaansche moet men het zoo beschouwen, als werd het interdict ieder oogenblik tusschen ieder en zijn naaste uitgesproken, en wordt bezit tijdens de lisiscontestatio vereischt, omdat dit tijdpunt ten deze treedt in de plaats van de uitvaardiging des interdichts in het oude proces. Liet zich nu in dit laatste de exceptio vitiosae possessionis door eene fictieve anti-datering van gezegd tijdpunt verklaren, zoo moet thans deze fictie betreffen het oogenblik der lisiscontestatio. Het is waar, dat dan in gedachte de stoornis weder, als vroeger, posterieur wordt in plaats van anterior, maar over deze zwaarigheid stapte men waarschijnlijk, als over eene subtiliteit, heen. Bovendien is het niet gelooflijk, dat een verdreven bezitter in het Byzantijsche rijk ligt met het interdictum uti possidetis in plaats van met het interdictum unde vi ageerde. Men behield dus het traditionele

(4) §§ 4, 7 *I. de Interd.* (1. 15.). *I. un. C. h. t.*

beginsel meer bij in theorie dan in praktijk (5).

Ofschoon derhalve het oude regt, zooveel de veranderde instellingen het gedoogden, gehandhaafd werd, trad evenwel, wat daar op den achtergrond geschoven was, nu ongevoelig op den voorgrond. De hoofdstrekking van het interdict is thans handhaving des bezitters tegen stoornis en het begrip dier stoornis is van formeel reëel geworden (6). Als zoodanig wordt beschouwd iedere aanmatiging die den bezitter in het onbelemmerd genot en de vrije beschikking over de zaak bekommert. Wanneer ook nu nog gezegd wordt, dat zoodanige aanmatiging het karakter eener bezitsbetwisting (*controversia possessionis*) dragen moet, dient dit hoofdzakelijk om aan te toonen, dat feitelijkheden, alleen tegen den persoon gerigt, niet onder het begrip van stoornis vallen. B. v. zoo men den bezitter, die zich op het erf bevindt, uit baldadigheid steenen naar het hoofd werpt, is zulks wel eene met de *actio iniuriarum* vervolgbare belediging, maar geene stoornis in het bezit.

Als middel echter om zich tegen nog niet begonnen, maar in de toekomst gevreesde stoornis te vrijwaren, wordt het interdict, ook in het Justiniaansche regt, nergens beschreven.

II.

INTERDICTUM UTRUBI (1).

JUSTINIANUS verklaart, met afschaffing der vroeger gebruikelijke berekening van langdurigst bezit, ook in het interdictum utrubi de overwinning toe te kennen

(5) L. 3 pr. D. *h. l.*

(6) L. 1 § 4 D. *h. t.*

(1) D. *utrubi*. (43. 31.). C. Th. *eod.* (4. 23)

aan den *jongsten* regtmatigen bezitter en het dus in dit opzigt aan het interdictum uti possidetis gelijk te maken (2). Gewoonlijk leidt men hieruit beider algeheele gelijkstelling af en inderdaad schijnt men dit, althans wat het begrip van stoornis aangaat, te moeten aannemen, want, terwijl in het klassieke interdict alleen verboden wordt *het niet laten volgen* van den slaaf, spreekt JUSTINIANUS in het algemeen van *storen* (dum super hoc ab adversario *inquietatur*) (3). Men zal dan wel hetzelfde mogen doen ten aanzien der verjaring.

Van groot belang moest ons interdict blijven als een middel ter terugbekoming van weggelooopen slaven of lijfeigenen (coloni). Niettegenstaande hunne voortvlugtigheid toch werd men geacht het bezit te behouden (4) en kon dus op dien grond met ons interdict hunne uitlevering eischen van de personen die hun schuilplaats gaven (5).

III.

INTERDICTEN TER ZAKE VAN WEG- EN WATER- GEREGTIGDHEDEN.

Deze regtsmiddelen ondergingen, voor zooveel bekend is, met uitzondering der *procédure*, geenerlei verandering.

(2) L. un. § 1 D. h. t. § 4 I. de Interd. (4. 15.)

(3) L. un. § 1 D. h. t. waaruit men zou kunnen afleiden, dat hier bezit alleen vereischt wordt tijdens de stoornis, doch § 4 I. de Interd. (4. 15.) leert, dat men het ook vorderde tijdens het instellen der actie. Hoe desniettemin nog altoos de actio ad exhibendum bij het interdictum konde te pas komen, z. bij v. S. 494.

(4) LL. 1 § 3, 15 D. de A. v. A. P. (41. 2.)

(5) L. un. C. Tb. h. t. l. 14 C. de agric. (11. 48.)

AANHANGSEL.

Vermeende possessoire actiën.

A.

Interdictum de clandestina possessione (1).

VON SAVIGNY poogt de verschillende possessoire actien op deze wijze onderling in samenhang te brengen. De interdicta retinendae possessionis beveiligen den regtmatigen bezitter tegen stoornis, maar laten den onregtmatigen bezitter, d. i. dengene die het bezit met geweld, heimelijk, of ter bede van den gedaagde heeft verkregen, zonder bescherming. Want aan deze bezitsgebreken beantwoorden de drie interdicta recuperandae possessionis unde vi, de clandestina possessione en quod precario (2). Het eerste en het laatste treft men nog in de wetgeving van JUSTINIANUS aan, doch het tweede is er uit verdwenen. Het heeft zich namelijk, volgens v. S., met dat interdict dus toegedragen.

Eerst onder PAPINIANUS en zijne tijdgenooten was het een erkende, vaste regel geworden, dat bij afwezigheid des bezitters het bezit van onroerende goederen niet reeds door de bloote inbezitneming door een derde, maar eerst dan verloren gaat, als de afwezige van het gebeurde kennis bekomen heeft en nu blijkt zich niet te kunnen of niet te willen handhaven. Deze fictie, onder de juristen uit het tijdvak der ANTONYNNEN nog betwist en aan LABEO, den tijdgenoot van AUGUSTUS, nog geheel onbekend, deed het interdictum unde vi in de plaats van het voormalig interdictum de clandestina

(1) v. S. § 41. (547—555.)

(2) v. S. 471, 491. OPZOOMER. Aanteeken. op het B. W. II. 50.

possessione treden (3). Het laatste geraakte dien ten gevolge in onbruik, hoewel JULIANUS het nog gekend moet hebben, daar ULPIANUS eene plaats uit zijne werken aanhaalt, waarin er uitdrukkelijke melding van gemaakt wordt (4). Een veel vroeger spoor vindt men bij CICERO (5).

Op deze voorstelling valt veel af te dingen. Bij hetgene boven nopens het interdictum quod precario en ten aanzien van de strekking der interdicta retinendae possessionis uitvoerig betoogd is, behoeft het geene nadere aanwijzing, dat de samenhang, dien v. S. tusschen de verschillende possessoire actiën onderling wil hebben waargenomen, in de wezenlijkheid niet bestaat en alzoo geen interdict ter zake van heimelijke bezits-ontneming wordt gevorderd door *de symmetrie*. Maar als men veronderstelt, dat het er ooit geweest zij, laat zich niet voldoende ophelderen, hoe het weder verdwenen is. Immers, was het nog in gebruik, toen JULIANUS zijne *digesta* schreef, zoo moet het zijn opgenomen geworden in zijne redactie van het Edict, die aan de Edicts-commentariën der latere klassieken ten grondslag ligt. Hoe laat het zich dan met elkander rijmen, dat aan den eenen kant in die commentariën, waarin zoo dikwijls, bij de minste aanleiding, lang verouderde zaken worden opgehaald, geen woord over dat interdict voorkomt, en dat aan den anderen kant eene plaats uit JULIANUS wordt aangevoerd, waarin het als steeds geldig wordt voorgesteld, zonder dat ULPIANUS of althans de COMPILATOREN iets tot opheldering er bij voegen?

Maar er is meer. De regel nopens het verlies des bezits bij afwezigheid is geenszins eene bijzondere, uitslui-

(3) v. S. 407—416.

(4) L. 7 § 5 D. *comm. dir.* (10. 3.)

(5) IN RULL. III. 3.

tend op onroerende goederen betrekkelijke fictie, maar eene regstreeksche en noodzakelijke gevolgtrekking uit het wezen des bezits, en men heeft geen het minste regt om te gelooven, dat onder de Romeinsche juristen daaromtrent ooit twijfel of onzekerheid geheerscht heeft (6).

Bovendien kon die regel aan een interdict ter zake van heimelijke bezitsontneming, wanneer dit eenmaal bestond, nooit zijne toepasselijkheid geheel ontnemen. Men denke toch b. v. het geval, dat de afwezige, van het gebeurde onderrigt, de poging om zich door eigen kracht te handhaven nalaat, niet uit vrees, maar omdat bij het verkieslijker acht de hulp des regters in te roepen. Ook v. S. erkent de mogelijkheid van dat geval, maar geeft hem nu alleen de petitoire actie. Intusschen is het onwedersprekelijk, dat het bezit des indringers onregtmatig verkregen is (7) en het gedrag van den verdrongene dat gebrek niet wegneemt, daar het bestuurd wordt door de bedoeling om zich over het aangedane onregt te wreken. Hier dus moest ons interdict steeds toepasselijk zijn gebleven. Daarbij komt, dat ook onder gansch andere omstandigheden heimelijk bezit ontstaan kan. Zoo schrijft nog PAULUS zoodanig bezit toe aan den erfgenaam van den rogans, die zijne bezitsaanvaarding voor den rogatus verborgen houdt (8).

Alles echter verklaart zich uit de merkwaardige, maar door v. S. niet goed begrepene eigenschap van de *interdicta retinendae possessionis*: namelijk, dat zij strekken niet alleen om zich tegen stoornis te verdedigen, maar ook om zich het bezit door den gewelddadigen, heimelijken of precairen bezitter te doen wedergeven. Het *interdictum unde vi* werd hierdoor geenszins overtollig. Want terwijl het *interdictum uti possidetis* slechts het

(6) Vgl. *Bijlage*. § 1. *Themis*. 2de Verz. II, 327—336.

(7) L. 6 pr. D. A. v. A. P. (41. 2.)

(8) PAUL. R. S. V. VI. § 12.

bezit kan terug bezorgen van dengene die het alsnog heeft, laat ontzetting zich zeer goed denken, zonder dat de dader zich zelf in het bezit stelt (9). Het interdictum unde vi derhalve is ontvankelijk, schoon de gedaagde niet bezit, noch ooit bezeten heeft (10), en verschaft niet alleen herstelling in het bezit, maar algeheele restitutie, d. i. volkomene vergoeding der gansche door de ontzetting gelede schade. Doch, kan men iemand ontzetten zonder zich zelf tot gewelddadig bezitter te maken, heimelijke bezitsontneming is niet wel denkbaar dan door middel van heimelijke inbezitneming en gaat gemeenlijk, waar zij door geene ontzetting bekroond wordt, van geene meerdere schade vergezeld. Het interdictum uti possidetis is dus hier toereikende, omdat een eigen interdict ter zake van heimelijke bezitsontneming eerst daar te pas zou komen, waar zich de indringer reeds weder, misschien ten behoeve van een derde die in de goede trouw handelde, van het bezit had ontdaan, zoodat noch het interdictum unde vi (11), noch het interdictum uti possidetis konde baten (12). Nu laat het zich begrijpen, dat men ten behoeve van dat geval alleen (hetgene bovendien zoo zeldzaam is, dat men er nergens van gesproken vindt) geen nieuw regtsmiddel heeft ingevoerd, ofschoon het wel genoeg zou geweest zijn om een oud, dat men reeds had, in stand te houden, zoodat het stelsel van v. SAVIGNY ook in dit opzigt mank gaat.

(9) L. 4. § 22, 22 § 2 D. *de U. et U.* (41. 3.)

(10) LL. 1 §§ 36, 42, 15 D. *de vi.* (43. 16.)

(11) Immers indien die derde ter goeder trouw en meenende in zijn regt te wezen den terug gekeerden bezitter afweert en buiten houdt, kan niet worden gedacht aan ontzetting, als zonder dolus niet mogelijk. LL. 4 § 23, 33 D. *de U. et U.* (41. 3.). GAI II. § 51.

(12) Daar die derde evenmin kan beschouwd worden als clandestinus possessor. L. 6 pr. D. *de A. v. A. P.* (41. 2.). Cf. L. 40 §§ 2, 3 eod. LL. 37 § 1, 33 D. *de U. et U.* (41. 3.) L. 4 pr. D. *pro suo.* (41. 10.)

Themis, D. III, 3de St. [1856].

De plaats van JULIANUS stemt met dit alles zeer goed overeen. Er wordt daarin toch niet meer gezegd, dan «dat men ook ter zake van heimelijk bezit met een «interdict regt krijgen kan» (nam et de clandestina possessione competere interdictum inquit). Dat interdict was ten zijnen tijde hetzelfde als ten tijde van ULPIANUS, namelijk het interdictum uti possidetis, waarop ook CICERO zinspeelt in de door v. S. aangehaalde plaats.

Het ooit bestaan hebben van een eigen interdictum recuperandae possessionis ter zake van heimelijke bezitsontneming is derhalve geheel onbewezen en hoogst onwaarschijnlijk (13).

B.

IN INTEGRUM RESTITUTIO.

PAPINIANUS beslist ergens, dat aan iemand, wien krijgsgevangenschap de fundi of ususfructus possessio verliezen deed, herstelling in het geheel verleend behoort te worden (1).

Men denkt gewoonlijk, dat hier bedoeld wordt de *teruggave eener possessoire actie* (2). Maar, waar het verlies des bezits door krijgsgevangenschap is veroorzaakt (3), kan noch van het interdictum unde vi, noch van het interdictum quod precario de rede zijn. Men heeft alzoo de keuze om òf eene bijzondere, voor dit geval opzettelijk te vervaardigen actie aan te nemen, òf aan restitutie van het interdictum uti possidetis te gelooven (4). Het een is al zoo onbegrijpelijk als het ander,

(13) Vgl. PUCHTA. *Vorles.* I. § 134.

(1) L. 23 § 2 D. *Ex qu. c. mai.* (4. 6.)

(2) v. SAVIGNY. *Syst.* VII. 186.

(3) LL. 12 § 2, 29 D. *de capt.* (49. 15.)

(4) Zoo doet BRUNS. 36, 37.

en de valsehe schijn slechts het gevolg van verkeerde wetsuitlegging.

Wanneer de eigenaar, bij zijne terugkomst uit de gevangenschap, zijn goed in de derde hand geusucapieerd vindt, geeft hem de praetor zijne actie weder door te nietdoening der inmiddels afgeloopen verjaring (5). In hetzelfde geval als de eigenaar verkeert de *bonae fidei possessor*, want zonder te nietdoening der in zijn afwezen volbragte *usucapio* baat ook hem zijne *publiciana* niet meer. PAPINIANUS wil, dat derhalve de praetor hem op gelijke wijze helpe (6).

Eveneens als met den eigendom is het gesteld met het vruchtgebruik, want zoodra het gedurende twee jaren niet uitgeoefend is, gaat het, volgens het civiele regt, te niet en vereenigt zich van regtswege weder met den eigendom (7). Keert dus de vruchtgebruiker uit de gevangenschap thuiswaarts eerst nadat deze vermenging heeft plaats gehad, zoo krijgt hij van den praetor zijne *confessoria* terug door te nietdoening der verjaring (8). Doch dit geldt regstreeks alleen van den echten vruchtgebruiker.

De vruchtgebruiker namelijk mag zijn regt, dewijl het onafscheidelijk verknocht is aan zijn persoon, niet op een derde overdragen, maar wel het genot daarvan, krachtens koop of anderen titel, aan een ander afstaan. Na zoodanigen afstand wordt het regt zelf, in het afgetrokkene beschouwd, steeds geacht te berusten bij den verkooper, maar wordt niettemin de koper, als zijn regtverkrijgende, door den praetor op gelijke wijze

(5) LL. 1 § 1, 15 § 3 D. *Ex qu. c. mai.* (4. 6.). L. 35 D. *de O. et A.* (44. 7.). v. SAV. *Syst.* VII. 187. fgg.

(6) Cf. L. 6 C. *qu. non obicit. l. t. praescr.* (7. 35). § 5 I. *de act.* (4. 6.)

(7) PAUL. *R. S.* III. VI. § 30.

(8) L. 1 § 1 D. *Ex qu. c. mai.* (4. 6.)

beschermd, als door het civiele regt de auteur (9). Men drukt zulks zoo uit. De auteur behoudt het dominium, maar de regtverkriggende erlangt de *possessio ususfructus* (10). Het verband dat tusschen deze beiden bestaan blijft is zeer innig, want de *possessio* kan slechts genoten worden, zoo lang het dominium duurt, en het dominium gaat op zijne beurt van regtswege te niet, zoodra de *possessio* in geen twee jaren uitgeoefend is (11).

Wat behoort nu de praetor te doen, als bij zijne thuishkomst de koper het regt zijns verkoopers, ten gevolge zijner krijgsgevangenschap vernietigd en hierdoor zijn genot voor het vervolg onmogelijk gemaakt vindt? De billijkheid eischt hem tegen dat verlies in zijn geheel te herstellen. Maar daartegen verzet zich ééne zwaarigheid. De verjaring heeft regtsreeks niet de *possessio*, maar het dominium *ususfructus* vernietigd en dit kan niet hersteld worden, want de dominus *ususfructus* heeft geen belang (12) en bovendien is niet krijgsgevangen geweest. De praetor, zegt PAPINIANUS, stapte over deze zwaarigheid heen, door het zoo te beschouwen «als ware (13) de *possessio* (en niet het dominium) *ususfructus* door het verlies non usu getroffen.»

De possessor *ususfructus* erlangt ten gevolge van deze

(9) L. 11 § 2 D. de P. et H. (20. 1.). L. 29 D. de usu et usufr. leg. (33. 2.). L. 3 § 3 D. de itin. actq. priv. (43. 19.). L. 3 § 2 D. de pec. et comm. r. v. (18. 6.)

(10) L. 3 D. si usufr. pet. (7. 6). Possidere *ususfructus* komt verder nog voor in L. 4 D. U. P. (43. 17.) waar het dezelfde beteekenis heeft.

(11) L. 29 D. Qu. mod. usufr. (7. 4.)

(12) LL. 38, 39, 40 D. de usufr. (7. 1.). L. 3 D. si usufr. pet. (7. 6.)

(13) Quasi dient dus hier om uit te drukken het fictieve der rescissie. Dezelfde verklaring wat den zin, doch onjuist wat de woorden betreft, z. Themis, IX. 247.

fictie zijne utilis confessoria en daarmede zelfs de vruchten terug door den eigenaar inmiddels getrokken.

Door fundi en ususfructus possessio wordt mitsdien hier verstaan de rechtsgrond niet der possessoire, maar der praetorische *petitoire* regtmiddelen, zoodat van eene eigene possessoire restitutio in integrum geene sprake is, hetgeen natuurlijk niet wegneemt, dat, even als elders, zoo ook bij de gewone possessoire actien de gewone regelen nopens herstelling in het geheel gelden (14).

C.

ACTIONES.

§ 1.

Conditiones (1).

a.

Condictio furtiva.

Geen eigenaar kan zijne zaak terug eischen met eene *condictio*. Op dezen regel was ééne uitzondering toegelaten ten behoeve van gestolene en geroofde zaken (2). Diefstal nu heeft wel uitsluitend op roerende goederen betrekking en het gevoelen der oudere Juristen, dat ook onroerend goed gestolen worden kan, is verworpen geworden (3), maar de rechtsgrond der *condictio*, het

(14) Men vindt daarvan een voorbeeld in L. 1 §§ 9, 10 D. *de itin. actq. priv.* (43. 19.)

(1) V. SAV. *Syst. Beil.* XIV. (V. 503—642.). SINT. § 109. (III. 513—541.)

(2) GAI. IV. § 4. § 14 *I. de Act.* (4. 6.). L. 1 § 1 D. *de cond. trit.* (13. 2.)

(3) GAI. II. § 51. L. 38 D. *de U. et U.* (41. 3.). L. 25 pr. D. *de furt.* (47. 2.)

tegegaan van onredelijke baattrekking, is voor beide gevallen dezelfde. Deze overweging deed CELSUS, schoon een aanhanger der PROCULIAANSCHÉ school, het door LABEO bestreden gevoelen van SABINUS (4) omhelzen, dat iemand, die met geweld van het bezit van een onroerend goed is beroofd, het van den overweldiger met deze *condictio* kan terugvorderen. Ter oplossing der zwarigheid, hoe de beroofde, als hij geen eigendom, maar slechts bezit had, *de zaak* (*res*, bij de Romeinen gelijkkluidend met *eigendom*) zou kunnen eischen, voegt hij er bij, dat hij dan alleen zal terug vragen *het bezit* (5).

b.

Condictio ex iniusta causa.

Het Romeinsche regt verbood, staande huwelijk, alle giften tusschen echtgenooten zelfs van het bezit (6). Heeft dus de eene echtgenoot aan den anderen het bezit eener zaak geschonken, zoo kan het gegevene met eene *condictio ex iniusta causa* terug gevorderd worden (7).

c.

Condictio indebiti.

In eene andere plaats wordt geleerd, dat degene die, in den waan zulks schuldig te zijn, het bezit aan een derde opdraagt, het met de *condictio indebiti* zal kunnen terug krijgen (8).

(4) SABINUS zelf schijnt echter hier nog aan waren diefstal geloofd te hebben. AUL. GELL. XI. c. 13.

(5) L. 2 D. *de cond. trit.* (13. 2.). L. 25 pr. § 1 D. *de furt.* (47. 2.) v. S. l. l. 555.

(6) L. 46 D. *de don. int. v. et ux.* (24. 1.) v. S. 71—75.

(7) L. 6 D. *cod. v. S. Syst.* IV. 63.

(8) L. 15 § 1 *de cond. ind.* (12. 6)

§ 2.

Actio quod metus causa.

Indien aan iemand de levering van het bezit is afgeperst, kan hij niet wegens gewelddadige ontzetting klagen en is dus met het interdictum unde vi niet ontvankelijk (9). Doch hij kan zich regt verschaffen met de actio quod metus causa (10), vermits de praetor alle handelingen ten gevolge van dwang aangegaan vernietigt, of liever ongedaan beveelt te maken (11), op straffe van vierdubbele vergoeding.

Uit alle deze gevallen leidt BRUNN (12) het besluit af, dat ook gewone regtsvorderingen (actiones) tot de possessoire regtsmiddelen behooren. Doch ten onregte. Vele regtsvorderingen, b. v. de meeste reëele, hebben het bezit tot voorwerp of bewijzen ook den bezitter hare dienst, zoodat zij met de eigenlijke possessoire concurreren. Zoo b. v. heeft de rogatus tusschen de rei vindicatio, de actio praescriptis verbis, en het interdictum quod precario de keus. Maar wil men van het begrip der possessoire regtsmiddelen iets bepaalds en hun gebied niet grenzeloos maken, zoo behoort men daaruit al de zoodanigen te verbannen, die niet tot het bezit in regtstreeksch verband staan en uitsluitend daarin wortelen. De uitbreiding der conditiones of der actio quod metus causa op het bezit is dus zeker voor den bezitter

(9) L. 5 D. de vi. (43. 16.)

(10) LL. 9, 21 § 2 D. Qu. m. s. (4. 2.)

(11) L. 1 pr. D. eod.

(12) § 5. (27—38.)

uit een praktisch oogpunt hoogst belangrijk (13) en bewijst de waarde in regten aan het bezit toegekend, maar bevat niettemin in ieder bijzonder geval slechts de toepassing van de algemeene beginselen der *condictio* of *actio quod metus causa*; beginselen die met de leer van het bezit niet onmiddellijk zamenhangen en geheel buiten haar terrein liggen. Het zijn dus regtsvorderingen die ook het bezit tot voorwerp hebben kunnen, maar daarom nog geene *possessoire actien*.

BOEKBEORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

(BUITENLANDSCHE LITERATUUR.)

De l'organisation judiciaire et de la procédure civile en France, par EDOUARD REGNARD, docteur en droit. — Paris. A. DURAND. — 1855. — 591 pag. in 8^o.

Terwijl men bij ons over het algemeen nog zeer gehecht is aan de Fransche regtsinstellingen, die, in weerwil harer vele voortreffelijkheden, toch in meer dan één opzigt, misschien al te ligtvaardig op onzen bodem zijn overgeplant, en al te hardnekkig worden vastgehouden; — doet zich ook in Frankrijk de behoefte gevoelen aan hervorming en verbetering van de regterlijke instellingen en van de regtspleging in burgerlijke zaken.

Dit merkwaardig werk levert er onder meerderen het bewijs van. De schrijver daarvan stelt zich voor de ge-

(13) L. 1 § 4 D. U. P. (43. 17.). Meer bedoelt ULPIANUS niet, wien, gelijk den Romeinen in het algemeen, ons wetenschappelijk begrip van *possessoire actien* vreemd was.

breken der tegenwoordige orde van zaken op te sporen, en tevens de middelen van verbetering voor te stellen. Hij doet dit met eene gematigdheid en eene onpartijdigheid, die te gelijk lof verdient, en vertrouwen moet inboezemen voor zijne voorstellen, die niet zijn die van een onbezonnen nieuwigheids-zoeker, maar die van een bezadigd wetenschappelijk man. Hij waarschuwt zoo wel tegen de dwaling van hen, die, vreemd aan het regt, om enkele misbruiken, die hen treffen, de bestaande instellingen rockeloos geheel willen omver werpen; als tegen die van hen, die, gedreven door liefde voor den ouden slenter of door persoonlijk belang, zich verzetten tegen iedere hervorming. Zijne denkbeelden over de vormen van regtspleging, waarvan alle zijne voorstellen de uitvloeisels zijn, en geheel zijn werk de ontwikkeling is, vinden wij kortelijk geformuleerd in deze woorden, waarmede hij zijne voorrede eindigt:

«L'auteur de cet ouvrage s'est pénétré de cette idée, qu'il ne suffit pas que les formes de la procédure soient simples, expéditives et peu coûteuses, mais qu'il importe avant tout que les actes de l'autorité judiciaire consacrent et sanctionnent, d'une manière exacte et sûre, les droits et les obligations des citoyens.»

Dus spoedig regt, en goedkoop regt; — maar, vóór alles, goed regt. En waarlijk, daaraan heeft ieder volk behoefte.

Dat nu bij zulk een onderzoek als de schrijver zich voorstelt het vooral aankomt op gezonde wetenschappelijke begrippen, dat spreekt van zelve. Maar de schrijver behoort daarom niet tot diegenen, die de wetenschap zoeken in enkel afgetrokken bespiegelingen, en die de wetenschap isoleren van de praktijk, dat is van het werkelijk leven en van den maatschappelijken toestand van het volk. De lessen der ondervinding en der geschiedenis worden door de echte wetenschap nooit

versmaad: «car les résultats de l'application des systèmes parlent souvent plus haut que les plus savantes théories.»

Gelijk de titel reeds aanduidt, is het werk verdeeld in twee groote afdeelingen, waarvan de eerste handelt over de regterlijke organisatie en de tweede over de burgerlijke regtsvordering; welke laatste èn in omvang èn in rijkdom van onderwerpen, èn in belangrijkheid van inhoud, verreweg de eerste te boven gaat.

De eerste afdeeling handelt, in drie verschillende boeken, over de regterlijke organisatie in het algemeen, over de inwendige organisatie der reglbanken, en over de verschillende regtsmagten en hare bevoegdheid.

Zonder den schrijver te kunnen volgen in zijne ontwikkeling dezer verschillende onderwerpen, geloof ik met zeer enkele opmerkingen en mededeelingen te kunnen volstaan.

Onder de hoofdstukken, die de meeste aandacht verdienen, komen mij voor ontegenzeggelijk te behooren die, welke gewijd zijn aan den bijstand der partijen in regten. De Fransche instelling der procureurs wordt daarin met warmte, en, zoo het mij voorkomt, op zeer afdoende gronden verdedigd; en op niet minder afdoende gronden aangetoond, dat het procuraat en de advokatie zijn twee zoo in alle opzichten verschillende instellingen, dat het onmogelijk is, zonder groote verwarring in de regtspleging en zonder niet minder groot nadeel van de justitiabelen, die beiden in een te smelten.

Ook het hoofdstuk over de vredegerigten is niet van gewigt ontbloot. De schrijver is geen voorstander van de uitbreiding hunner regtsmagt, die zich, naar zijne meening, moet bepalen tot zaken van weinig belang. Als voornaam kenmerk daarvan geeft hij op: «qu'elle «doit être bornée aux choses de fait d'une facile solution et dont l'appréciation réclame plutôt la connais-

«sance des habitans de la campagne que la science de «droit.» Dit kan waar zijn, wat de *théorie* betreft. De vraag zal echter blijven, of het doenlijk zijn zal eene classificatie uit te denken, waarbij het mogelijk is deze onderscheiding in toepassing te brengen. Die welke *en* de Fransche *en* onze wet aanneemt tot regeling der competentie, doet dit zeker niet. Want of gij *f* 10 of *f* 1000 vordert, daarvan hangt het niet af of er tot beslissing uwer actie eene *quaestio facti* of eene *quaestio juris* te beoordeelen zij; de grootere of mindere geldswaarde heeft niets gemeens met het meerder of minder gewigt der regtsvraag. Vreemd is het, in ieder geval, dat de schrijver, uitgaande van deze *théorie*, de beoordeeling der *possessoire* zaken laten wil bij de *vredegeregten*; en minder verklaarbaar komt het mij voor, hoe men daarvan ook in Frankrijk zeggen kan: «leur solution ne dépend que «d'une simple vérification de fait.» Het mag waar zijn, dat bij ons het leerstuk van het bezit door zijne *codificatie* niet weinig is bemoeijelijkt en verduisterd; het bezit en de *possessoire* actie heeft altijd en overal aanleiding gegeven tot de moeilijkste en meest ingewikkelde regtsvragen.

Men zou echter dwalen, indien men deze meening van den schrijver toeschreef aan blinde vooringenomenheid met de instellingen van zijn land. De regtbanken van koophandel b. v. en de gedwongen arbitrage worden door hem bestreden nagenoeg op de gronden, die beide deze instellingen uit onze regtspleging hebben doen verdwijnen.

De in het oog loopende beknoptheid daarentegen, waarmede de schrijver de *cassatie* behandelt, zal zeker de aandacht treffen van den Hollandschen lezer. Het daaraan gewijde hoofdstuk beslaat niet meer dan vijf bladzijden, en het houdt zich nagenoeg uitsluitend bezig met de vraag, welk het beste stelsel is van authentieke wets-interpretatie. Het denkbeeld schijnt zelfs bij den

schrijver niet te zijn opgekomen, om de noodzakelijkheid of de voortreffelijkheid van het middel te betoogen, veel min in twijfel te trekken.

Zoo als ik reeds gezegd heb, het tweede gedeelte van het werk, over de regtsvordering, is in alle opzigten, het meest gewigtige. Ik wil trachten een beknopt verslag van den belangrijken inhoud hiervan te geven.

In het eerste boek wordt de regtsvordering in het algemeen besproken, en, na eenige geschiedkundige opmerkingen, in de eerste plaats het nut aangetoond van de vormen. Het zal wel niet gezegd behoeven te worden, dat de schrijver geen voorstander is van vele, dat is van noodelooze vormen, maar dat hij evenzeer waarschuwt tegen regelloosheid, willekeur en verwarring in de behandeling van regtszaken, en dat ook hij geene ordelijke regtspleging wil hebben opgeofferd aan ijdele droome-rijen van goedkoopheid en eenvoudigheid.

Zijn regel is deze: « Si l'excès des formalités est un mal, l'excès de simplicité est un mal non moins grave. « S'il importe de ne pas ruiner les parties à force d'examiner, il importe aussi de ne pas accorder à l'une le bien de l'autre sans examen. Ne rien omettre de ce qui est nécessaire, et ne rien prescrire qui ne soit utile, « tel est le principe qui doit guider le législateur entre ces deux écueils. »

Voorts wordt in dit boek gehandeld over de actiën, de judiciële acten, de gerechts-kosten en schadevergoedingen, en eindelijk over den geregtelijken bijstand voor minvermogenden.

Het hoofdstuk over de kosten vangt aldus aan: « La justice est gratuite, en ce sens que les juges ne reçoivent aucun salaire des plaideurs; mais elle est fort coûteuse à d'autres égards. » De gegronde klagten over de buitensporige kosten van het regt, dat gratis gesproken wordt, doen zich in Frankrijk niet minder dan bij ons

hooren. Men is het over de kwaal eens; maar de moeilijkheid is een goed geneesmiddel aan te wijzen. De algeheele opheffing van alle belasting op het regt, die de schrijver verlangen zou, is een voorstel, dat zeker ernstige overweging en aanbeveling verdient; en de opmerking is volkomen juist, dat zich die belastingen niet laten verdedigen door de onjuiste stelling, dat de regterlijke magt alleen bestaat in het belang der lieden die processen hebben, en dat het dus zeer billijk is door den trechter van den fiscus er hen de kosten van te doen betalen. De vraag is echter: is het practisch mogelijk in eens die belastingen geheel af te schaffen? Ook voor zijn land trekt de schrijver dit in twijfel; maar hij wil dan toch, in ieder geval, de griffieregten geheel opgeheven en de registratieregten aanzienlijk verminderd hebben, terwijl hij bovendien eenige wijzigingen voorstelt in de tarieven voor procureurs en deurwaarders.

Uit het weinige wat ons in het laatste hoofdstuk wordt medegedeeld over het armen-regt, blijkt, dat dit onderwerp voor Frankrijk, geregeld bij eene wet van 22 Jan. 1851, nog zeer veel te wenschen overlaat. De groote fout is, dat het beneficium pauperum alleen gegeven wordt aan hen, die niet zijn aangeslagen in de belasting, en dat door deze beperkte toepassing juist wordt uitgesloten een zeer groot getal dergenen, wier aanspraak en behoefte niet wel kan betwist worden.

Van groot gewigt is het tweede boek. Het heeft tot onderwerp de instructie der regtsgedingen. Vooraf gaat een onderzoek naar de poging tot verzoening (*préléminaire de conciliation*), waar de schrijver zeer mede is ingenomen. Minder is dit het geval met de onderscheiding tusschen summiere en gewone zaken. Zonder met den schrijver onvoorwaardelijk aan te nemen, dat eene gelijkvormige regtsvordering voor alle zaken wenschelijk en vooral mogelijk is, zal wel iedereen toegeven, dat

het Fransche stelsel op verkeerde grondslagen rust, voor zoo ver het in het geldelijk bedrag den maatstaf van min of meer grondige behandeling der zaak zoekt. Iedere zaak heeft daarop dezelfde aanspraak; en voor iedere zaak is het waar: «pour être prompte, la justice ne doit pas cesser d'être sûre.» Dit is een denkbeeld, dat niet genoeg kan worden behartigd, en waarop de schrijver meermalen terug komt. De instructie voor iedere zaak moet te gelijk zeker, eenvoudig en snel zijn: «mais la sûreté est la *condition première et essentielle*, devant laquelle toute autre considération doit fléchir.» Meer gewaagd schijnt echter welligt de stelling, dat men, zonder dit beginsel te verloochenen, niet voor spoed vorderende zaken eene kortere regtspleging zou kunnen toelaten.

Welke is nu, met het oog op deze beginselen, de beste vorm van regtspleging? en welke zijn de vereenvoudigingen, waarvoor het bestaande stelsel vatbaar is, zonder het hoofddoel, zekerheid van regt, in gevaar te brengen? Die vraag wordt zeer in het breede onderzocht; en het besluit komt hierop neder, dat de schrijver, met afschaffing van alle andere schrifturen, alles wil behandeld hebben bij conclusien op de rol, gevolgd door mondelinge voordragt. Dus nagenoeg ons summier proces, in eersten aanleg zoowel als in hooger beroep. Ieder, die van den schrijver zal vernomen hebben, dat de schrifturen in Frankrijk zijn het werk van den procureurs-klerk, en dat zij noch door de registers, noch door de partijen, noch door hare raadslieden ooit gelezen worden, zal het zeker gaarne met hem eens zijn, dat het Fransche proces met de opheffing van zulken ballast niet veel zal te verliezen gaan. De Hollandsche lezer, aan meer grondige behandeling gewoon, en tevens wetende dat bij ons daarmede minder luchtig wordt omgesprongen, zal echter tevens gevoelen, dat voor ons

althans de *motieven* van den Franschen schrijver wel niet gelden kunnen.

De voorname vereenvoudigingen, tevens verbeteringen, die worden voorgesteld, zijn afschaffing van het regelen der qualiteiten door de procureurs en van de beteekening van het vonnis. Het eerste behoeft geene aanbeveling. Het tweede gaat misschien te ver. Indien de dubbele beteekening van het vonnis geen nut heeft, zoo kan toch de geheele afschaffing van iedere beteekening, hoe goedkoop ook, hare gevaren en ongelegenheden hebben.

Het is mijn voornemen niet stil te staan bij al de bijzondere onderwerpen, waarvan de behandeling nu volgt, en waarin men de logische toepassing vindt van de vooropgestelde beginselen: vereenvoudiging, maar voor alles verbetering. Genoeg zij het den inhoud mede te deelen der volgende hoofdstukken: behandeling bij geschrifte, verstek, regtspleging omtrent het bewijs, als verhoor der partijen, eed, getuigen-bewijs, deskundigen-verslag, enz., incidenten, regtspleging bij de vredege-regten, de regtbanken van koophandel en het kort geding.

Eene gewigtige hervorming, door den schrijver voorgesteld voor de verschillende regtsplegingen tot bewijsvoering, bestaat hierin, dat hij alle de handelingen thans verrigt, het zij voor regters-commissarissen, het zij in de raadkamers, wil hebben overgebracht in de openbare teregtzitting. Het tweeledig voordeel, dat hij zich hiervan voorstelt, is: 1°. dat daardoor zullen vervallen eene groote menigte inbreuken op het stelsel van de openbaarheid der regtspleging; en 2°. dat daardoor zullen kunnen gemist worden een aantal requesten, ordonnantiën en andere doellooze formaliteiten, die geen ander nut hebben, dan dat zij het proces opvullen met noodeloozen omslag en noodelooze kosten; vereenvoudiging

derhalve, bespoediging, bezuiniging en verbetering tevens. Ik geloof, dat dit voorstel aanbeveling verdient.

De rechtspleging, door den schrijver voorgesteld in zaken van koophandel, verschilt nagenoeg niet van de gewone; een bewijs te meer tegen het behoud der handels-regtbanken. De groote bezuiniging, zoo men weet, bestaat hierin, dat de partijen voor de regtbanken van koophandel verschijnen in persoon. Merkwaardig echter is het, dat bij de meeste regtbanken van koophandel de praktijk de onmogelijkheid der verkeerde thëorie bewezen heeft, en dat de procureurs niet zijn afgeschaff, maar vervangen door de zoogenaamde agréés, wel niet regtstreeks door de wet, maar door de praktijk en de gewoonte, in dit opzigt sterker dan eene slechte wet.

Dit boek wordt besloten door drie hoofdstukken, handelende over appel, request-civiel en verzet door derden. Dat de schrijver geen voorstander is van judiciele boeten, behoeft naauwelijks gezegd te worden: « donner un adroit, et punir pour en user est une inconséquence évidente. »

Het derde boek heeft tot onderwerp de tenuitvoerlegging van vonnissen en authentieke acten.

Eene gewigtige verandering wordt voorgesteld voor het beslag op roerende goederen, waarvan ik echter de doelmatigheid nog al zou betwijfelen. Het bestaat hierin, om altijd den tijd en de plaats van verkoop te doen bepalen door den vrederegter, partijen gehoord. Het valt wel niet te ontkennen, dat het zijne bezwaren heeft, dat alles over te laten aan de willekeur van den schuldeischer, die, alleen zijn gemak en zijn belang raadplegende, den schuldenaar dikwijls zeer kan benadeelen. Daar tegenover echter staat een veel grooter bezwaar, dit namelijk, dat men, hoe weinig kostbaar en omslagtig misschien ook, toch altijd over iedere executie een

proces krijgt, daar het gemakkelijk te voorzien is, dat de schuldenaar, die het eenmaal tot executie laat komen, altijd bedenkingen en bezwaren hebben zal, waarover de vrederechter zal moeten uitspraak doen. Meer aanbeveling verdient het voorstel, om den vrederechter te laten beslissen over de geschillen bij de executie, in zaken tot zijne bevoegdheid behoorende.

Een geheel gelijksoortig stelsel wordt voorgesteld voor het beslag op onroerend goed, met dat verschil, dat het de regtbank van het arrondissement is, die tijd, plaats en wijze van verkoop bepaalt, en dat, op de daartoe strekkende vordering van den exécuteur, behalve den beslagene, ook worden opgeroepen alle de ingeschreven schuldeischers. Dat aan de verwezenlijking van dat plan in Frankrijk eene hervorming van het bestaande hypothécair stelsel zal moeten vooraf gaan, spreekt van zelve. De verkoop zou vervolgens geschieden ten overstaan van eenen door den regter benoemden notaris, in de gewone vormen, doch bij een tweede vonnis der regtbank moeten gehomologeerd worden.

Met eenige opmerkingen over de gijzeling wordt dit boek besloten. Het hoofdstuk aan dat gewigtig onderwerp gewijd, is bijzonder kort, omdat, naar het oordeel des schrijvers, de vormen daarvan, bij de bestaande wet voorgeschreven, aan haar doel beantwoorden, en alzoo geene verandering van belang behoeven. Het nut en de gepastheid der zaak zelve wordt met korte woorden betoogd; de vraag nogtans, of het wettig belang der schuldeischers en de zekerheid van het regt, niet eene aanzienlijke uitbreiding daarvan zouden wenschelijk maken, wordt door hem niet ter sprake gebragt.

Een vierde en laatste boek heeft tot opschrift: *des matières de juridiction tutélaire*. In twee hoofdstukken wordt afzonderlijk gehandeld over de regtspleging betrekkelijk het beheer der goederen van minderjarigen en

andere onbekwame personen, en over die betrekkelijk erfenissen.

Indien aan den éénen kant aan voogden of curators niet de onbeperkte beschikking kan worden overgelaten over de door hen beheerde goederen, en eenige beschermende vormen, en, in zaken van gewigt, het toezigt van den regter of van de overheid noodig is; aan den anderen kant moet wel gezorgd worden, dat niet, door noodlooze vermenigvuldiging van omslagtige formaliteiten, het voorgestelde doel juist gemist, en het vermogen der minderjarigen, onder het voorwendsel van bescherming, door regterlijke formaliteiten verspild worde.

Dit is eene opmerking, die aan het praktisch oog van den schrijver zeker niet kon ontsnappen: «*Soumettre la «protection de la justice à des taxes écrasantes, ce serait «ne venir au secours de la faiblesse et de l'infortune «que pour les dépouiller.*»

Daarbij komt, dat het met vormen en formaliteiten gaat als met belastingen. — Wezenlijk noodige of nuttige vormen worden nageleefd, willekeurige, overbodige vormen worden ontdoken.

Met het oog op deze beginselen, worden in de Fransche regtspleging eenige vereenvoudigingen voorgesteld; het stelsel zelf echter, door den schrijver voor onverbeterlijk gehouden, wordt gehandhaafd. Dit laatste mag misschien worden betwijfeld. Bij ons zijn, in meer opzichten, die vormen merkelijk gewijzigd en verminderd, zonder dat dit ooit aanleiding tot klagten heeft gegeven. Dit is bepaaldelijk het geval b. v. met den verkoop van onroerende goederen en met boedelscheiding. Men moet vooral ook niet vergeten, dat daar waar men te kwistig is met vormen, zij eindigen met de ontaarden in zeer ijdele formaliteiten, die men *taliter qualiter* opvolgt, alleen om gewaarborgd te zijn tegen de straffen op het verzuim bedreigd, zonder er zich overigens veel aan te laten

gelegen liggen. En als de minderjarige ons verwijt, dat wij hem de bescherming der wet, die niet eens altijd bescherming is, veel te duur verkoopen, dan is misschien deze beschuldiging niet altijd ongegrond.

Ik eindig hiermede mijn verslag van dit belangrijk werk. Maar er is ééne opmerking, die ik niet wil terughouden. Een boek, dat minder vraagt wat regtens *is*, dan wat regtens *behoort* te zijn, kan zich onmogelijk opsluiten binnen de enge grenzen eener enkele geschreven wet. Het is alleen door vergelijking van verschillende stelsels, dat men tot de waarheid komt. Doch het is juist in dit opzigt, dat REGNARD, zoo als de meeste Fransche schrijvers, niet geheel van eenzijdigheid is vrij te spreken. De oude Fransche wetten en costumes worden wel vrij trouw geraadpleegd; maar Frankrijk is niet de wereld, ook niet de beschaafde wereld; en toch is er maar zeer zelden sprake van buitenlandsche wetgevingen. Alleen vinden wij hier en daar vergelijkingen met de nieuwe regtspleging van Genève. Had de schrijver b. v. onze regtspleging gekend, die zeker ver van volmaakt is, hij zou toch daarin meer dan eens verwezenlijkt hebben gevonden de door hem voorgestelde hervormingen en verbeteringen.

A. DE PINTO.

(ACADEMISCHE LITERATUUR.)

De Algemeene Rekenkamer en de rekenpligtigheid in Nederland, door Mr. Is. CAPADOSE. 's Gravenhage, bij H. J. GERRETSEN, 1856. — VIII en 220 bladz.

Het onderwerp dat Mr. CAPADOSE zich, bij het verlaten van de Hoogeschool, ter behandeling koos, moet in der daad belangstelling verwekken. Niet slechts dat het tot

de meest belangrijke onderwerpen van administratieven aard kan worden gerekend te behooren, waaraan hier te lande nog zoo weinig oplettendheid en studie gewijd wordt, en reeds daarom in eene behoefte voorziet; maar het onderzoek van den, voor zijne taak berekenden, schrijver is wel voorzeker het meest aan de orde van den dag. Immers eene goede regeling van 's Rijks algemeene comptabiliteit is hoogst noodzakelijk en wenschelijk tevens. Hoe moeijelijk echter die regeling is, blijkt wel het duidelijkst uit de herhaaldelijk aangewende pogingen om haar tot stand te brengen. Iedere grondige bijdrage derhalve om over eene der gewigtigste instellingen van finantieel beheer, die in de regeling der comptabiliteit eene eerste plaats zal moeten innemen, licht te verspreiden, brengt ons daartoe eenen stap nader. En te meer indien, gelijk met het academisch proefschrift van Mr. CAPADOSE het geval is, de bijdrage door grondige historische, staats-regtelijke en practische kennis uitmunt. Onderscheidene wenken worden door den schrijver voor eene aanstaande regeling der algemeene comptabiliteit medegedeeld, die allezins behartiging verdienen, terwijl de behandeling en juiste wederlegging van tegenstrijdige gevoelens, in velerlei opzigten, de eenheid van meening zal hebben bevorderd. Over het geheel deel ik de zienswijze van den schrijver, zoodat hier meer een verslag dan eene recensie zal volgen.

In het eerste gedeelte (p. 1—123) wordt gehandeld over de geschiedenis van het onderwerp. Om de veranderingen ten onzent in staatsinrigting en staatsbestuur, waarin voornamelijk de comptabiliteitsinstellingen gedeeld hebben, is het historisch overzicht allerbelangrijkst en, voor zoo veel ik dit heb kunnen nagaan, zeer naauwkeurig.

In het eerste hoofdstuk (p. 1—35) van dat eerste gedeelte, dat in het algemeen handelt over het toezigt

op het geldelijk beheer dezer gewesten, vóór 1607, wordt achtereenvolgens gesproken over de Grafelijke regering, vóór 1428; — over de beveling van negenen (3 Julij 1428 tot 15 Februarij 1429), zijnde een raad van negen personen, tot het opnemen der rekening van comptabele ambtenaren, door hertog FILIPS VAN BOURGONDIE ingesteld; — over de rekenkamer van Rijssel (1429—1446), welke ook met betrekking tot ons land eene belangrijke instelling was; — over de rekenkamer in den Haag, die in 1446 werd opgerigt, op 24 Mei 1463, met de rekenkamer te Brussel vereenigd, later in 1473, door KAREL den Stoute, tot een Hof, dat te Mechelen zetelde, zamengesmolten en later, in 1477, bij het Groot Privilegie van MARIA, weder in den Haag werd gevestigd; welke instelling, niettegenstaande de opgevolgde intrekking door FILIPS van het Groot Privilegie, in stand bleef; — over den Raad van Finantiën, door KAREL V opgerigt, wiens Instructie voor dien Raad als het ware de eerste comptabiliteitswet kan genoemd worden, uit welke Instructie dan ook te regt door den schrijver, op pag. 21—24, de voornaamste bepalingen worden medegedeeld; — voorts over het toezigt op het beheer der geldmiddelen, sedert de afzwering van FILIPS II, gedurende den oorlog tot aan de oprigting van de Generaliteits-rekenkamer (1581—1607); bij welke gelegenheid met juistheid wordt aangetoond, dat laatstgenoemde Rekenkamer eerst op 5 November 1607 in werking kwam, en dus in art. 10 der Instructie van 12 April 1588 (in het Groot Plakkaatboek, IV, pag. 120) alleenlijk van eene toekomstige, doch niet van eene toen reeds bestaande Generaliteits-rekenkamer kan zijn gesproken.

Over den aard en de werkzaamheden van dat belangrijke Staatsligchaam, hetwelk onder den naam van Rekenkamer der Generaliteit, gedurende bijna twee eeuwen bestond, wordt naar aanleiding van de Instructiën

dier Kamer, dd. 5 November 1607, 21 Januarij 1622, 30 September 1651 en 31 Januarij 1693, opzettelijk in het tweede hoofdstuk (p. 36—61) gehandeld.

Het derde hoofdstuk (p. 62—68) is gewijd aan de geschiedkundige beschouwing van het toezigt op het beheer der geldmiddelen, gedurende het tijdvak van 1799—1813. Achtereenvolgens handelt hier de schrijver over het Collegie van Commissarissen tot de Nationale Rekening (15 Augustus 1799 tot 15 Maart 1802), bij welke gelegenheid zeer juist wordt aangewezen, dat dit collegie en de Nationale Rekenkamer afzonderlijke lichamen uitmaakten; — over de Nationale Rekenkamer (15 Maart 1802 tot 31 Junij 1809), in wier Instructie, hoe weinig, oppervlakkig beschouwd, van de vroegere afwijkende, niettemin, gelijk de schrijver aantoont, het hoofdbeginsel, dat aan de vroegere regeling van het toezigt ten grondslag verstrekte, zoodanig veranderde, dat die Nationale Rekenkamer veel minder waarborg voor een goed beheer opleverde, dan het aan haar voorafgegaan Collegie van Commissarissen tot de Nationale Rekening; — over het Hof van Rekeningen (1 Julij 1809 tot 12 December 1811), dat de rekenkamer opvolgde; — over het Collegie van Commissarissen, vervangende het hof van rekeningen (13 December 1811 tot 30 December 1813).

In het vierde hoofdstuk (p. 87—123), wordt de geschiedenis medegedeeld van de tegenwoordige Algemeene Rekenkamer en daarmede het geschiedkundig overzicht gesloten. Men vindt hier behandeld de Instructiën, vastgesteld bij de wetten van 9 Julij 1814 (*Staatsbl.* n^o. 76), van 21 Junij 1820 (*Staatsbl.* n^o. 15), van 5 October 1841 (*Staatsbl.* n^o. 40), bij welke laatste wet, zijnde tot nu toe de laatste wettelijke regeling der Rekenkamer, door den schrijver, meer breedvoerig wordt stilgestaan.

Het tweede gedeelte, over de rekenpligtigheid in Nederland, vangt aan op p. 124 en beschouwt in drie hoofdstukken de rekenpligtigheid, in verband met de wetgevende, uitvoerende en regterlijke magt.

Op p. 126—157 handelt de schrijver over de wettelijke rekenpligtigheid, of het toezigt op het geldelijk beheer, uitgeoefend door de wetgevende magt.

In eene paragraaph over de begrootings-wetten vindt men hier eenige belangrijke opmerkingen, omtrent de onduidelijkheid, die in de Grondwet heerscht, ten opzichte van de indeeling der begrooting. De splitsing der begrooting in *gewone* en *buitengewone* uitgaven, bij vroegere Grondwetten voorgeschreven, ofschoon zeer bevorderlijk aan de bekorting van de beraadslaging over de begrootings-wetten en aan vastheid in het geldelijk beheer, keurt de schrijver te regt af, om de moeilijkheden, welke de splitsing in de toepassing te weeg brengt.

Bij deze gelegenheid worden omtrent de onderscheiding in de posten der begrooting, omtrent de bepaling en afsluiting van het dienstjaar, en ten opzichte der verjaring belangrijke wenken *de jure constituendo* ontleend aan de ontwerpen van wet, tot regeling van 's Rijks algemeene comptabiliteit, in de zitting van 1852 op 1853, bij de Staten-Generaal ingediend.

Eene volgende paragraaph bespreekt de Rekenwet, bij art. 122 der Grondwet voorgeschreven. De geachte schrijver beschouwt zoodanige wet, niet alleen als nutteloos en onnoodig, maar bovendien als onderhevig aan tallooze bezwaren. Mijns inziens ten onregte.

Wanneer de schrijver op p. 139 het niet overeenkomstig art. 61 der Grondwet acht, dat het noodzakelijke der uitgaaf door de Rekenwet zal worden gestaafd, meen ik, dat die beschouwing van een onjuist begrip eener begrooting uitgaat. De begrooting is eene raming. Zij geeft geenszins te kennen de bevoegdheid, om gelden uit

te geven, al ware die uitgave ook onnoodig, indien men slechts de raming niet overschrijde.

Dat de schrijver niet tegen een onderzoek is naar de al- of niet wettigheid eener uitgave, blijkt uit p. 141; doch ziet dat onderzoek liever geheel bij de Rekenkamer.

«Kent men» schrijft Mr. CAPADOSE, «aan de Rekenkamer «het regt toe, om de wettigheid der uitgave te staven, «men onthoudt haar de bevoegdheid niet om de onwettigheid vast te stellen.» Het schijnt mij nogtans meer eigenaardig, om het beginsel der ministeriële verantwoordelijkheid, dat de wetgevende magt deswege beslist en, ten gevolge dier beslissing, sommige handelingen van het bestuur al dan niet goedkeurt. De natie verkrijgt daardoor eenen gewigtigen waarborg, dat het beginsel der ministeriële verantwoordelijkheid op het finantieel beheer wordt toegepast. Eene stelling welke de schrijver niet wederspreekt, daar hij op p. 151 zegt, dat door hem de Rekenwet is bestreden, maar geenszins de bevoegdheid van de wetgevende magt, om kennis te nemen van het beheer der geldmiddelen en hare zorg voor de uitvoering, ook der finantie-wetten.

Maar, zegt de schrijver p. 142 (zie ook p. 149 en 163), «wat zijn de gevolgen van zulk eene wet, het slot van «rekening wordt vastgesteld, er blijft een debet op naam «van den Minister, hoe dit in te vorderen is zal de wet «op de geldelijke verantwoordelijkheid moeten voorschrijven. Hoe goed echter die bepalingen zijn, nimmer «zullen zij in toepassing gebragt kunnen worden, waar «het millioenen geldt.» Het is voorzeker mogelijk, dat de schuld in sommige gevallen niet te verhalen is. Doch kan dit iets tegen het nut der zaak zelve bewijzen? Immers op die wijze zou men met even veel grond de bepalingen van het burgerlijk regt en der burgerlijke regtsvordering, ten opzichte van weigerachtige of nalatige schuldenaren, kunnen afkeuren, omdat zich geval-

len kunnen voordoen, waarin het verhaal des schuldeischers, wegens onvermogen van den schuldenaar, ondoenlijk is geworden. *Abusus non tollit usum*. Het bezwaar dat voorts tegen eene Rekenwet door den schrijver op p. 144 gemaakt wordt, — dat, wanneer een der drie deelen van het wetgevend gezag zijne medewerking weigert, de rekening onafgesloten blijft, — bestaat evenzeer, wanneer botsing plaats had tusschen de Regering en de Rekenkamer, wanneer aan deze laatste het regt van beslissing ware gegeven. Alsdan zou de wetgevende magt dit verschil in meening als het ware in hooger beroep beslissen. Maar dan ook kunnen de drie deelen der wetgevende magt onderling in gevoelen verschillen en op die wijze de afsluiting der rekening *in suspenso* blijven. Daarna aan beide zijden die stremming in de afsluiting der rekening mogelijk is, kan die opmerking noch voor het een, noch voor het ander stelsel een bezwaar opleveren.

Dat echter geene Rekenwet noodig is, om te bepalen wat er over de afgeloopene dienst, zoo er een te kort ongedekt wordt gelaten, aan schatkist-biljetten in omloop zal mogen blijven, enz. (zie p. 149) en de bepaling daarvan bij afzonderlijke wet zelfs verkiesselijker is, stem ik gaarne toe.

In volgende paragraphen handelt Mr. CAPADOSE over het jaarverslag van de Rekenkamer en over de voordragten, door de Rekenkamer aan den Koning te doen. Zeer te regt wordt de verplichting aan de Rekenkamer, bij art. 15 der Wet van 5 October 1841, opgelegd, — om den Koning ten allen tijde zoodanige voordragten en mededeelingen te doen, als, volgens haar inzien, kunnen leiden tot vermindering of besparing van staatsuitgaven en tot vereenvoudiging van 's Rijks geldelijk beheer, — op p. 155 eene der schoonste verplichtingen van de Rekenkamer genoemd. De invloed der Rekenkamer kan

op die wijze het meest heilzaam werken, daar zij meer dan eenig ander collegie in de gelegenheid is, om misbruiken en leemten in het staatsbestuur te ontdekken. Hetzij de uitvoerende, of de wetgevende magt, verkrijgen daardoor wenken, om ieder, in den kring zijner bevoegdheid, noodige verbeteringen tot stand te brengen.

Het zesde hoofdstuk (p. 158—168) is gewijd aan de administratieve rekenpligtigheid, of het toezigt op het geldelijk beheer, uitgeoefend door de uitvoerende magt, waarin achtervolgens gehandeld wordt over het toezigt op de ontvangsten, de uitgaven en het materiaal.

In het zevende hoofdstuk (p. 169 sqq.) wordt besproken de regterlijke rekenpligtigheid, of het toezigt op het beheer der middelen, uitgeoefend door de Algemeene Rekenkamer.

Nadat in twee paragrafen de zamenstelling van het collegie en het toezigt van de Rekenkamer op de ontvangsten is onderzocht, wordt vervolgens in eene paragraaph over het toezigt der Rekenkamer op de uitgaven breedvoerig en met veel zaakkennis over het preventief toezigt der Rekenkamer gehandeld.

Te regt wordt op p. 184 sqq. opgemerkt dat op het punt der uitgaven zich veel meer gelegenheid tot onwettigheid aanbiedt, dan bij de ontvangsten. Goede waarborgen moesten derhalve worden uitgedacht, om te voorkomen, dat er uitgaven gedaan wierden, waarvan de wettigheid onbewezen was. Voor de verantwoordelijke ministers was zulk eene voorafgaande verevening eene behoefte, daar zij anders aan het eind van het dienstjaar zich wegens menigvuldige onwettigheden zouden moeten verantwoorden, waarvan zij niet het minste vermoeden hadden. Moest die voorafgaande verevening plaats hebben bij een afzonderlijk ligchaam, of bij eenige ambtenaren, afhankelijk van de uitvoerende magt, d. i. dus van de verantwoordelijke ministers zelve? Met juistheid antwoordt

de schrijver, dat zoodanige verevening door den betrokken minister niet kan geschieden en dat ook eene voorafgaande verevening door ambtenaren de verantwoordelijkheid van den minister niet kan opheffen, van wien zij afhankelijk zijn. Tot het toepassen van deze verantwoordelijkheid zou derhalve nog een later onderzoek bij de wetgevende magt noodig zijn. De wetgevende magt kan echter, om veelvuldige werkzaamheden, dat onderzoek niet naauwkeurig instellen. En van daar is dat deel van hare taak, onder haar toezigt, aan een onafhankelijk staatsligchaam opgedragen. Tot voorkoming nu van het geldelijk nadeel, dat de Staat, ten gevolge van onwettige uitgaven, lijden kan, voerde men in het preventief toezigt der Rekenkamer. Een toezigt dat, ofschoon toen te omslagtig, reeds voorkwam in art. 3 der Instructie van 30 September 1651 voor de Gecommitteerden in de Generaliteits-Rekenkamer, in de Staatsregelingen van 1798, 1801, 1805 en 1806 en in de Instructiën voor de Rekenkamer, sedert 1814.

De jure constituendo geeft de schrijver belangrijke wenken over de organisatie van het preventief toezigt. Als algemeene regel wordt op pag. 187 voorgesteld, dat alle staatsuitgaven en overeenkomsten, waaruit staatsuitgaven kunnen ontstaan, aan de voorafgaande verevening der Rekenkamer onderworpen zijn. Als uitzondering, dat alle die staatsuitgaven en overeenkomsten, welke uit haren aard niet vatbaar zijn voor eene voorafgaande verevening, of welke de Rekenkamer weigert te verevenen, aan haar voorafgaand *visa* onderworpen zullen moeten zijn. Tot handhaving en bekrachtiging van deze voorschriften, waarop het preventieve toezigt steunen moet, wordt voorgesteld om, in dezelfde comptabiliteits-wet, de nietigheid van regtswege uit te spreken van alle zoodanige overeenkomsten, waaraan het *verevend* of *visa* der rekenkamer ontbreekt. Voorts de

onwettigheid te bepalen van alle uitgaven, die niet van één der twee voornoemde kenteekenen voorzien zijn, behoudens de mogelijkheid van latere wettiging door de wetgevende magt; wijders vast te stellen de verplichting tot onverwijld kennisgeving aan de Staten-Generaal van eene geweigerde verevening, met bijvoeging der redenen, eindelijk, dat de verevening niet geschiedt dan nadat bij de Rekenkamer onderzocht zij de toereikbaarheid en de goede aanwijzing van den begrootingspost, de opvolging van bestaande wettelijke of daarop gegronde Koninklijke verordeningen, de aangegane *verevende* of *geviseerde* contracten van aanbesteding of andere overeenkomsten, de bestaande tarieven, de inachtneming der voorschriften tot tijdige indiening der schuldvoorordeningen en de bewijzen van oplevering of volbrachte dienst. Van het ontwerp, in der tijd door de Heeren HORA SICCAMA en NABUYS vervaardigd, werd bij die ontwikkeling veel partij getrokken.

Ik stem den schrijver gaarne toe, dat door dergelijke voorschriften vele der bezwaren tegen het stelsel van preventief toezigt, die grootendeels evenzeer tegen het repressieve stelsel te maken zijn, worden voorgekomen. Eenige dier bezwaren worden vervolgens door Mr. CAPADOSE ter toetse gebragt en wederlegd. Het bestek van dit verslag gedooft echter niet bij die wederlegging opzettelijk stil te staan.

Ten opzigte van de gewestelijke begrootingen, volgens art. 118 der Provinciale Wet, ook bij de Rekenkamer te verantwoorden, worden te regt (p. 202), dezelfde voorschriften van rekenpligtigheid aanbevolen. Belemmering van het provinciaal bestuur kan daaruit niet voortvloeijen, omdat het, bij weigering van verevening, op het visa der Rekenkamer, op eigen verantwoordelijkheid kan handelen.

Na nog cenige bladzijden te hebben gewijd aan het

toezigt op het materieel, besluit de schrijver zijn werk met de behandeling van eenige bijzondere regten en verplichtingen van de Algemeene Rekenkamer (p. 204 sqq.) Hij behandelt hier 1°. de executoire uitspraken. Zeer gegrond is de opmerking van Mr. CAPADOSE, dat vele gebreken van het toezigt der Rekenkamer daaraan te wijten zijn, dat haar gezag niet genoeg geëerbiedigd wordt, dat men zich om hare uitspraken niet bekomert. Reeds de Heer FIEVEZ in zijn werk: «*De Staatsfinancien*,» (op p. 39 seq.), wees reeds op de onmagt van het collegie, wanneer de rekenpligtigen weigeren hunne rekening in te leveren. In 1841 zag men daarvan het voorbeeld, toen de rekeningen van eenen overleden administrateur niet waren ingezonden en de erven beweerden ongehouden te zijn. Jaren lang belette het deswege gevoerde rechtsgeding de behoorlijke afsluiting van een dienstjaar. Dat geding werd bij den burgerlijken regter gevoerd. Hoe verkeerd dit was werd door Mr. A. DE PINTO, in *Themis*, p. 465 seqq., aangetoond en dat gevoelen door Mr. CAPADOSE, op p. 205 te regt aangedrongen. In zoodanige gevallen blijkt vooral het gemis eener afzonderlijke en goed georganiseerde administratieve regtsmagt, die ook in vele andere opzigten hoogst noodzakelijk is. (Zie mijne *Academische proeve over den Raad van State*, 1854, passim.)

2°. Bespreekt de schrijver p. 206 sqq. de herziening der uitspraken. Deze geschiedt tegenwoordig bij de Rekenkamer, onder bepaling, dat het voorloopig onderzoek aan andere leden wordt opgedragen, dan die er de eerste maal mede belast waren. Ik vereenig mij *de jure constituendo* gaarne met den schrijver, wanneer hij op p. 206 sq. voorstelt om daàr, waar het schending der wet, of der wettelijke vormen, of dwaling betreft, dit nader onderzoek, even als in Frankrijk, aan den Raad van State, doch de eenvoudige herziening eener

uitspraak aan de Rekenkamer zelve op te dragen.

3°. Beschouwt de schrijver p. 208 sq. het toezigt der Rekenkamer, omtrent het dubbel van de Grootboeken; 4°. het register van lijfrenten en pensioenen; 5°. de zorg voor de borgtogten en 6°. de zorg voor de bijzondere fondsen in 's lands schatkist, zoowel die van het Rijk als die door bijzondere personen daarin gedeponeed.

C. J. VAN BELL.

W. VAN DER JAGT. — *Kan tiendregt naar het Nederlandsch burgerlijk regt door verjaring worden verkregen?* — Leiden, 1856. — 93 bl. in 8°.

De vraag wordt ontkennend beantwoord op gronden, die ernstige overweging verdienen. De zaak komt mij tamelijk twijfelachtig voor.

De wet zegt wel hoe grondrenten en tienden, even als erfpacht en opstal, verloren, niet hoe zij verkregen worden; het middel van verjaring is dus daardoor even weinig uitgesloten als uitdrukkelijk toegelaten. Aan de bepaling toch, dat *de titel* moet worden ingeschreven in de openbare registers, zal, denk ik, niemand groot gewigt hechten. De gevolgtrekking immers, dat de wet dus altijd een titel vordert, zou te veel bewijzen, en aan bijkans iedere verjaring kunnen worden tegen-
geworpen. Om nu van erfdienstbaarheden niet te spreken, de titels van overdragt van onroerend goed moeten ook in de registers worden ingeschreven. Dat neemt immers niet weg, dat eigendom van onroerend goed ook door

verjaring, en dus zonder titel, verkregen wordt. Maar het beteekent eenvoudig, dat de titel, *zoo die er is*, moet worden ingeschreven. Zoo kan het ook hier zijn.

Van meer gewigt echter is de volgende redenering, en deze is dan ook de voorname *ratio decidendi* voor de ontkennende beantwoording.

Een tiend-regt, dat niet bestaat, maar dat nog door de quasi-verjaring zou moeten geboren worden, is niet in den handel, en dus noch voor bezit noch voor verjaring valbaar. Die onverschuldigde tienden betaalt, kan ze *conditione indebiti* terug vorderen; en die tienden wegneemt of ontvangt, waarop hij geen aanspraak heeft, pleegt een roof, immers eene onregtmatische daad, en kan zich daardoor geen *regt* scheppen, dat hij niet heeft.

Ik zal niet onderzoeken, in hoe verre al weder, althans het laatste gedeelte, dezer redenering, tegen iedere verjaring zou kunnen worden geldig gemaakt. Maar er is toch ook eene andere beschouwing mogelijk.

Men kan tegen het aangevoerde zeggen: door verjaring wordt de eigendom verkregen van alle zaken. Tiendregt is wel degelijk eene zaak, eene onligchamelijke zaak (art. 564). Maar onligchamelijke zaken kunnen worden bezeten, en dus ook door verjaring verkregen. Is dit waar, in het algemeen, waarom zal het dan niet waar zijn voor het tiendregt? Eene uitzondering is althans in de wet niet te vinden.

Ik wil voor het overige thans bij de aankondiging van dit met veel zorg en kennis geschreven proefschrift de vraag niet *ex professo* behandelen. De vermelding van het *pro* en *contra* zij voor dit oogenblik genoeg. Nog deze opmerking ten slotte. De voorname reden, die het middel van verjaring moet doen uitsluiten, ook naar mijne meening, voor het regt van opstal, de omstandigheid namelijk, dat dit voor eenen *bepaalden tijd* kan

worden verkregen, en dat de eigenaar daaraan altijd door opzegging een einde maken kan, geldt voor het tiendregt niet. A. D. P.

P. DEKETH. — *Over de misdaad van vergiftiging.* — Utrecht. 1856. — 84 blz. in 8°.

Na eene korte inleiding over vergiftiging in het algemeen, wordt in de 1ste, 2de, 4de en 5de § gehandeld over het wetenschappelijk en wettelijk begrip van vergiftiging, over dat van vergif, over de bewijsvoering der misdaad van vergiftiging, en over de poging tot vergiftiging; terwijl in de 3de § worden medegedeeld eenige merkwaardige gevallen uit de voormalige Nederlandsche criminele wetgeving.

Lezenswaardig is vooral de 3de § waarin de vraag behandeld wordt, wat men door vergif verstaat. Het is zeer juist, dat niet de regtsgeleerde, maar alleen de natuurkundige wetenschap het antwoord op die vraag kan geven. Dit belet echter niet, dat de wet als vergiftiging kan straffen, wat streng wetenschappelijk geene vergiftiging is, of omgekeerd. Zoo kan de vergifleeër voor vergif houden niet alleen de doodelijke, maar ook de voor het ligchaam schadelijke zelfstandigheid. Zoo lang echter de wet alleen voor vergiftiging houdt den aanslag op het leven, door middel van zelfstandigheden die den dood kunnen veroorzaken, zal wel de toediening van enkel schadelijke middelen als zoodanig niet kunnen gestraft worden.

De leer, dat de toediening van vergif zou ophouden misdadig te zijn, indien deskundigen verzekeren, dat het van wege den slechten smaak, niet kan worden ingenomen, schijnt de schrijver met MITTERMAIER, niet

voor geheel onbedenklijk te houden, al «matigt hij zich niet aan om in den strijd van mannen, wier kunde en ervaring boven zijne kritiek verheven zijn, het oordeel van een scheids-regter uit te spreken.» — De leer wordt des te bedenkelijker, indien men aanneemt, wat niet wel te ontkennen valt, dat vergiftiging ook *kan* gepleegd worden met geweld. In ieder geval, als de gifmenger al het zijne gedaan heeft, om zijn slagtoffer te dooden, en deze alleen door den slechten smaak van den toegedienden drank van het gebruik is afgeschrikt, blijft dan toch de vraag over, of er, zoo al geen volvoerd misdrijf, dan ten minste niet eene strafbare poging is?

De merkwaardige gevallen van vergiftiging, door den schrijver medegedeeld, zijn niet van belang ontbloomd. Aandacht verdient vooral de zaak van HEINE TRIESTIES, die, na eene zeer volledige en zeer omstandige beken-tenis, onschuldig bevonden en vrijgesproken werd.

A. D. P.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

In een tijd, waarin de belangen van handel, nijverheid en volkplantingen de aandacht meer en meer, ook hier te lande, vestigen, was het een welkom verschijnsel den heer C. M. SMULDERS, ter verwerving van den doctorsgraad in de regten, zijne krachten te zien wijden aan de *Geschiedenis en Verklaring van het Tractaat van 17 Maart 1824*, te Londen gesloten tusschen Nederland en Groot-Britannië, ter regeling van de wederzijdsche belangen en regten in Oost-Indië. Zonder dat hij het onderwerp nog geheel hebbe uitgeput, meenen wij dat de schrijver een zeer belangrijken arbeid heeft geleverd, die bij de beoefening van letter en geest van het traktaat van 1824 met vrucht zal worden geraadpleegd. Eerst vindt men behandeld de verhouding van Engeland betreffende de koloniale aangelegenheden sedert 1814 tot het traktaat van 17 Maart 1824, daarna wat met het traktaat in verband staat, de voorloopige

Themis, D. III, 3de St. [1856].

38

maatregelen en overwegingen , de opening en loop der conferentiën ; — de tekst van het traktaat en de nota's van de gevolmagtigden deswege worden medegedeeld ; voorts de werking van het traktaat nagegaan tot op de scheepvaartwet van 8 Augustus 1850 ; eindelijk de invloed van de wijziging der Engelse en Nederlandsche scheepvaartwetten op art. 2 van het traktaat van 1824 , en de toelating van consuls in de Nederlandsche koloniën .

— Men kent thans eene dépêche , den 28 Julij jl. door den staatssecretaris der Unie aan den gezant der Vereenigde Staten te Parijs gezonden , en het antwoord behelzende van het Washingtonsche kabinet op de uitnoodiging der op het *Parijsche Congres* vertegenwoordigde mogendheden om toe te treden tot de verklaring van het Congres betrekkelijk het *zeeregt in oorlogstijd* . De tekst dier dépêche wordt thans door de dagbladen medegedeeld .

De bedoelde verklaring van het Parijsche Congres behelst , gelijk men weet , vier punten , en wel : 1°. dat de kaapvaart voortaan afgeschafte is ; 2°. dat de goederen van den vijand , met uitzondering van oorlogscontrabande , op een schip onder eene onzijdige vlag niet mogen prijs gemaakt worden ; 3°. dat de goederen , behorende aan ingezetenen van onzijdige Staten , op een schip onder 's vijands vlag niet mogen worden prijs gemaakt , met uitzondering van oorlogscontrabande ; 4°. dat onzijdige schepen niet gehouden zijn om eene blokkade te ontzien , zoo lang deze niet gehandhaafd wordt door eene scheepsmagt van genoegzame sterkte om alle schepen van 's vijands havens en kusten te kunnen weren .

De drie laatste punten worden door het Noord-Amerikaansche gouvernement aangenomen ; maar tegen het vierde maakt het bedenkingen . « Het is voorzeker volstrekt niet bevreedend (zegt de dépêche) , dat groote zeemogendheden het voor haar betrekkelijkerwijze nutteloos gebruik , om kapers tegen den vijand te bezigen , willen laten varen , onder voorwaarde dat minder magtige mogendheden zich van haren kant bereid verklaren om afstand te doen van het krachtigste middel tot verdediging harer regten ter zee , hetwelk zij bezitten . Naar het oordeel van het gouvernement der Unie is het grootelijks te vreezen , dat , indien het gebruik van kapers afgeschafte werd , de heerschappij over de zee uitsluitend in handen zou vallen van die mogendheden , welke tot regel hebben eene groote oorlogsvloot te onderhouden , en de noodige middelen daartoe bezitten . Die eene mogendheid , welke in zeemagt bepaaldelijk de sterkste is , zou eigenlijk meesteres van den Oceaan zijn , en deze heerschappij zou door de afschaffing van de kaapvaart bevestigd worden .

« Zulk eene mogendheid , in oorlog gerakende met een volk van mindere sterkte ter zee , zou voor de beveiliging en bescherming van haren handel niets anders behoeven te doen , dan de vaar-

tuigen van de reguliere zeemagt des vijands in het oog te houden : deze zou zij met de helft of een kleiner gedeelte harer vloot in bedwang kunnen houden , en met het overige zou zij de handelsvlag des vijands van den Oceaan kunnen bannen.

«De nadeelige gevolgen , welke een groot overwigt in sterkte ter zee hebben moet voor minder sterke Staten , zouden ook niet veel minder worden , indien dat overwigt tusschen drie of vier groote mogendheden verdeeld ware.

«Ontegenzeggelijk is het voor zulke Staten van mindere sterkte ter zee van belang , eenen maatregel tegen te houden , die den aangroei van de reguliere zeemagt der andere Staten moet bevorderen.»

— De in de jongste Parlements-zitting in Engeland tot stand gebragte wet , volgens welke voor de Engelsche regtbanken een getuigenverhoor kan worden toegelaten in geschillen , burgerlijke en handelszaken betreffende , die bij gerechtshoven op het vaste land behandeld worden , is sedert het uiteengaan van het Parlement bereids in het leven getreden. Wordt door eene overheid op het vaste land zulk een getuigenverhoor in Engeland gewenscht , zoo is eene verklaring van den gezant des betreffenden lands te Londen , genoegzaam om zulk een verhoor in Groot-Brittannië voortgang te kunnen doen hebben. Het wordt alsdan naar de Britsche wetgeving gevoerd , en ieder gedagvaarde getuige heeft dezelfde aanspraken op geldelijke schadevergoeding voor tijdverlies , reiskosten , enz. , als bij andere Engelsche processen.

— Ongeveer vijf en dertig jaren geleden werd het Fransche tijdschrift *la Thémis* , door eene vereeniging van magistraatspersonen , hoogleraren en regsgeleerden te Parijs gegrondest. Het was het eerste bepaalde periodiek geschrift voor de regtswetenschap daar te lande. 't Was op het oogeblik toen de ontdekking der commentaren van GAJUS en de verschijning der werken van von SAVIGNY aan de studie van het Romeinsche regt eene nieuwe vlugt gaven. De *Thémis* was de trouwe tolk van die herleving der regts-beoefening , en deelde aan Frankrijk eenigermate dien ijver voor de wetenschap mede , welke Duitschland bezieldde. Later bewezen de heeren FOELIX en WOLOWSKI belangrijke diensten. De eerste wijdde de *Revue étrangère* aan de nasporingen van de vreemde wetgevingen toe , vergeleek die onderling en deed achtervolgens de wetten van de verschillende landen van Europa aan Frankrijk kennen ; de andere geleerde verzamelde in de *Revue de Législation* al die jongere schrijvers rond zich henen , die thans naam hebben verworven , en die de regtswetenschap vrucht wilden doen trekken door de gelijktijdige beoefening van de geschiedenis , de staatshuishoudkunde en de wijsbegeerte. De omstandigheden deden die twee tijdschriften staken ; doch de taak

die de leiders zich daarvan hadden voorgesteld, was niet voltooid. De beweging op het wetenschappelijk gebied, uit Duitschland voortgekomen, elders met ingenomenheid gadeslagen en voortgezet, doet zich nog in Frankrijk, in Italië en andere landen gevoelen. Van daar dat men op een nieuw vereenigingspunt van zoo veler arbeid is bedacht geweest, en daaraan getracht heeft te voldoen door de uitgave te Parijs van de *Revue Historique de Droit français et étranger*, onder het bestuur van de heeren: Ed. LABOULAYE, lid van het Institut, hoogl. in de législation comparée bij het Collège de France, E. DE ROZIÈRE, gewezen hoogl. bij de Ecole des Chartes, R. DARESTE, advocaat bij den Staatsraad en het Hof van Cassatie, en C. GINOULHIAC, wien de cursus voor de regtsgechiedenis bij de faculteit te Toulouse is toevertrouwd.

Zie hier den hoofdinhoud van den eersten jaargang, 1855, en die van de eerste drie maanden dezes jaars:

De la Méthode historique en jurisprudence et de son avenir, par M. EDOUARD LABOULAYE. — Etude sur les origines du contentieux administratif en France. — I. Les intendants et commissaires départis. — II. Le Conseil d'Etat, par M. RODOLPHE DARESTE. — Recherches sur l'origine et les différentes rédactions de la loi des Allemands, par M. EUGÈNE DE ROZIÈRE. — Pourquoi Molière n'a pas joué les avocats, par M. CH. TRUNET. — Prix proposés par l'Académie des inscriptions et belles-lettres et par l'Académie des sciences morales et politiques, par M. EDOUARD LABOULAYE. — Observations sur le projet de loi portant le rétablissement de la transcription, par M. CH. DUVERDY. — Du tribunal de famille chez les Romains, par M. R. DE FRESQUET. — Des secrétaires de d'Etat jusqu'à la mort de Mazarin, par M. H. DE LUÇAY. — Dissertation sur la véritable date du statut maritime de Trani, par M. EUGÈNE DE ROZIÈRE. — Mohitor, sa vie et ses ouvrages, par M. AUBÉPIN. — De l'origine et des différentes rédactions de la loi des Wisigoths, par M. S. DE PÉTIIGNY. — Etude sur le droit de propriété littéraire en Allemagne, par M. PAUL LABOULAYE. — Aperçu historique et analytique du droit hindou, par M. BOSCHERON-DESPORTES. — Etude critique sur le *jus italicum* ou droit italique, par M. CH. REVILLOUT. — Etudes sur les origines et les principes de la ruralité, par M. BOUTHORS. — Ordonnance du roi Louis XIII concernant les huissiers et sergents du royaume (extraite des archives du tribunal de Beauvais), par M. AMBROISE VENTE. — Histoire de la condition des personnes dans les royaumes d'Oviédo et de Léon, par M. Munoz, compte rendu par M. EUGÈNE DE ROZIÈRE. — Recherches sur la *lex Francorum Chamaavorum* ou sur la prétendue loi de Xanten, article de M. Gaupp, traduit par M. PAUL LABOULAYE. — Notice sur le régime administratif et judiciaire des établissements français dans l'Inde, considéré principalement dans ses applications aux naturels du pays, par M.

BOSCHERON-DESORTES. — Nouvelles observations sur la loi relative à la transcription, par M. HUMBERT. — Documents inédits relatifs à d'anciens juristes français: Pierre de Fontaines, Antoine Lecomte, — François Hofman, par M. RODOLPHE DARESTE. — Recherches historiques sur la quotité disponible dans l'ancien droit français, par M. CH. DUVERDY. — Les Tables de bronze de Malaga, par M. EDOUARD LABOULAYE. — De la juridiction française dans les échelles du Levant, par M. FÉRAUD-GIRAUD.

Aperçu de l'histoire du droit pénal portugais, par M. LÉVY MARIA JORDAO, — Montesquieu et Machiavel, par M. FRÉDÉRIC SCLOPIS. — Recherches historiques sur la quotité disponible dans l'ancien droit français, par M. CH. DUVERDY. — Sur les derniers travaux pratiques des juristes grecs. — Recherches sur le droit coutumier de l'Artois, par M. C. LEGENTIL. — Etudes sur les origines du contentieux administratif en France. — III. Les anciennes juridictions domaniales et financières, par M. RODOLPHE DARESTE. — De la Manus en droit romain, par M. R. DE FRESQUET. — Études sur le droit primitif des sociétés humaines. — Du droit de vengeance, de sa légitimité, de son caractère propre, et de ses rapports avec les origines et le développement du Droit pénal, par M. ALBERT DU BOYS. — Documents inédits relatifs à d'anciens juristes français. — Certificat donné à François Pithou, par le recteur de l'Académie de Bâle, par M. H. D'ARBOIS DE JUBAINVILLE. — Portalis, avocat au parlement de Provence, par M. H. AUBÉPIN.

Regterlijke magt in de Nederlandsche West-Indische volkplantingen.

Uit het jongst verslag, deswege uitgebragt, blijkt het volgende nopens Suriname.

Bij het Geregts-hof aldaar werden in 1854 gewezen 123 vonnissen en arresten in burgerlijke zaken, als:

63 op schikkingen tusschen partijen; 9 op defaulten; 4 op verstek van pleidooi; 21 op overlegging van stukken; en 26 na gehouden pleidooi.

Voorts 16 vonnissen in strafzaken, alle in hooger beroep van vonnissen van het collegie van kleine zaken.

Ter rolle werden aangebragt 145 zaken, als:

ter ordinaire rolle 122; ter geprivilegieerde rolle 10; ter praferentie en concurrentie 15; terwijl voorts 238 requesten van verschillenden aard in behandeling kwamen.

Overigens bepaalden de werkzaamheden zich tot het geven van adviezen aan het Gouvernement en het verlijden van hypotheeken en transporten.

De volgende tabel geeft eene vergelijking van de werkzaamheden van het Geregts-hof in civiele zaken van 1843 tot en met 1854.

	1843.	1844.	1845.	1846.	1847.	1848.	1849.	1850.	1851.	1852.	1853.	1854.
Vonnissen en arresten	407	372	331	266	209	243	214	170	121	140	165	123
Requesten .	549	504	449	359	291	240	237	177	140	165	248	238
Aangebragte zaken ter differente rollen . .	366	344	311	272	231	233	226	201	141	145	156	145

Door het collegie van kleine zaken werden gewezen 296 vonnissen in burgerlijke zaken, waarvan 218 bij verstek en 82 in strafzaken; 58 burgerlijke geschillen werden afgedaan zonder vonnis. Op ultimo December 1854 bleven aldaar 6 zaken ter afdoening over.

Het getal advocaten, bij de regtscollegiën postulerende, bedroeg op het einde van het jaar 1854 drie, dat der procureurs vier.

Aan het departement der onbcheerde boedels en weezen zijn in het jaar 1854 gedevolveerd 157 boedels, waarvan 152 in eenen desolaten staat.

Tot effenheid zijn gebragt 1 solvente en 20 insolvente boedels; op reclames van belanghebbenden zijn 2 boedels overgegeven; zoodat op het einde van het jaar 1854 bij dit departement ahangig bleven 42 boedels.

Onder de openbare voogdij van den weesmeester kwamen 46 kinderen, waardoor het getal der pupillen van den weesmeester op ult. Dec. was geklommen tot 417. Onder deze weezen waren er 72, die uit eigen middelen werden verzorgd, 56 die door het Gouvernement werden gealimenteerd, en 289 die behoeftig waren, doch door particuliere betrekkingen werden verzorgd.

Wat de gevangenis betreft, deelt het verslag het volgende mede:

In de gevangenis te fort Zeelandia zijn gedurende 1854 659 arrestanten geplaatst geweest, van welke 13 op het einde van dat jaar aldaar nog aanwezig waren.

Te fort Nieuw-Amsterdam waren 116 gevangenen, van welke op het einde van het jaar 1854 97 overbleven.

Door de gevangenen worden ter plaatse van hun verblijf onder behoorlijk toezigt werken van verschillenden aard verrigt.

Het aantal gevangenen te fort Nieuw-Amsterdam is aan zeer veel verandering onderhevig, doordien het opleggen der gevangenis-

straf, bij politie-maatregel, meestal slechts voor weinige maanden plaats heeft en dus gedurende een jaar het geheele personeel der gevangenen verscheiden malen verandert.

Alleen maken daarop uitzondering die vrije en niet vrije personen, die wegens misdaden bij vonnis van het Hof voor korteren of langeren tijd aldaar zijn veroordeeld, deze zijn echter in betrekkelijk gering getal.

De godsdienstoefeningen door de leeraren der onderscheiden christelijke gezindheden worden te fort Zeelandia wekelijks en nu en dan op het fort Nieuw-Amsterdam gehouden.

Nopens de regterlijke magt in CURAÇAO gedurende 1854 blijkt het volgende :

De volgende zaken zijn behandeld bij de Regtbank: in het burgerlijke 11 en in strafzaken 6, waarvan 1 wegens eenvoudige feitelijke gewelddadigheid, 3 wegens gequalificeerde feitelijke gewelddadigheden en 2 wegens poging tot gequalificeerde feitelijke gewelddadigheid. Bij de commissarissen tot de kleinere zaken zijn 4 en ter rolle ééne zaak behandeld, zoodat te Curaçao in 1854 in het geheel 22 zaken zijn behandeld. Bij minnelijke schikking zijn afgedaan: voor de Regtbank 11 en voor de commissarissen tot de kleine zaken 15, dus in het geheel 26 zaken, terwijl nog beschikkingen op requesten werden gegeven.

Te St. EUSTATIUS zijn in 1854 behandeld: bij de Regtbank 2 zaken van diefstal en 1 dispositie op een request, bij de Regtbank van kleine zaken 6 strafzaken; bij commissarissen werd in 6 zaken vonnis gewezen, waaronder 2 wegens overtreding der slavenreglementen.

Te SABA zijn in dat jaar behandeld bij de gedelegeerde Regtbank 8 strafzaken en eene burgerlijke vordering.

Te St. MARTIN zijn behandeld: bij de Regtbank 11 vonnissen in burgerlijke zaken, 11 requesten 6 strafzaken (alle wegens diefstal) bij de commissarissen tot de kleine zaken 4 burgerlijke en 10 strafzaken; er bleven te Curaçao drie advocaten bij de Regtbank ingeschreven. Na afgelegd examen werd in dit jaar één procureur tot de practijk toegelaten. Op de andere eilanden zijn geene advocaten of procureurs gevestigd.

Te Curaçao is in het jaar 1854 eene nieuwe gevangenis gebouwd, waarin 6 afzonderlijke cellen voor criminele gestraften. Op ult. Dec. 1853 bleven er te Curaçao in de gevangenis 7 personen, waaronder 4 militairen. Gedurende het jaar 1854 zijn daarbij gekomen 6 en ontslagen 7 personen, terwijl er één gevangene is overleden, zoodat 31 Dec. 1854 in de gevangenis aldaar aanwezig bleven 5 personen, waaronder 2 militairen.

Te St. Eustatius zijn in 1854 3 personen in de gevangenis geweest, doch op den 31 Dec. van dat jaar bleef er geen aanwezig.

Te Saba zijn in 1854 geene gevangenen geweest.

Te St. Martin bedroeg het aantal gevangenen gedurende dit jaar 10 vrije personen en 80 slaven; op den 31 Dec. waren er geene.

Nopens de KUST VAN GUINEA wordt gemeld:

Gedurende het jaar 1854 had slechts ééne zitting van de Regt-bank te Elmina plaats, waarin behandeld werden drie strafzaken.

Geregte statistiek betreffende Sardinië.

In den dezer dagen uitgekomen jaargang van het *Staatkundig Jaarboekje*, voor 1856, vindt men deswege het volgende:

Volgens de staatsregeling van 1848 gaat alle rechtspleging van den Koning uit. Hij kan genade verleen en de straf wijzigen. De regters kunnen echter niet worden afgezet, nadat zij een zekeren tijd hunne betrekking hebben waargenomen.

In het wetboek van 1838 was de pijnbank in sommige gevallen behouden, en waren groote onbillijkheden tegen Protestanten en Joden opgenomen. Sedert de omwenteling van 1848 heeft daarin eene groote verandering plaats gevonden. Thans worden de geestelijken, ook in weerwil van hunnen geweldigen tegenstand, door den burgerlijken register gevonnisd.

De bevolking der gevangnissen en tuchthuizen in Sardinië was den 1sten Jan. 1855:

In de huizen van verzekering op het vaste land, 5,134, op het eiland, 1,402. In de strafgevangnissen, volwassen mannen, 4,819; jongelingen 311, vrouwen 202; te zamen, 8,868.

Voor onderstand, vervoer, huisvesting en bewaking was op de begrooting voor Binnenlandsche Zaken eene som van 3,485,000 lire aangewezen.

Als een ongunstig verschijnsel moet men het beschouwen, dat het getal gevangenen in de huizen van bewaring in 2 jaren zoo aanzienlijk is vermeerderd. In 1853 was het slechts 4,259.

In vergelijking met ons land, mogen wij den toestand van Sardinië op dit punt ongunstig noemen. Op den 31sten Dec. 1853 bedroeg de bevolking van onze gevangnissen 4,206: waarvan 2,325 in de strafgevangnissen, 1,206 in de huizen van verzekering, 509 in die van arrest en 166 in die van bewaring. Het groote verschil in de verhouding tusschen de huizen van verzekering en strafgevangnissen, is waarschijnlijk toe te schrijven aan eene verschillende klassen-verdeeling der gevangnissen.

Merkwaardig is het te zien, dat de cholera van 1854 zich in de gewone gevangnissen zoo weinig heeft verspreid, zelfs in de steden, die door die ziekte het meeste werden geteisterd; terwijl er in de penitentiare gevangenis te Oneglia 49 menschen aan bezweken, was er in de gewone van Genua bijna geen slagtoffer gevallen.

THEMIS, REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

TWEEDE VERZAMELING,

Derde Deel.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

Over aard en wezen van gemeenschap, door Mr.
B. J. GRATAMA, Substituut-Officier van Justitie bij
de Arrondissements-Regtbank, te Leiden.

(*Vervolg.*)

IX.

*Vernietiging van de regten van deelgenooten en terug-
werking daarvan op die der overigen.*

Hoe aard en wezen van gemeenschap zich openbaart gedurende haar bestaan, hierover sprak ik tot dusverre. Thans wil ik behandelen de werkingen en gevolgen, waarin, bij het eindigen der gemeenschap, haar aard en wezen zich uiten.

Eigenaardige werkingen en gevolgen openbaren zich niet, waar de regten der deelgenooten alle te gelijk, door dezelfde gebeurtenis of door dezelfde regtshandeling eindigen, hetzij dat de zaak, die het onderwerp dier regten uitmaakt, te niet gaat, hetzij dat alle deelgenooten hun regt te zamen, door ééne regtshandeling, aan vreemden overdragen, of anderszins daarover beschikken. Dezelfde werkingen, dezelfde gevolgen heeft dan die gebeurtenis, die handeling, als of de zaak slechts

één eigenaar had. En de vorderingen en verplichtingen, hetzij jegens de overige deelgenooten, hetzij jegens de gemeenschap, die daaruit kunnen voortvloeijen, behandelde ik vroeger. Alleen merk ik op, dat tot die overdragt soms dwang mag worden aangewend. De regter kan, op verzoek van deelgenooten, tegen den wil der overigen, den verkoop bevelen van goederen die gemeen zijn, art. 1122 B. W., artt. 686, 692 Burg. Regtsv. En die verkoop kan dan ook buiten tegenwoordigheid en medewerking van sommige deelgenooten worden tot stand gebracht, artt. 687, 693 Burg. Regtsv. Ook vervallen dan of worden vereenvoudigd enkele formaliteiten, die de persoonlijke toestand van sommige deelgenooten anders noodzakelijk zou maken, of voor den verkoop zelven of voor het erlangen van de daartoe noodige regterlijke magtiging, art. 455 B. W., artt. 685, 690 Burg. Regtsv.

Maar waar niet de regten van alle deelgenooten te gelijk en door dezelfde oorzaak vervallen, waar slechts het regt van een of meer der deelgenooten te niet gaat, en dat van een of meer van hen blijft bestaan, daar komt de eigenaardigheid uit van het Germaansch begrip van gemeenschap.

Onder te niet gaan van het regt versta ik een vernietigd worden in den waren zin des woords, een ophouden te bestaan, zonder over te gaan op een ander, zonder in een anderen vorm te herleven.

Bezit nu ieder van ons het regt op hetgeen gemeen is in vollen en geheelen omvang, ondergeschikt slechts aan onze onderlinge persoonlijke betrekking, dan moet, zoo uw regt, door welke oorzaak ook, vernietigd wordt, mijn regt worden verbeterd, niet door dat uw regt op mij overgaat, noch door dat ik een nieuw regt ontvang, maar door dat niet meer bestaat uw regt om gelijk genot en gebruik der zaak voor u te vorderen, en om

alle verandering of wijziging in de bestaande regtbetrekking, die in mijn handelingen of persoonlijke omstandigheden haar grond had, te beletten, te stuiten of te vrijdelen.

Even zoo verbetert mijn eigendom in inhoud of kracht, naar aard of tijd, zonder dat er evenwel overgang van regt plaats grijpt, zoo vernietigd wordt en vervalt het zakelijk regt waardoor het beperkt is, erfpacht b. v. of vruchtgebruik, het regt van hem die daartegen verjaring kon inroepen, of de handeling waardoor het gevestigd werd of overgedragen kon doen vernietigen, nietig verklaren of ontbinden, of wel het regt van den bezwaarden erfgenaam.

Van een mededinging die niet kon worden geweerd, bevrijd, van een beperking, van een belemmering waaraan het onderworpen was, ontheven, van een vijand, die gevaarlijk kon worden, ontslagen en daardoor verbeterd, blijft het regt in alle deze gevallen desniettemin in wezen en beginsel onveranderd, blijft steeds zijn eenige grondslag en titel dezelfde als vroeger.

Die vernietiging, dat vervallen van het regt van den een, die verbetering daardoor van het regt van den ander, kan bewerkt worden zoowel door toevallige gebeurtenissen en verloop van tijd, indien de aard van het regt, gelijk het oorspronkelijk werd gevestigd, dit medebrengt, als door afstand, dat is door wilsverklaring van den regthebbende, hetzij bij eenzijdige regtshandeling, hetzij bij overeenkomst met hem, ten wiens behoeve die vernietiging moet strekken.

Maar voor zoo verre die vernietiging door afstand plaats grijpt, werkt de eigenaardigheid der gemeenschap.

Geen regt kan vernietigd worden dan door hem die daarover vrijelijk kan beschikken. Afstand werkt dus niet voor zoo verre derden regten verkregen, die daardoor zouden worden verkort, verg. ook art. 1929 B. W. in

fine. Bij gemeenschap echter kunnen de deelgenooten reeds als zoodanig de werking beletten, stuiten of verijdelen van alle beschikkingen van een hunner, en kan dus de afstand ten hunnen behoeve niet verhinderd worden door of onderworpen zijn aan de regten, vroeger aan vreemden bewilligd. Het is slechts door een bezondere verbindtenis, dat zij verpligt kunnen worden deze te eerbiedigen.

Verder, ook in andere gevallen ontwikkelen zich uit het zakelijk regt persoonlijke vorderingen en verpligtin- gen. Maar deze eens tot volkomen gevormde schulden ge- worden, staan in geen verband meer tot het zakelijk regt, en beletten of belemmeren dus daarvan den afstand niet. Bij gemeenschap daarentegen vestigt het zakelijk regt niet alleen persoonlijke betrekking, maar wordt daaraan op zijn beurt ondergeschikt. Mag de eenheid, die de persoonlijke betrekking vormt, het geheel waar- toe zij een aantal zaken en regten die gemeen zijn ver- eenigt, door een der deelgenooten niet ten nadeele der anderen worden verbroken, ook de afstand door een der deelgenooten van zijn regt op één enkel der voorwerpen die gemeen zijn, heeft tegen de overigen geen kracht en werking. Deze kan, even als bij verkoop en over- dragt, die afstand dan alleen hebben, indien zij al mijn regt in de gemeenschap omvat, indien het mijn aandeel is dat ik afsta. En mag ik, zoo als bij enkele hoogere vormen van gemeenschap, mijn aandeel niet aan vreem- den overdragen, veel minder zeker kan ik mij van mijn betrekking jegens mijn deelgenooten ontslaan, door van dat aandeel afstand te doen, het te vernietigen en ver- vallen te verklaren. Dan kan de afstand niet door een- zijdige wilsverklaring, slechts door toestemming van alle deelgenooten, door overeenkomst tot stand gebragt worden.

Maar zoo een deelgenoot zijn aandeel in een eenvou-

dige gemeenschap eenzijdig vernietigt, vervallen verklaart, wat ligt in dien afstand opgesloten? In de eerste plaats vernietiging van zijn zakelijk regt, van zijn regt op zaken, inschulden ook en vorderingen, die gemeen waren. Vernietiging voorts van zijn regt om van de gemeene zaak het bloot gebruik en genot te hebben, om van haar baten en voordeelen een evenredig gedeelte te genieten. Maar vernietiging tevens ook van de verpligting, om dat alles ook aan de overige deelgenooten te laten. Want laat hij hun het geheel, zeker de verpligting is voldaan om een gedeelte daarvan aan de anderen niet te ontnemen. In dien afstand zal tevens in den regel de afstand, de vernietiging begrepen zijn zijner vorderingen tegen de gemeenschap van bepaalde zaken, goederen of geldsommen. Maar al behield de deelgenoot bij dien afstand zich deze vorderingen uitdrukkelijk voor, dat voorbehoud zal de overige deelgenooten niet schaden. Niet eigenmagtig toch kan hij, wat de vordering was van een der deelgenooten jegens de gemeenschap tot een vordering maken van een vreemde jegens haar, al wil hij ook voor zijn aandeel de schuld als door vermenging te niet gegaan, beschouwen. Ook voor de overige aandeelelen toch heeft de schuld de bestemming om uit de gemeenschap te worden betaald. En die bestemming, eens tegen hem als deelgenoot werkzaam, kan hij alleen haar niet ontnemen. Bij de scheiding dus eerst wordt de schuld, ten zij vroeger anders werd bepaald, betaalbaar en eischbaar. En dikwijls blijkt ook dan eerst de evenredigheid waarin ieder der aangebleven deelgenooten tot haar betaling moet bijdragen, en hoe groot dus het aandeel is dat ten gevolge van den afstand door vermenging verviel. Van zijn verpligting, om in de gemeenschap goederen of gelden in te brengen, kan de deelgenoot zich door eenzijdigen afstand van zijn aandeel niet ontslaan, maar slechts op hetgeen hij ter kwijting

zijner schuld in betaling geeft, het regt verliezen dat hij daarop, als tot de gemeenschap behoorende, zou hebben bezeten. En wat nu de verplichtingen jegens vreemden betreft, door afstand van zijn aandeel in de gemeenschap, kan hij zich natuurlijk daaryan niet bevrijden, maar evenmin de evenredigheid wijzigen, waarin de overige deelgenooten tegenover den schuldeischer aansprakelijk zijn.

Waar dus de gemeenschap een aantal zaken en regten omvat, een geheel vormt, is zelfs tegenover de deelgenooten veelzins de werking beperkt van den afstand van zijn regt, door een hunner bij eenzijdige regtshandeling. Slechts door overeenkomst tusschen alle deelgenooten kan die afstand in allen opzichte en in allen gevalle tusschen hen volle werking erlangen.

Maar voor zooverre die vernietiging, dat verval van de regten van een der deelgenooten werkelijk, hoe dan ook tot stand komt, behouden de overige deelgenooten de zaak in haar geheel krachtens hun eigen oorspronkelijk regt, niet door hun keuze of daad, maar krachtens een in aard en wezen van hun regt gelegen noodzakelijkheid.

Wat zoo bij ons krachtens aard en wezen der gemeenschap geschiedt, heeft dus een nauwe verwantschap met hetgeen bij het jus accrescendi van 't Rom. R. plaats grijpt. In 't Rom. R. bezit in zoo vele opzichten het regt tot aanvaarding van erfenis of legaat besondere eigenaardigheid. Zijn meerderen tot het geheel geroepen, hun regt wordt, zoolang geen werkelijke aanvaarding geschiedde, niet als gesplitst gedacht. Moet de aanvaarding van erfenis of legaat onbeperkt en onvoorwaardelijk geschieden, ieder der tot het geheel geroepenen aanvaardt het geheel. Eerst na de aanvaarding ontmoeten zich hun aller regten, beperken zich over en weêr, partes solo concursu fiunt. Aanvaardt een der medegeroepenen niet, de anderen

die aanvaarden erlangen daardoor strikt genomen geen grooter deel. Hun aandeel wordt slechts, door dat niet alle geroepenen hun regt laten of kunnen laten gelden, minder door de ontmoeting van gelijke regten van anderen ingekort. Het gevolg is dus niet, ut plus habeant, maar ne minus habeant. En oud is de opmerking, dat hier eigenlijk magis non decrescit quam accrescit.

Slechts dit is het onderscheid. Bij het Rom. jus accrescendi vervalt een dadelijke inkorting van hun door de aanvaarding van erfenis of legaat ontstaand regt, die de deelgenooten zich anders hadden moeten laten welgevallen. Bij onze gemeenschap daarentegen vervalt met het regt van een der deelgenooten, voor de anderen geen verplichting om zich een inkorting te getroosten van hun zakelijk regt, van hun regt op hetgeen tot de gemeenschap behoort. Dit toch heeft ieder der deelgenooten in vollen en geheelen omvang, wordt als zoodanig door het regt der anderen beperkt noch ingekort. Door het verval van uw regt win ik slechts dit, dat de persoonlijke betrekking, waarin het bestaan van uw regt ons bragt, de persoonlijke vorderingen en verplichtingen die daaruit voortvloeijen, de ondergeschiktheid ook daaraan van mijn zakelijk regt ophouden, en dat dus voortaan veranderingen en wijzigingen in den bestaanden regtstoestand, die in mijn handelingen of persoonlijke omstandigheden haar grond hadden; niet meer door u belet, gestuit, verijdeld kunnen worden.

Was reeds in het Rom. R. de uitdrukking onjuist van jus accrescendi, onjuister nog is bij ons de naam van regt van aanwas voor deze eigenschap van alle soorten van regten, zoodra zij in inhoud en kracht, naar aard en tijd, gelijk aan meerderen toekomen, voor deze eigenschap dus, die uit aard en wezen van iedere gemeenschap voortvloeit. Evenwel ken ik daarvoor in onze

taal geen meer geschikte benaming. En daar er weinig vrees voor misverstand bestaat, daar ook ons wetboek in artt. 1049 sqq. het voorbeeld gaf, mag en moet men, geloof ik, de op zich zelve onjuiste uitdrukking bezigen.

Wel spreken artt. 1049 sqq. van het regt van aanwas alleen bij erfenis of legaat. Maar bij ons, waar voor en na de aanvaarding het regt van erfgenaam en legataris hetzelfde is en blijft, kan ook hier het regt van aanwas in zijn grond, strekking en beteekenis geen ander zijn, dan hetgeen bij ons bij iedere gemeenschap bestaat. De eigenaardige werkingen en gevolgen bij erfenis en legaat zijn slechts uitvloeisels uit het bijzonder karakter, dat het vervallen, het vernietigd worden van het regt hier bezit.

Verwerping van erfenis of legaat werkt terug tot het oogenblik van den dood van den erflater. Is aanwas van het regt der overige deelgenooten het noodzakelijk onafscheidelijk gevolg van de verwerping van zijn aandeel door een hunner, van het vervallen en vernietigd worden van zijn regt, ook dat aanwassen moet tot op hetzelfde oogenblik van den dood van den erflater terugwerken.

Is naar artt. 1049 sqq. B. W. het regt van aanwas bij erfenis of legaat uitgesloten, wanneer zij die aanvaardden slechts tot een aandeel van een bepaaldelijk aangeduide hoegrootheid geroepen waren, bij iedere gemeenschap is dit het geval. In die vermelding van een bepaalde hoegrootheid van het aandeel kan, zoo als wij dit vroeger p. 50 sq. bij verkoop of andere overdragt zagen, de uitdrukking liggen van den wil van den erflater of van de handelende partijen, om het regt, dat zal worden verkregen, in ieder geval tot het aangewezen deel van de waarde der zaak te beperken, en de verbetering die het regt van den verkrijger anders door den aanwas zou ondergaan, ten bate te doen komen aan

den vervreemder of aan de andere door den erflater bedoelde personen. De bedoeling van partijen wordt dus bij testament evenzeer en op dezelfde wijze geëerbiedigd als bij overeenkomst. Alleen stellen artt. 1049 sqq. eenige vermoedens vast omtrent de gevallen, waarin die bedoeling moet worden aangenomen.

Heeft de verwerping van een aandeel in erfenis of legaat, schoon bij eenzijdige regtshandeling geschied, steeds en in allen opzichte haar volle werking, het is om dat zij plaats grijpt vóór de aanvaarding, vóór de handeling, waardoor de erfgenaam of legataris zich jegens zijn deelgenooten of met hen jegens vreemden verbindt.

Bij aanwas tusschen deelgenooten uit welken hoofde ook, verbinden, gelijk wij zagen, de handelingen en beschikkingen van den wegvallenden deelgenoot de overigen niet, veel minder nog gaan de alleen op zijn persoon rustende verplichtingen op hem over. Beschouwt men dus de beschikkingen, waarmede de erflater hem bezwaarde die verwierp, bloot als persoonlijke verplichtingen van dezen hem door den erflater opgelegd, de deelgenoot voor wien het regt van aanwas werkt, zal daaraan niet onderworpen worden. Alleen en uitsluitend krachtens zijn eigen regt tot het geheel geroepen, heeft hij slechts de verplichtingen te vervullen die op hem rusten, geenszins die welke aan anderen werden opgelegd. Dit was het gezigtspunt van het oudste Róm. R. Maar reeds de *lex Papia Poppaea* voerde voor de *caducorum vindicatio* een andere beschouwing in. Zij scheidde het onus niet van de portio, maar verplichtte den met het *caducum* begunstigde alle verplichtingen na te komen, die de erflater den wegvallende opleide. En zelden inderdaad zal het met den wil en de bedoeling van den erflater overeenkomstig zijn, omdat niet degene, dien hij wilde, maar anderen het toegedachte voordeel genieten, derden,

ten wier behoefte daaraan lasten werden verbonden, het regt daarop te ontnemen. Integendeel zal men wel veelal mogen aannemen, dat juist daarom nog te eerder de erf-later de beschikkingen ten behoeve van derden zou willen verwezenlijkt zien. In zijn latere meer vrije ontwikkeling van de leer der uiterste wilsbeschikkingen werd dan ook in het Rom. R. telkens meer, en eindelijk door JUSTINIANUS ten volle het beginsel aangenomen, dat portio accrescit cum onere. Zoo veel te meer moet bij ons hetzelfde gelden. Iedere beschikking toch van den erf-later over zijn vermogen en een gedeelte daarvan of wel over de waarde van dien, blijft als zoodanig gelden, al heeft de erfstelling of het legaat, waaraan die beschikking als bezwaar werd verbonden geen gevolg. Vloeit dit voort uit aard en wezen, uit de geheele historische ontwikkeling van onzen uitersten wil, verg. BLUNTSCHLI, II. p. 386 sqq., 433 sqq., bij de herziening van ons Wetb. na 1830, werd het beginsel uitgedrukt in het tweede lid, dat aan art. 1048 werd toegevoegd. Door die bijvoeging werd geheel overbodig art. 939 B. W., dat niet in den C. N. voorkomende, en voor het eerst in 't Wetb. van 1830 opgenomen, getuigt van eigenlijk aan ons regt vreemde voorstellingen, en een transactie daarmede inhoudt. Het verbinden van een last aan een erfstelling of legaat is dus slechts de aanwijzing door den erf-later, van een bepaald gedeelte van zijn vermogen of de waarde van dien, waaruit hij dien last, die beschikking ten behoeve van een derde wil gekweten hebben. En die aanwijzing moet ieder, die de zoo belaste gedeelten van des erf-laters vermogen krachtens zijn testament verkrijgt, eerbiedigen.

In het Rom. R. kan van het jus accrescendi geen sprake meer zijn, zoo de erfgenaam of legataris eens heeft aanvaard en eerst later zijn regt vervalt. Het regt door de aanvaarding eens gesplitst en gedeeld, kan niet

weder tot zijn ongesplitsten en ongedeelten toestand terugkeeren. Zoo waar een suus en necessarius haeres van het jus abstinendi gebruik maakt, waartegen de aanvaarding restitutio in integrum wordt verleend, waarvan de begunstigde die de hem door den erfflater opgelegde verplichtingen niet vervult, het reeds aanvaarde regt ontnomen wordt, v. VANGEROW, *Pand.* II. p. 373 sqq. Liggen deze gevallen buiten den kring van het eigenlijk jus accrescendi, niet de regelen van dit regt, maar bepalingen aan den eigen bezonderen aard dier gevallen ontleend moeten ze beheerschen. Worden ook hier regelen toegepast bij het jus accrescendi geldende, het is slechts wegens de nauwe verwantschap en ondergeschikt aan de eigenaardige omstandigheden. Waar de praetor b. v. tegen de aanvaarding in integrum restitueert, zou het tegen strekking en bedoeling dier instelling strijden, zoo de gunst den een verleend den anderen bezwaarde, zoo het gedeelte, waarvan de praetor den eenen deelgenoot vergunt zich te ontslaan, den anderen, den deelgenooten tegen wil en dank werd opgedrongen. Aan hun keuze wordt het dus overgelaten, of zij ook het zoo vrijgevalen gedeelte willen aanvaarden. Dat zelfde bepaalt ook art. 1100 B. W. Doe ik bloot afstand van mijn aandeel, hiertegen hebben de deelgenooten geen bescherming noodig. Ook die handeling kan hun slechts baten, niet schaden. Maar word ik tegen mijn aanvaarding in mijn geheel hersteld, aan de terugwerkende kracht daarvan kunnen de deelgenooten zich evenmin als ieder ander onttrekken. Wordt de handeling, waardoor ik mij jegens hen en met hen jegens vreemden verbond, als niet geschied beschouwd, als het ware uitgewischt, de evenredigheid, waarin zij door hun aanvaarding jegens vreemden aansprakelijk werden, en die door het aantal van hen die zich te zamen verbonden en dus ook van mij, bepaald

was geworden, moet noodwendig worden gewijzigd. En tegen dit nadeel worden dan de deelgenooten beschermd door de bepaling van art. 1100. Maar dan moeten zij ook de verbetering van hun regt op de baten der gemeenschap die uit de vernietiging van mijn regt daarop zou voortspruiten, en die zeker, waar herstelling in het geheel plaats vond, door het nadeel wel zal worden overwogen, laten varen, mijn aandeel in zijn geheel verwerpen, of juist niet aanvaarden.

Van regten, die krachtens hun aard en wezen door een toevallige gebeurtenis te niet gaan, levert het vruchtgebruik een voorbeeld op. Sterft een van hen, ten wier behoefte het gevestigd werd, voor de anderen, werkt het regt van aanwas. De latere Fransche schrijvers onderscheiden veelal, of de gestorvene vruchtgebruiker al dan niet reeds had aanvaard, en na die aanvaarding ontkennen zij dan het regt van aanwas. Mijns inziens zeer ten onregte. Hoe hij ons, «de doode erft den levende» dat tijdstip der aanvaarding in deze eenig gewigt en beteekenis kan hebben, vat ik niet. Het tijdstip van het openvallen der erfenis is het eenige dat beslist. Dan en dan alleen, wordt het regt verkregen. Heeft latere verwerping een terugwerkende kracht, en wordt het verworpene geacht nooit verkregen te zijn geworden, waar geen verwerping volgt, heeft het eenmaal verkregen zijn van regt, om als feit zijn volle werking en beteekenis te hebben, de bevestiging als het ware door de aanvaarding niet noodig. Ik erken gaarne, alle beroep faalt op het «*ususfructus* *quotidie constituitur*» der Romeinen. Dat gezegde stond in verband met hun beschouwing van het vruchtgebruik, als een last, als een op het eigendom drukkend bezwaar, dat den eigenaar verplicht alle enkele handelingen, onder het *uti frui* begrepen, toe te laten en te dulden. Het is dus eigenlijk eerst telkens als hij *utitur fruitur*, dat de vruchtgebruiker iets verwerft. Voor

zoo verre het nog niet genotene betreft, is het regt dus nog niet aanvaard. En bij alle nog niet aanvaarde regten op erfenis en legaat, hoewel dan ook bij deze alleen, bestaat naar Rom.R. regt van aanwas, verg. v. VANGEROW, *Pand.*, II, p. 629 sq. In die beschouwing nu kan bij ons de grond niet liggen van het regt van aanwas, waar het vruchtgebruik eens werd aanvaard. Wij toch denken ons, als andere zakelijke regten, zoo ook het vruchtgebruik, als zelfstandig geworden bestanddeelen van het eigendomsregt. Maar, gelijk wij zagen, bij ons heeft het regt van aanwas een anderen en breedere grondslag, een andere en ruimere strekking. *En* zijn grond, aard en wezen der gemeenschap, *en* de aanleiding die het in werking brengt, de vernietiging van de regten van een der deelgenooten, bestaan evenzeer voor en na de aanvaarding, bij vruchtgebruik niet minder dan bij andere regten. Heeft de dood van een der deelgenooten bij andere regten dit gevolg niet, het is eenvoudig omdat die dood zijn regten niet vernietigt, maar op anderen, erfgenamen of legatarissen, overdraagt, verg. MARCADÉ, IV, n^o. 199 sq. Ook DIEPHUIS erkent ook na aanvaarding het regt nog van aanwas. Maar op grond alleen van art. 855 B. W. zou ik dat gevoelen niet zoo onbetwistbaar durven voorstellen als hij dit doet, IV, n^o. 277.

Vruchtgebruik vererft nimmer, en de dood van den daartoe geroepene vernietigt het steeds. Bij enkele andere regten is de vererving beperkt, en is vernietiging dan eerst het gevolg van den dood, zoo erven binnen dien beperkten kring ontbreken. Dan, maar ook dan eerst, werkt het regt van aanwas voor de andere deelgenooten. Het regt van den verwachter bij de erfstellingen over de hand in artt. 1020 sqq. B. W. veroorloofd, het regt op de nalatenschap van een derde naar art. 233 B. W. aan echtgenooten bij huwelijksche voorwaarden verzekerd, vererven alleen in de nederdalende

lijn. Zoo die regten aan meerderen gemeen zijn en een hunner zonder afstammelingen sterft, wordt zijn regt vernietigd, en heeft ten behoeve der deelgenooten aanwas plaats.

Vroeger kwam zoodanige beperkte vererving meer voor. In het leenregt van den Saksenspiegel vererft, gelijk wij zagen, het leen slechts in de nederdalende lijn. Zoo nu bij beleening gemeenerhand een der leenmannen zonder kinderen of kleinkinderen sterft, behouden de overigen door regt van aanwas, en zonder nieuwe beleening, het geheele leen. Saks. Leenr., art. 32. HOMEIJER, *Sachsenspiegel*, II, 2, p. 457 sqq. Dat regt echter verliezen de beleenden gemeenerhand door verdeeling, gelijk van den anderen kant daardoor de nieuwe heer zijn regt verliest op de gunst, die zijn voorganger bewees door meerderen tegelijk te beleenen, terug te komen, en slechts één leenman te dulden. Over den grond dezer bepalingen is veel getwist. Mij dunkt haar verband is onmiskenbaar met het «Al len ane gewere darvet der volge, «unde al gewere ane lenunge is unrecht, sie ne hebbe «beide en man, so sin sie beide unrecht.» *Saks. Leenr.*, 59, 3. Slechts werkelijke uitoefening geeft aan het den leenman verleend regt vastheid en zelfstandigheid. Daardoor eerst wordt zijn regt zakelijk, vererfelijk bij doode van man en heer beide, erlangt in een woord «volge.» En dit is een gevolg daarvan, dat, gelijk ALBRECHT, *die Gewere*, p. 278 sqq., dit zoo treffend aantoot, het regt van weer van den leenman oorspronkelijk, als andere niet naar landregt gevestigde regten van weer op onroerende goederen, dezelfde regelen volgde als het regt van weer bij roerend goed. Hiervan nitgegaan, had het leenregt een lange baan door te loopen van ontwikkeling, een baan die meer dan waarschijnlijk ook het landregt had afgelegd, eer dat het regt van weer naar leenregt dezelfde eigenschappen, werkingen en gevolgen

erlangde als die naar landregt. De geschiedenis dier ontwikkeling hangt te zamen met, of, juister, is de geheele geschiedenis van het leenregt. In het óéne land bereikt het leenregt die ontwikkeling reeds vroeg, in het andere eerst veel later, elders wederom nimmer. En die ontwikkeling toont ons de Saksenspiegel als ter halver wege.

Oorspronkelijk alleen door feitelijke uitoefening ontstaan, vervalt de leenweer waar die feitelijke uitoefening vrijwillig wordt opgegeven. Al is de «lenunge» de grondslag van des leenmans regt, eerst door dat en voor zoover hij het feitelijk uitoefent, erlangt hij regt van weer, dat hij slechts behoudt zoo en voor zoover hij die uitoefening niet vrijwillig opgeeft. Verdeelen zij die gemeenerhand beleend werden, onderling het leen dat zij «ane des herren orlof» doen mogen, dan geeft ieder hunner de feitelijke uitoefening op van het regt voor het gedeelte der overigen, behoudt die slechts voor zijn gedeelte. Wel geschiedt dan geen nieuwe beleening, die de Saksenspiegel niet kent, HOMELER, *Sachsenspiegel*, II, 2, p. 460. Wel blijft de betrekking der gezamenlijke mannen tot den heer ongewijzigd en onveranderd, en de beleening gemeenerhand als tot dusverre de grondslag van aller regt. Maar voor de «volge» voor de volle kracht en werking der leenweer wordt vereischt *en* beleening *en* bezit. En dit laatste heeft ieder slechts voor zijn gedeelte. Dat alleen kan hij tegen den heer handhaven, en hem moet hij dus het gedeelte dat vrijstierf overlaten. Maar voor zijn gedeelte kan hij dan ook de «volge» eischen aan den nieuwen heer, omdat hij *en* lenunge *en* gewere vereenigt.

In haar later ontwikkeling naderde ook in Saksen de leenweer steeds meer en meer aan de eigenweer, werd ook ten haren aanzien het regt steeds meer en meer zelfstandig tegenover de feitelijke uitoefening. Verandering

in die feitelijke uitoefening, zoo zij door sommigen geheel wordt opgegeven of tusschen allen gesplitst, al is deze regeling ook bestemd om duurzaam stand te houden, werkt niet reeds op zich zelve, maar eerst zoo zij ook in het regt, in den titel zelven werd overgebracht, zoo een nieuwe beleening plaats greep. Van den anderen kant, al werd de beleening gemeenerhand van een gunst van den heer een regt van den man, steeds bleef zij een afwijking van den eigenlijken aard van het leen, in strijd met zijn consortis impatientia, steeds vestigde zij ten behoeve van de deelgenooten een regt van aanwas, dat een vrijvallen van een aandeel in het leen en zijn vervallen aan den heer kon voorkomen. Daardoor werd de beleening aan meerderen in aard en wezen als een geheel andere beschouwd, dan die aan een enkel persoon. Waar dus die gemeenerhand vervalt, waar, door welke oorzaak dan ook, het leen of gedeelte van dien aan een der deelgenooten alleen komt, is een nieuwe beleening steeds noodig. Zoo reeds spoedig na den Saksenspiegel volgens een oorkonde van 1330, en volgens het Ridderregt van Lijfland aangehaald bij HOMER *Sachsenspiegel*, II. 2. p. 460. En overigens bestaat ook thans nog in Duitschland de beleening gemeenerhand, zoo als de Saksenspiegel ons haar teekent, verg. tegen DUNCKER, p. 102 sqq. HOMER *eod.* p. 466 sqq.

Ook in Nederland en België bestond in verschillende vormen beleening gemeenerhand. Waar het regt van een hunner vervalt, werkt tegen den heer ten behoeve der overigen regt van aanwas. En tegen over den heer wordt ook dan bloote aanwas aangenomen, indien het regt van een der deelgenooten op een of meer der anderen vererft. Geen nieuwe beleening noch betaling van de daarvoor verschuldigde regten worden dus gevorderd. Maar komt het regt uitsluitend in ééne hand, een

nieuwe beleening wordt noodig, Voer digr. de feud. n°. 100, sqq. Notabele punten van leen bij Bort, n°. 2 en 14.

Even zoo bij in beklemming uitgegeven land, wanneer in weerwil der consortis impatientia man en vrouw of de gezamenlijke kinderen en kleinkinderen van een overleden meijer door den eigenaar worden te boek gebracht. Waar het aandeel van een hunner ten behoeve van den eigenaar zou caduceren, verhindert dit het regt van aanwas ten voordeele der anderen. En dan kan zelfs, evenmin als bij vererving of anderen overgang tusschen de deelgenooten, nieuwe inboeking of betaling van nieuwe geschenken gevorderd worden. Eerst dan moeten deze geschieden, indien, hoe ook, het beklemregt uitsluitend komt aan een van de kinderen of kleinkinderen alleen van den overleden meijer, en dus de gemeene hand wordt opgeheven. En dit geldt ook thans nog, al kan de caduciteit thans niet meer zoo ligt voorkomen.

Als naar den Saksenspiegel de mannen gemeenerhand beleend, hadden in Frankrijk tot aan de omwenteling, de hoorigen regt van aanwas slechts zoolang zij het hun te zamen naar hofregt verleende onverdeeld bezitten. Als de leenweer is ook de hofweer niet naar landregt gevestigd. Daarom ontstaat zij slechts door feitelijke uitoefening, en vervalt waar deze vrijwillig wordt opgegeven. Mogen de hoorigen naar goedvinden genot en gebruik regelen, en dus het goed onder zich verdeelen, door die verdeling verliest ieder deelgenoot de hofweer van hetgeen hij aan de anderen overlaat, en derft daardoor het regt van aanwas, dat hij anders bij doode van een der overigen tegen den heer zoude kunnen doen gelden. Noemt men dat regt van aanwas veelal erfregt, reeds DE LAURIÈRE teekende op LOISEL I. 1. 74 aan: «tant que les serfs sont demeurants en
Themis, D. III, 4de St. [1856].

« commun, ils possèdent comme solidairement leurs biens; « de sorte que la portion de celui qui décède, appartient « au survivant, par une espèce de droit d'accroissement. »

Hetzelfde was zeker daar te lande eens ook bij het leen regtens. Maar het regt van den man overvleugelde hier eerlang het regt van den heer. « Tous fiefs sont « patrimoniaux », zeide reeds LOISEL IV. 3. 1. De leenweer behoudens enkele verplichtingen jegens den heer is als tot eigenweer geworden, vererft en versterft, wordt gevestigd en overgedragen als deze. Als naar landregt vervalt het regt van aanwas door de handeling of gebeurtenis zelve, waardoor de gemeenschap onthouden wordt. Alle oorzaken ook, die het regt van een der deelgenooten in het leen vernietigen, en dus het regt van aanwas in werking doen treden, kent het landregt als zoodanig. En zoo is ook het leen geheel consortis patiens geworden. De beleening van meerderen te zamen wordt dus niet beschouwd als eigenlijk in strijd met den aard van het leen. Zij vestigt ook geen eigenaardig regt van aanwas ten nadeele van den heer. De opheffing der gemeene hand doet dus geen element in de betrekking tusschen man en heer vervallen, is niet een terugkeer tot een normalen toestand. Er is geen wijziging in het regt, die zich door een nieuwe beleening moet openbaren. En daar ieder deelgenoot of in persoon of door anderen den leenseed deed, en dus steeds reeds in den leenseed staat, kan geen nieuwe leenseed worden gevorderd.

Is de verwantschap groot tusschen de beleening gemeenerhand van den Saksenspiegel, en de jointtenantcy van 't Engelsch regt, bepaaldelijk heeft bij beide het regt van aanwas denzelfden grond en beteekenis. Bij doode van een der jointtenants behouden de overigen het geheel, ut participes non ut heredes, gelijk reeds de oudste

juristen het uitdrukken. Zonder nieuwe beleening dan ook of betaling van regten aan den heer. Dit jus accrescendi verliezen zij door verdeeling, waardoor eenheid van bezit, en door vervreemding, waardoor eenheid van regt, van titel, verg. boven p. 56 sq., verloren gaat. En beide juris et saisinae conjunctio, vordert ook reeds de FLETA voor de vastheid en bestendigheid van ieder regt.

De eenige afwijking van het regt van den Saksenspiegel ligt slechts daarin, dat, waar het leen erfelijk is, alleen de erfgenaam van den langstlevende door vererving het regt en dat in zijn geheel verkrijgt, de erfgenaam daarentegen van den eerststervende door de overblijvende deelgenooten wordt uitgesloten. Hoe dit zonderlinge regt te verklaren? De pogingen daartoe van Duitsche schrijvers zijn slechts nog zonderlinger dan het wonderlijke regt zelf. LITTLETON, Sect. 280, zegt alleen dat het is la nature de joyntenancie. COKE vult dat stilzwijgen niet aan. En de verklaring, die latere Engelsche schrijvers, BLACKSTONE, mihi II. p. 184, STEPHEN, I. p. 315 sq., geven, schijnt inderdaad weinig afdoende. Zij komt hierop neer. Waar A en B en hun erven tot het leen geroepen zijn, hebben A en B, maar ook zij alleen een regt op het geheel, en behoeft dus geen van beide, krachtens den titel en «tenor est qui dat legem feudo,» met iemand anders het leen te deelen. Zeker een vastklemmen aan de enkele bewoordingen van den titel, gelijk men dit bij Engelsche juristen veel vindt. Maar, hoe angstvallig men zich ook aan die woorden vasthoude, daarin ligt blijkbaar niet een roepen van de overige jointtenants vóór den erfgenaam van den overledene. En zoo die woorden misschien al het in werking treden zouden kunnen schorsen van hun erfregt, nimmer zeker kunnen zij het geheel vernietigen. Maar in al geval, waarom worden die woorden dan juist zóó

gebezigd? Als van zelve dringt zich daarom de gissing op, dat de jointtenancy van hooger en ouderdom zijnde dan de erflijkheid van het leen, door de invoering van deze de regten der overblijvende jointtenants niet konden worden verkort. Vererving op den erfgenaam van den langstlevende alleen, zou dan gegrond zijn op het bezit, dat ten laatste deze langstlevende alleen had, en waardoor ten zijnen aanzien alleen de juris et saisinae conjunctio bestond, die tot de vererving wordt vereischt. En daardoor werd dan tevens ten voordeele van den heer de consortis impatientia van het leen zooveel mogelijk gehandhaafd. Zoo zou de jointtenantey deze eigenaardigheid behouden hebben lang, nadat daarvan grond en reden was vervallen. Maar bezit hiervan ieder volk voorbeelden in zijn regtsgeschiedenis, talloos zijn zij in die van Engeland. Gewaagd is het zeker voor een vreemdeling een gissing te opperen over het Engelsch regt. Maar de zonderlinge voorstellingen van anderen geven daartoe moed. En mijn gissing heeft althans dit voor, dat daardoor de jointtenantey ophoudt een op zich zelf staand verschijnsel te zijn in het regtsleven der Germaansche volkeren. Ook de innige verwantschap, het naauwe verband tusschen den Saksenspiegel en het Anglo-Noormansch regtboek, onder den naam van *Leges Normannorum* bekend, in onze dagen zoo treffend door velen, vooral door SACHSZE, *das Beweisverfahren* Erlangen 1855, in het licht gesteld, bevestigt daarvan den grondslag.

De jointtenancy is niet tot het leen beperkt. Zij komt evenzeer voor bij copyholds, bij chattels; zelfs bij inschulden, choses in action. Bij schuld evenzeer als bij freehold heeft bij overlijden van een der jointtenants geen vererving, geen overgang paats. De overblijvenden alleen behouden de vordering in haar geheel. Alleen in equity kunnen de vertegenwoordigers van den overledene van

dien deelgenooten hun aandeel vorderen van hetgeen deze van den schuldenaar ontvingen. STEPHEN. II. p. 77.

Zijn parceners en tenants in common krachtens den aard van hun regt steeds slechts tot bepaalde aandeelen geroepen, van een regt van aanwas tusschen hen kan geen sprake zijn.

De regten die door toevallige gebeurtenissen of door verloop van tijd vernietigd worden of vervallen, zijn althans in onze dagen niet talrijk. Zoo hetgeen de gemeenschap vormt eenige waarde bezit, zal wel vernietiging van het regt van een der deelgenooten door eenzijdige rechtshandeling zelden voorkomen. Van meer gewigt dan die beide wijzen van verval van regt op de gemeenschap is dus die door overeenkomst. Die overeenkomst is de

X.

Scheiding.

Naar Germaansche rechtsbeschouwing wordt ieder der deelgenooten regt en pligt in vollen en geheelen omvang opgelegd en toegekend. Om mij alleen eigenaar, schuldeischer of schuldenaar te doen zijn kunnen de overige deelgenooten mij niets geven, niets overdragen, ik niets van hen overnemen. Want wat zij mij zouden kunnen geven of overdragen, het regt van weer, het zakelijk regt, het regt op de zaken, vorderingen ook inschulden, dit bezat ik reeds lang in zijn geheel. Want wat ik van hen zou kunnen overnemen, de verpligting, reeds lang rustte zij op mij in haar geheel.

Zij kunnen mij slechts ontslaan van mijn persoonlijke verpligting, om hun bloot gebruik en genot der zaak die gemeen was niet te verhinderen, om hun zeker gedeelte van haar baten en voordeelen toe te kennen en te laten volgen. Zij kunnen slechts voor het vervolg

geheel onmogelijk maken, wat zij in ieder geval steeds kunnen nalaten, het verzet tegen, het stuiten of verijdelen van mijn daden van uitoefening of beschikking.

Ook ten aanzien van schulden kan slechts hun bevoegdheid om de gemeene vordering te doen gelden, hun gehoudenheid om aan de gemeene verpligting te voldoen, in haar geheel of voor zoover de schuldsplitsing werkt voor hun aandeel, worden opgeheven, en het vermogen vervallen, om binnen de grens der schuldsplitsing daarover te beschikken. Zeker buiten hun medewerking tot stand gekomen, verbindt dit schuldeischer noch schuldenaar. Maar toch werkt het middellijk tegen den laatsten, kan den eersten wel niet schaden maar toch baten, verg. art. 1490 C. N., art. 999 W. Nap. voor Holl.

Dat alles, maar meer niet, wordt bereikt door afstand, vervallenverklaring, vernietiging van regt of pligt van een der deelgenooten en door het regt van aanwas dat dien ten gevolge in werking treedt. De overeenkomst, die deze vernietiging inhoudt, die dezen aanwas beoogt en bedoelt is de scheiding. In het woord zelf ligt niets meer dan het doen ophouden van een vereeniging, hetzij dat deze geheel wordt opgeheven, of dat een bepaalde zaak daarvan wordt afgenomen. Het is de aard der gemeenschap, die medebrengt, dat wat daartoe behoort ten behoeve of ten bezware van een der deelgenooten niet anders dan door vernietiging van regt of pligt der anderen daaraan kan worden onttrokken.

Scheiding is overeenkomst, geen eenzijdige regtshandeling. De wil der deelgenooten moet worden verklaard, om regt of pligt te vernietigen en die wilsverklaring door anderen aanvaard. En eerst door die aanvaarding, door onderlinge overeenstemming dus, houden de regten op te bestaan.

Scheiding is overeenkomst. Daarin wordt ingewilligd

of toegestemd. In de regten van hen die dit deden, kan dus de afstand bij overeenkomst niet de verhindering of beperking zijner werking vinden, die de afstand bij eenzijdige regtshandeling daarin ontmoet. Daarom kan de scheiding worden toegepast op gemeene verplichtingen. Wij deelgenooten stemmen er in toe, wat zonder onze toestemming ook [tegen ons niet zou werken, dat uw gehoudenheid in de gemeene schuld vervalle. En door dat gij wegvalt, op wien die verplichting vroeger te zamen met ons rustte, wordt de gehoudenheid van ons uitgebreider. Evenzeer kan bij scheiding de afstand ook daar haar werking hebben, waar de zaak tot een meer omvattende gemeenschap behoort, of waar de hoogere vorm der gemeenschap verbiedt mijn aandeel over te dragen of af te staan. Door de toestemming daarin wordt de onderlinge betrekking, zoo zij al niet tevens werd opgeheven, althans gewijzigd of wel enkele voorwerpen daaraan onttrokken.

Scheiding is overeenkomst. Door inwilliging en toestemming van alle deelgenooten kunnen dus daarbij omtrent vorderingen en verplichtingen der enkele deelgenooten jegens de gemeenschap, die bepaalde zaken, goederen of geldsommen ten onderwerp hebben, alle maatregelen genomen worden die men goedvindt. Waar de onderlinge betrekking geheel wordt opgeheven, niet bloot enkele voorwerpen daaraan onttrokken, moeten noodwendig ook hieromtrent voorzieningen zijn getroffen. Die schulden kunnen door betaling worden gekweten of bij wege van novatie door andere vervangen. Maar ook kan haar de bestemming worden ontnomen, om aan of uit de gemeenschap te worden betaald. Dit kan geschieden eenvoudig om die schulden betaalbaar en eischbaar te doen zijn van en aan de enkele deelgenooten alle, ten eigen bate en behoefte. Behoudens enkele blijvende eigenaardigheden keeren dan deze schulden terug onder

de heerschappij der gewone regsregelen en vervallen voor het hoofd van hem die tegelijk schuldeischer is en schuldenaar, verg. boven p. 263 sq. Maar evenzeer kunnen die schulden in haar geheel aan een der deelgenooten worden toegewezen. Deze wordt dan de uitsluitende schuldeischer of schuldenaar, alleen door het regt van aanwas, ten gevolge vernietiging van regt of pligt der anderen. Al geschiedt dus dit alles bij de opheffing der gemeenschap en om haar mogelijk te maken, bij en ter scheiding van het geheel dat zij vormde, de onderlinge schulden der deelgenooten worden als enkele op zich zelve staande voorwerpen niet altijd ook gescheiden, niet aan een hunner door vernietiging van regt of pligt der overigen voor het geheel overgelaten of opgedragen, maar soms, waarschijnlijk meestal, geheel vernietigd, gedelgd.

Een overeenkomst tusschen deelgenooten ter vernietiging of vervallenverklaring van regt of pligt van een of meer hunner, ten einde zoo voor de anderen het regt van aanwas in werking te doen treden, dit maakt dus het begrip uit van scheiding. Vreemd aan haar begrip, onverschillig dus voor haar bestaan, is het wat den deelgenoot tot die overeenkomst noopte en deed overgaan, wat daarvan de causa was, de oorzaak gelijk art. 1371 sqq. B. W. spreken, de veronderstelling gelijk WINDSCHEID, in zijne voortreffelijke verhandeling: *die Lehre des R. R. von der Voraussetzung*, Dusseldorf 1850, het noemt.

Scheiding kan dus zoowel donandi als solvendi, of credendi causa plaats hebben.

Donandi causa, indien mijn deelgenooten geen vergelding genieten voor den afstand hunner regten, indien zij mijn vermogen willen vermeerderen, mij een schenking willen doen.

Solvendi causa heeft de afstand van de regten der

deelgenooten plaats, indien dit strekt ter delging van bestaande verplichtingen. Die verplichtingen kunnen ten onderwerp hebben zoowel bepaalde goederen en geldsommen als een evenredig gedeelte van de baten, van het batig slot, van de winst der gemeenschap. In het laatste geval alleen is het, dat eigenlijk verdeling plaats grijpt. Dan geschiedt de afstand in verhouding van de waarde van het afgestane tot die van het geheel, dan wordt een evenredig gedeelte van het geheel als zoodanig toegewezen, dan wordt eigenlijk gedeeld, verdeeld. Onverschillig is het, of ter verkrijging dier waarde, van de zaak die gemeen is een gedeelte wordt afgenomen, dan wel meerdere zaken die gemeen zijn zamengevoegd. Onverschillig ook, of gelijktijdig aan zoodanigen afstand aan mij, ook aan mijn deelgenooten gelijke afstand geschiedt. Dit moge meestal zamentreffen, het blijft als 't ware een toevallig iets, zonder invloed op het regtskundig begrip. Ook bij die zamentreffing worden de wederzijdsche afstanden niet van elkander de vergelding, de causa; ook dan is en blijft dit de delging van persoonlijke verplichting, om aan de andere deelgenooten een evenredig gedeelte te laten van hetgeen tot de gemeenschap behoorde. De uitkeering dus aan mij van of op mijn aandeel is verdeling, schoon ook de andere deelgenooten ter voldoening van hun evenredig regt niets ontvangen, schoon ook ik de gemeenschap niet verlaat, mijn betrekking tot de deelgenooten niet opgeheven wordt, en dus van mijn regt op de zaken der gemeenschap niets vernietigd wordt of afgestaan.

Eindelijk credendi causa staan de deelgenooten hun regten af, zoo dit geschiedt ter vestiging eener verplichting, zoo ik daartegen een verbindtenis op mij neem, hetzij jegens de gemeenschap, hetzij jegens de overige deelgenooten. Verbind ik mij tot betaling eener geldsom aan de gemeenschap, dan neemt de handeling den

schijn aan van koop, een schijn, die nog bedriegelijker wordt, zoo bij licitatie, bij afslag en opbod, de geldsom werd bepaald voor het uitsluitend regt op de zaak te betalen, nog meer, zoo ook vreemden daarbij worden toegelaten. Is de handeling koop en verkoop zoo een vreemde hoogste bieder wordt, zoo een der deelgenooten dit is die reeds voor het geheel eigenaar was, kan zij in werkelijkheid slechts scheiding zijn, houdt zij slechts vernietiging van de regten der overigen in, doet slechts het regt van aanwas in werking treden.

Deze *solvendi* en *credendi causae* kunnen ook vereenigd zijn. De afstand kan geschieden voor een gedeelte van zijn bedrag ter delging mijner vordering, om een evenredig deel te ontvangen van de goederen der gemeenschap, voor het overige bedrag tegen een geldsom, die ik mij verbind te betalen, in den regel aan de overige deelgenooten, soms aan de gemeenschap. Die geldsom is de *soulte*, de *soluta*, het bedrag van het afgestane, waarvoor zij gegeven wordt, de overbedeeling.

De overeenkomst waardoor een der deelgenooten uitsluitend eigenaar moet worden van hetgeen vroeger gemeen was, hetzij tegen, hetzij zonder vergelding, en waarin ook die vergelding besta, in welken schijn ook de handeling zich hulle, die overeenkomst is steeds scheiding. Want ten einde hem uitsluitend eigenaar te doen worden, kunnen, om het nog eens te herhalen, de overigen niets anders, niets meer doen, dan hun eigen regten vervallen te verklaren en te vernietigen. Desniettemin zal de ontstentenis of aard der vergelding soms tusschen partijen eenige werkingen en gevolgen wijzigen der scheiding. En ook in den schijn, dien de handeling aanneemt, kan de wil en bedoeling van partijen liggen opgesloten zoodanige wijzigingen daar te stellen.

Is scheiding vernietiging, geen overdragt van regt, dan blijft hij, wien een zaak wordt toegewezen, haar

steeds krachtens denzelfden titel, op denzelfden grond behouden, als hij haar vroeger in gemeenschap bezat. Was hij het ook die de zaak in gemeenschap bragt, die anderen nevens zich in zijn regt opnam, zijn regt op de zaak blijft, ook na de scheiding, van denzelfden aard als vóór dat hij haar in gemeenschap bragt. Nog kleven zijn bezit dezelfde gebreken aan, nog rust het op denzelfden titel. Werd de zaak door een ander deelgenoot in de gemeenschap gebragt, voor en na de scheiding is het regt van hem, dien zij werd toegewezen, gegrond op de handeling, waardoor de zaak gemeen werd, waardoor hem regt op de zaak in vollen omvang werd opgedragen. Hij blijft wat hij was, de regtverkriggende, de opvolger alleen van dien deelgenoot, die de zaak vroeger uitsluitend bezat. Onstonden de regten van alle deelgenooten gelijktijdig door een en dezelfde handeling, die handeling, waardoor ieder der deelgenooten het regt in vollen en geheelen omvang verwierf, is ook na de scheiding de eenige grondslag van het regt van den deelgenoot, dien zij ten deel valt. Van de geldigheid alleen dier handeling, waardoor zijn regt ontstond, die zoo ook na de scheiding de grondslag blijft van zijn regt, van de overtuiging waarin hij, en hij alleen daarbij verkeerde, hangt het af, of hij zich op de verjaring zal kunnen beroepen. De scheiding zelve zal hem nimmer daarvoor ten titel kunnen verstreken.

Juist is dus het gezegde: «le partage n'est pas translatif de propriété». Onjuist echter wordt het, wanneer men als tegenstelling er bij voegt, dat scheiding is «déclaratif de propriété». Erkend, verklaard wordt, wat onzeker was, wat werd betwist. En wat als bestaand wordt erkend, wordt eenvoudig in denzelfden toestand gehandhaafd. Wordt daarbij desniettemin van hetgeen werkelijk bestond afgeweken, het was onwillekeurig,

werd niet beoogd of bedoeld, mag althans in regten niet als zoodanig gelden en werken. Zoo bij dading, bij vonnis. Maar scheiding strekt geenszins tot erkenning, tot bloote handhaving van het bestaande. Al werkt zij geen overdragt van regt, groot is de verandering die zij met zich brengt, die ook bedoeld en gewild wordt. De regten der andere deelgenooten zijn vernietigd, en ik daardoor uitsluitend eigenaar geworden. De beperking in de uitoefening van mijn regt, die ik verplicht was mij te laten welgevalen, bestaat voortaan niet meer. Maar bovenal de veranderingen en wijzigingen in de bestaande regtsbetrekkingen, voor zoover zij in mijn handelingen of persoonlijke omstandigheden haar grond hadden, zullen nu niet meer door de deelgenooten kunnen worden belet, gestuit of verijdeld, maar nu dadelijk en volkomen in werking treden. Voor zooverre de veranderingen en wijzigingen daarentegen uit de handelingen of persoonlijke omstandigheden van andere deelgenooten voortvloeiden, ook na de scheiding, kan ik ze steeds als mij niet verbindend beletten, stuiten, verijdelen in haar werking. Maar bestond vroeger de mogelijkheid, dat zij nog eenmaal tot volle en onbelemmerde werking konden komen, zelfs die mogelijkheid vervalt door de scheiding, waarbij alleen mijn regten gehandhaafd, die der overige deelgenooten vernietigd worden.

En in zooverre is het alsof die regten der overigen nimmer hadden bestaan, alsof ik de zaak, zoolang de gemeenschap duurde, steeds alleen en uitsluitend had bezeten. Zoo wordt dan ook de werking der scheiding beschreven in de bekende artt. 883 Cod. Nap. en 1129 Burg. Wetb. «Ieder erfgenaam wordt geacht «onmiddellijk te zijn opgevolgd in de hem toebedeelde «of in de door hem bij aankoop, krachtens art. 1122 «verkregeue goederen. Geen der erfgenamen wordt al-

«zoo gerekend immer den eigendom van de andere
«goederen der nalatenschap gehad te hebben.»

Men zal wel het artikel alleen willen en moeten verstaan van hetgeen reeds bij het openvallen der erfenis in natura daartoe behoorde, niet van hetgeen later door koop, ruil, inbreng, daarin werd gebragt. En dan is deze beschrijving van de wijze waarop de scheiding werkt, volkomen waar. Maar zij is niet de geheele waarheid, zij is niet waar ten aanzien van alle zaken, zij is niet waar in alle opzigten.

Die beschrijving is niet waar ten aanzien van schulden, alleen van zakelijke regten. Wel wordt ook bij schulden door de scheiding bloot regt of plicht vernietigd der deelgenooten, en daardoor het regt van aanwas in werking gebragt. Maar binnen de grens, die de schuldsplitsing stelt, is de betrekking tusschen de andere partij, schuldeischer of schuldenaar, en den enkelen deelgenoot, niet ondergeschikt aan de regten der overigen. Binnen die grens kunnen zij dus die veranderingen en wijzigingen, die in de handelingen of persoonlijke omstandigheden van dien enkelen deelgenoot haar grond hebben, krachtens hun eigen regt niet beletten, stuiten, of verijdelen. Die enkele deelgenoot zelf kan daartegen niet opkomen. Zijn regt wordt bij de scheiding slechts vernietigd, voor zoover hij het nog bezit, daarvan meester was, daarover kan beschikken. De werking en gevolgen, die de schuldsplitsing tot op den dag der scheiding gehad heeft, blijven gelden, ongewijzigd en onverkort, moeten worden geëerbiedigd door den deelgenoot, wien de schuld wordt toegescheiden. En zelfs voor het tijdperk na de scheiding werkt die vernietiging van regt of plicht der overige deelgenooten slechts middelijk tegenover den schuldenaar, slechts ten bate, niet ten laste van den schuldeischer.

Maar die beschrijving van de werking der scheiding,

is ook voor regten op zaken niet in alle opzigten juist.

Zij is slechts in zooverre juist, dat de deelgenoot, dien de zaak wordt toegescheiden, even weinig verbonden is door veranderingen en wijzigingen in de bestaande regtsbetrekkingen, die in de handelingen of persoonlijke omstandigheden der overige deelgenooten haar grond hadden, alsof deze nimmer regt op die zaak hadden bezeten. Dat zij echter werkelijk die regten hebben bezeten, is een feit, en dat feit kan ook bij de scheiding niet worden uitgewischt. Ook na de scheiding heeft dat feit nog in regten zijn vele en gewigtige gevolgen.

Vroegere beschikkingen van den deelgenoot, wiens regt bij de scheiding werd vernietigd, over de zaak die gemeen was, worden daardoor voor altijd in de werking die zij moesten hebben vrijdeld. Dit kan hem tot terug-gave van genoten voordeel, tot vergoeding van schade, soms tot schadeloosstelling verplichten. Maar daarom waren het geen beschikkingen over eens anders goed, en worden zij ook later niet als zoodanig beschouwd. Was het b. v. een hypotheek die hij verleende, zijn handeling wordt ook later niet als stellionaat aangemerkt.

Ook de handelingen en beschikkingen, die de andere deelgenooten vóór de scheiding moesten eerbiedigen, waarvan zij destijds de werking niet konden beletten, stuiten of verijdelen, zullen ook na de scheiding van volkomen kracht blijven, en hem, wien de zaak daarbij werd toegewezen, als vroeger verbinden. Wat de man, de beheerende vennoot, of wiens handelingen en beschikkingen verder de deelgenooten door beding of wet verplicht zijn te eerbiedigen, hebben gedaan en verrigt, zal tegen de vrouw of iederen anderen vennoot of deelgenoot evenzeer als vroeger gelden en werken. En men zegge niet, dat de man b. v. de bevoegdheid hebbende de vrouw te verbinden, zijn daden als haar daden gelden, en zij dus slechts, hetgeen zij zelve geacht

wordt gedaan te hebben, moet eerbiedigen. Die bevoegdheid toch had de man slechts omtrent de zaken die tot de gemeenschap behooren, als deelgenoot dus, verg. art. 160 met art. 179 B. W. Zal dus b. v. de verpanding door den man eener zaak, die aan de vrouw werd toegescheiden, door deze geëerbiedigd moeten worden, en dit zal niemand tegenspreken, dan moet het feit, dat de man op die zaak regten heeft bezeten, ook na de scheiding niet als 't ware zijn uitgewischt, maar degelijk zijn beteekenis en gevolgen blijven behouden.

Evenzeer zal de bevoegdheid om zich op de handelingen van andere deelgenooten te beroepen, daar uit regten voor zich af te leiden, voor en na de scheiding dezelfde zijn. Wordt mij de zaak toegescheiden, ook na de scheiding zal mij baten de verkrijging door u eener erfdiensbaarheid, art. 749 B. W., de stuiting door u der verjaring, art. 757 B. W., de vordering door u ten name der maatschap verkregen, art. 1682 B. W. Was het feit van het vroeger bestaan van uw regt door de scheiding als uitgewischt, die handelingen die alleen omdat gij deelgenoot waart in regten haar werking konden hebben, en mij baten schoon nimmer schaden, moesten ook nu worden zonder gevolg en beteekenis.

In deze opzigten is het dus na de scheiding waarbij de zaak aan mij werd toegewezen, in geenen deele als of ik haar steeds alleen en uitsluitend had bezeten, alsof de regten der andere deelgenooten nimmer bestonden.

En in de opzigten, waarin dit juist is, vloeit het uit aard en wezen voort der gemeenschap, en is ten deele ook vóór de scheiding waar. Bezit ieder deelgenoot het regt in vollen en geheelen omvang, zijn handelingen wijzigen en veranderen dat regt in zijn vollen en geheelen omvang, even als de handelingen van hem die uitsluitend en alleen eigenaar is. Maar die handelingen verbinden de overige deelgenooten niet, worden in haar werking belet, gestuit

of verijdd. Bij de scheiding worden de regten van een hunner alleen gehandhaafd en vervallen die der overigen. Daardoor wordt de hinderpaal waarop de werking hunner handelingen stuitte, voor die van een der deelgenooten weggenomen, voor die der overigen bevestigd en bestendig. Nu is het ook voor de werking even als vroeger reeds voor de regtsgeeldigheid en verbindende kracht zijner handelingen, als of hij, wien de zaak toegescheiden werd, daarvan steeds uitsluitend eigenaar was, als of de regten der overigen nimmer bestonden.

Geen spoor, geen blijk bestaat er dus van een tooverkracht, die de scheiding zou bezitten, waar door het verledene uitgewischt, de toestand der onverdeeldheid, het bestaan van de regten ook dier andere deelgenooten uit den rei der feiten zelfs zou worden weggenomen. En toch kennen de latere Fransche en Nederlandsche schrijvers meestal haar zoodanige kracht toe, al wordt dit, daar wel geen magt ter wereld, het gebeurde ongebeurd, het gedane ongedaan kan maken, als fictie voorgesteld. Wat hen daartoe bragt ligt voor de hand. In den grond van hun regtskundige overtuiging wordt slechts het medeigendom in Romeinschen zin, als waar en regt erkend. En daarmede moesten de niet te loochenen verschijnselen van ons regtsleven in verband en overeenstemming worden gebracht. Gemakkelijker middel was er wel niet dan te zeggen, het is alsof de regten dier andere deelgenooten nimmer hebben bestaan, dan een fictie aan te nemen. Wel wordt dan niets inderdaad verklaard, maar alle grond is vervallen om zich aan eenige tegenstrijdigheid of ongerijmdheid te stooten, alle schroom houdt op om te vereenigen wat elkander uitsluit. Want het is immers fictie, dat is verdrinking, onwaarheid, leugen.

Maar dat gemakkelijk middel, de traagheid die er genoeg mede nam, strafte ook hier zich zelve.

Na juiste waarneming en opvatting van hetgeen regtens

is, van de verschijnselen van ons regtsleven die vaststaan, na opsporing van de eigenaardige beschouwingen, toestanden en behoeften die daaraan ten grondslag liggen, moet de wetenschap regtsregelen stellen, regtsbegrippen vormen, en zoo de beslissing vinden voor de betwiste gevallen die het werkelijk leven aanbiedt. Met de zoo als 't ware op natuurlijke wijze gevonden regelen en begrippen is als van zelf voor hun rigtige toepassing en juiste aanwending een toetssteen, voor de scherpere bepaling der grenzen een rigtsnoer gegeven. De kracht die hen voortbragt, die in hen woont, leidt de toepassing, wijst de juiste grens aan. Uit het werkelijk leven afgeleid, worden zij daaraan steeds getoetst, daar naar steeds gewijzigd, ingekort of uitgebreid. Die toetssteen, dat rigtsnoer worden geheel gemist bij regelen en begrippen, wier tweestrijd met de werkelijkheid door hun naam van fictien luide wordt erkend. Is eenmaal de vaste bodem der werkelijkheid verlaten, er is geen reden waarom men in de denkbeeldige wereld die men eens intrad, eerder regts zou gaan dan links, een stap meer doen dan minder. Van daar dan ook, dat in alle gevallen waarin naar ons regt fictien worden aangenomen, over haar eigenlijken zin, strekking en beteekenis, omvang en grens zoo veel verschil bestaat, en dat men waar zich moeilijkheden voordoen, of geen beslissing vindt, of die ontleend wordt aan de zoo weifelende en wankelende inzigten van nut en doelmatigheid. Een regtsonzekerheid, groot en niet te overwinnen, wordt zoo het noodzakelijk gevolg.

Dit is wel mijn grootste grieven tegen iedere fictie. Maar daarenboven in onzen regtstoestand, kan in den zin als dit in het Romeinsche en Engelsche regt zoo veelvuldig het geval is nimmer een fictie voorkomen. Te Rome en in Engeland, bij die volkeren des regts bij uitnemendheid, kende men, juist misschien wegens hun

gezonde regtsontwikkeling, regtsbronnen van ongelijk gezag. Een gezag, dat den gestelden regtsregel niet veranderen kan of wijzigen, veel min opheffen, is krachtig genoeg gevallen als onder den regel begrepen te doen behandelen, die eigenlijk buiten zijn grenzen liggen, of wel als daaronder niet begrepen te doen beschouwen, wat eigenlijk binnen zijn bereik ligt. De ontstentenis of het voorhanden zijn van zekere omstandigheden wordt dan gefingeerd. Wij daarentegen kennen slechts regtsbronnen van gelijk gezag, of naar het inzien van velen juister, slechts één regtsbron. En de regel waarop inbreuk wordt gemaakt, en de fictie waardoor dit geschiedt, moeten dus steeds van hetzelfde gezag uitgaan. En wanneer nu hetzelfde gezag 't welk den regel, den normalen toestand vestigt, dien regel niet tot aan, of wel over zijn eigenlijke grenzen doet gelden, dan is immers onmiddellijk de normale toestand gewijzigd, een uitgebreider regel gesteld, of wel de regel slechts onder bepaalde uitzonderingen gehuldigd.

Al noemt dus ook onze wet den regtsregel dien zij uitsprekt of huldigt, een fictie, het kan niet in Engelschen of Romeinschen, het moet in een anderen zin zijn. Het oordeel wordt daardoor uitgesproken, dat die regel niet uit andere regtsbegrippen en regtsinstellingen voortvloeit, daarmede niet in organisch verband en zamenhang staat, slechts steunt op de almagt die de wet zich toeschrijft. Maar de wet als zoodanig oordeelt niet. Het oordeel ook dat in haar bevelen en voorschriften doorstraalt, heeft voor ons geen ander gezag dan als het oordeel van de mannen, die de wet ontwierpen en vaststelden. En hun gezag, hoe ook geëerd en vereerd, mag ons niet terughouden, het organisch verband, schoon zij zelve meenden dat het niet bestond, op te sporen, waarin de door hen in de wet opgenomen voorschriften staan tot het geheel van ons regt.

Maar werd ten aanzien van de werking der scheiding dat oordeel in de wet uitgesproken, of zelfs was zoo het oordeel van de mannen die de wet ontwierpen en vaststelden? Ik outken beide.

Zeker in de woorden van art. 1129 B. W. «wordt geacht, wordt gerekend», en van art. 883, C. N. «est censé» ligt de loochening niet opgesloten van dat organisch verband, of dat beroep op de almacht der wet. Die woorden hebben ook dan haar volle kracht en beteekenis, wanneer men ze opvat als beschrijving eener andere inderdaad bestaande, maar verwijderde oorzaak. Ook bij vervulling eener ontbindende voorwaarde, bij vernietiging, nietigverklaring eener verbindtenis, kan men zeggen, dat die verbindtenis geacht, gerekend wordt nimmer te hebben bestaan. En daarbij zal dan wel nooit aan eenige fictie worden gedacht. Steeds zal men het opvatten als de aanduiding van werking en gevolg dier voorwaarde, der omstandigheid die het tot stand brengen der verbindtenis verzelde. En dat de beschrijving van de werking der scheiding in art. 1129 B. W. art. 883 C. N., binnen zekere grenzen ten volle waar, in haar algemeenheid onjuist is, dit moeten allen toestemmen, hetzij zij aan de fictie gelooven of niet.

Ook meen ik, dat zij die tot de zamenstelling van den C. N. medewerkten, de werking der scheiding niet als een fictie beschouwden. Niet alleen dat CHABOT die over dit gedeelte van den C. N. het rapport in het tribunaat uitbragt, in zijn comment. sur les successions, op art. 883 van een fictie geen woord spreekt, maar bepaaldelijk vindt hij de oorzaak van de werking der scheiding in ons regt, in den bezonderen aard van het regt, dat gedurende de onverdeeldheid bestond. Dat regt is slechts «un droit indéterminé» en dit stelt ook hij tegenover het medeigendom in Romeinschen zin. Ook POTHIER, dien de ontwerpers van den Code, ook waar zij hem niet op den voet volgden, steeds voor oogen hadden,

weet ik niet dat ergens de werking der scheiding als een fictie heeft voorgesteld. Waar hij die werking wil verklaren, is het steeds uit den bezonderen aard van het regt dat gedurende de gemeenschap bestond, dat hij haar afleidt. Dat regt is ook hem «un droit indéterminé» dat eerst door de scheiding bepaald wordt. Zoo b. v. *suce.* IV, 5, 1, zegt hij: «le partage n'est pas «une nouvelle acquisition, c'est l'exercice du titre auquel «la chose qui m'échoit aujourd'hui en entier par le partage ou la licitation, m'était auparavant advenue par «une portion indivise.» Nog uitdrukkelijker heet het *fiefs* I, 5, 1, 2, 3: «ce principe est fondé sur la nature «de l'indivis il s'en suit que le droit d'indivis «que chacun des copropriétaires a dans une chose, renferme le droit d'avoir le total dans le cas, où elle lui «écherrait par le partage il est vrai de dire qu'il «tient le total à titre de succession, puisque l'indivis «auquel il a succédé renfermait le droit au total, au «cas que ce total lui échut par le partage,» En verder: «puisque celui à qui le fief a été adjugé en total par «la licitation, ayant déjà par l'acquisition, qu'il avait «faite avec les autres, un droit au total» etc. Dit droit indéterminé, dit droit au total, dat reeds in den staat der onverdeeldheid ieder der deelgenooten had, is toch wel de scherpste tegenstelling tegen, de meest bepaalde loochening van het eigendom aan intellectuële deelen der zaak, van het medeigendom in Romeinschen zin. En geen woord dan ook van een fictie, om met zoodanig medeigendom hetgeen bij ons regtens is na de scheiding in overeenstemming te brengen. Maar hoedanig eigenlijk volgens POTHIER het regt is, dat gedurende de onverdeeldheid bestaat, is mij niet regt duidelijk. En zeer betwijfel ik het, of hij zich zelve dit wel scherp en bepaald heeft gedacht en voorgesteld.

Vroeger merkte ik op, dat in Duitschland de Ger-

maansche begrippen omtrent gemeenschap zich slechts onder bescherming van de regten van bijzondere standen konden handhaven. Maar waar zij bleven gelden, kan ook de werking der scheiding geen andere zijn. Treffend wordt deze ten aanzien eener beleening gemeenerhand beschreven in een Saksische verordening van 8 Febr. 1709, aangehaald bij DUNCKER, p. 93 sq.: «All die «weil aber, wenn mehr als einer in gesambter Lehen «an einem guthe stehen, vermöge derer Lehen Rechte «einem jedweden dererselben die Mitbelehenschaft *in «solidum* zukommt, und solche nur sodann wenn eine «wirkliche theilung geschichet gebrochen wirt; dahin- «gegen, wenn die übrigen mit gelde oder sonst abge- «funden werden, dieselben in effecte zur succession «nicht gelangen, sondern derjenige so das gantze gut «auf diese masse an sich bringet, solches allerdings «krafft seiner *in solidum* habenden Mit-belehenschaft «erhält» enz. Over dat breken der beleening gemeenerhand door verdeeling verg. boven p. 602. Waar het leen of een gedeelte van dien uitsluitend aan een der deelgenooten komt, en later dit feit zich door een nieuwe beleening openbaart, is de beleening gemeenerhand voor het geheel of ten deel opgeheven.

Ook ten aanzien van de werking der scheiding droeg het geloof aan fictien zijn gewone wrange vruchten. Het leidde tot onjuiste en onbillijke beslissingen en verkeerde toepassingen. Men kwam er door tot tastbare ongerijmdheden en ijdele twistvragen. Daardoor werd het middel afgesneden om op vele voor het werkelijk leven gewichtige punten tot een bevredigende beslissing te komen, en duurt dien ten gevolge verschil van meening steeds met onverminderde heftigheid voort.

Van ieder dier grieven een voorbeeld.

Onjuist en onbillijk acht ik de beslissing, gewoonlijk gegeven in het volgende geval. In de wettelijke huwe-

lijksgemeenschap van het Fransche regt, bij ons ook thans nog zoo veelvuldig bestaande, vallen slechts de roerende goederen en de aanwinsten. Indien een erfenis uit roerende en onroerende goederen bestaat, worden de eerste niet de laatste gemeen, en moet tot de schulden naar evenredigheid waarin de waarde dier goederen tot elkander staat worden bijgedragen, art. 1414 C. N. Het tijdstip waarnaar die waarde moet worden bepaald, is natuurlijk dat van 't openvallen der erfenis. Worden nu bij verdeling eener erfenis met derden gemeen, den echtgenooten alleen roerende goederen toegescheiden, dan vallen deze alle in de huwelijksgemeenschap. Worden daarentegen hun slechts onroerende goederen toegewezen, dan zijn deze alle het bijzonder eigendom van den echtgenoot aan wiens zijde de erfenis opkwam. In zooverre is de gewone opvatting volkomen juist. Het regt op die goederen alle werd immers door erfregt verkregen, en steunt voor en na de scheiding op denzelfden titel. De scheiding vernietigde slechts de regten daarop van andere deelgenooten, verbrak de persoonlijke betrekking tot hen, onttrok althans daaraan de toegewezene zaak. Maar onjuist wordt het wanneer, voor zooverre ik weet alle nieuwere, niet de oudere, schrijvers er bijvoegen, dat hiervoor in geen geval vergoeding aan of door de gemeenschap is verschuldigd. Men zegt geen vergoeding kan verschuldigd zijn, omdat regten op zaken die aan anderen worden toegewezen, gefingeerd worden nooit te hebben bestaan. MARCADÉ op art. 1401. IV. En erkent [men de fictie, er is geen middel om aan de gevolgtrekking te ontkomen. Maar wil men den bodem der werkelijkheid niet verlaten, dan is en blijft het waar, dat zoo niet den echtgenooten roerende en onroerende goederen in dezelfde evenredigheid als zij in de gemeene erfenis tot elkander stonden, worden toegedeeld, ter delging hunner vordering tegen de medeerfgenamen die in die evenre-

digheid tusschen de echtgenooten gemeen was, de gemeenschap ten koste van een der echtgenooten wordt bevoordeeld of omgekeerd. En tusschen de gemeenschap en een der echtgenooten geeft immers ieder genoten voordeel aanleiding en grond tot vergoeding. «*Et généralement, zegt art. 1437 C. N., toutes les fois, que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense.*» Te sterker komt het onjuiste en onbillijke hier leer uit, wanneer men bedenkt, dat algemeen wordt aangenomen dat vergoeding wel is verschuldigd, zoo geen eigenlijke verdeling plaats vond, zoo niet ter delging van het evenredig regt der echtgenooten de medeerfgenamen hun regten afstonden en vernietigden, maar daarvoor van de echtgenooten eenige andere vergelding genoten. Trouwens voor het geval, dat die vergelding in een geldsom bestaat, was die vergoeding met oog op art. 1408 C. N. moeilijk te weigeren.

Verkeerd is, geloof ik, de toepassing indien men dit art. 1408, dat bij verkrijging staande huwelijk van een aandeel in een onroerend goed, waarvan een der echtgenooten een aandeel als eigen goed bezit, het verworven aandeel ook van dezen eigen goed doet worden, als een gevolg en uitvloeisel beschouwt van het beginsel in art. 883 C. N. gehuldigd. Dit beginsel brengt alleen mede, dat zoo dezelfde echtgenoot die voor het huwelijk een aandeel in een onroerend goed bezat, daarin later wederom een aandeel verkrijgt, hij hierdoor geen nieuw zakelijk regt erlangt, maar alleen regten zijner vroegere deelgenooten vernietigd worden. Maar dat beginsel kan de verkrijging niet uitsluiten van een aandeel in datzelfde onroerend goed door anderen, door den anderen echtgenoot evenmin als door de gemeenschap, gelijk dit laatste bij verkrijging staande huwelijk naar Fransch regt de regel is. Wel zou dan, zoo b. v. de man als

eigen goed $\frac{1}{2}$ bezit, en het andere later aangekochte $\frac{1}{2}$ in de gemeenschap viel, daardoor een gemeenschap ontstaan tusschen de huwelijksgemeenschap en den man, en de man niet eenvoudig tot $\frac{3}{4}$ geregtigd worden. Het is de ondergeschiktheid van het zakelijk regt aan de persoonlijke onderlinge betrekking, die dit werkt, die een eenvoudige gemeenschap door het bloot bezit van gelijke regten op dezelfde zaak ontstaan, nevens de huwelijksgemeenschap zou vestigen en in stand houden. Zeker desniettemin zou die latere aankoop slechts des mans persoonlijke regten tegen zijn deelgenooten verbeteren, in denzelfden tijd dat voor de vrouw een nieuw zakelijk regt gevestigd werd. Zoodanige verwikkeling nu, die in andere gevallen degelijk soms voorkomt, snijdt art. 1408 C. N. af bij de huwelijksgemeenschap. Den regel dat aanwinst staande huwelijk gemeen is, doet het wijken, en maakt, behoudens in een geval de keus der vrouw, het later verkregen aandeel steeds tot het bijzonder eigendom van den echtgenoot, die reeds vroeger een aandeel in het goed bezat. En daardoor, maar ook eerst daardoor komt die verkrijging ook onder de heerschappij van art. 833 C. N.

Evenmin is het een uitvloeisel van de werking der scheiding, wat art. 1667 C. N., art. 1562 B. W. bepalen, dat bij verkoop onder beding van wederinkoop van een aandeel in een onroerend goed, de koper die op een tegen hem gerigte vordering tot scheiding en deeling koper werd van het geheel, den verkoper verplichten kan het geheel terug te nemen. Zeker ook die koper vernietigde door den lateren koop slechts de regten van andere deelgenooten. De titel, waarbij hij zijn regt op de zaak en dit in haar geheel verwierf, is steeds alleen de eerste aankoop. Maar het daarbij verkregen regt was onderworpen aan de persoonlijke betrekking tot de deelgenooten die tegelijk werd overgedragen,

kan daarmede in waarde verminderen of vermeerderen, kan uitsluitend worden of vervallen. Maar behoudens enkele uitzonderingen waarover vroeger, ligt dat alles wat zoo later kan gebeuren buiten de rechtshandeling van partijen. Daarvan is slechts de zaak het onderwerp, zoo als haar waarde door de betrekking tot de deelgenooten op het oogenblik dat de handeling tot stand komt, wordt bepaald. Slechts als zoodanig moet de verkooper haar b. v. vrijwaren, en slechts als zoodanig kan hij haar krachtens die rechtshandeling teruggeischen. Zal hij verplicht worden de zaak in haar geheel terug te nemen, zoo de koper uitsluitend eigenaar werd, het is niet de aard der gemeenschap die dit werkt, maar een begrip van billijkheid.

De Romeinsche oorsprong dezer bepaling, blijkbaar ook in haar beperking tot het geval dat de koper, na een tegen hem gerigte rechtsoverdracht, koper van het geheel is geworden, bewijst dan ook genoegzaam dat zij met ons Germaansch begrip van gemeenschap in geen verband staat. Wordt den verkooper van een aandeel in een zaak die niet zelf de scheiding vraagt, maar tegen wien zij gevorderd wordt, die dus gedwongen handelt de zaak door den rechter in haar geheel toegewezen, dan is hij gerechtigd evenzeer als verplicht, haar nu ook in haar geheel te leveren tegen billijke vergoeding door de andere partij. «*Aequum est enim eadem esse conditionem emptoris quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo*» l. 13 § 17. D. de A. E. V. 19. 1. «*Haec eadem et in mandato caeterisque hujus generis judiciis servantur*» bepaaldelijk bij de pignoratitia actio l. 7 § 13. D. comm. div. 10. 3. Ook bij de dos gold hetzelfde. De man is jegens de vrouw slechts persoonlijk tot teruggave verplicht. En al erlangde haar recht in de jongste ontwikkeling van het R. R. eenige eigenschappen, die anders slechts aan zakelijke regten eigen zijn, immer bleef

het persoonlijk karakter het overheerschend element. Zoo nu de man, na een tegen hem gerigte vordering tot scheiding de zaak, voor een gedeelte slechts dotaal, in haar geheel verkrijgt, mag en moet hij haar in het geheel teruggeven. «Nec audiri debet alteruter eam aequi-
«latem recusans, aut mulier in suscipienda parte altera
«quoque, aut vir in restituenda». l. 78 §. 4 D. de jur. dot.
23. 3. Maar toch wordt daarom dat andere gedeelte niet dotaal, zoo als ULPIANUS, met beroep op JULIANUS, in het slot dier wet dit uitdrukkelijk verklaart. Mij dunkt het verschil is al zeer groot tusschen hetgeen voor dit geval, bij de dos even als bij andere persoonlijke verplichtingen uit bonae fidei negotia, door de Romeinsche juristen op grond der billijkheid geleerd werd, en het voorschrift in art. 1408. C. N. opgenomen, waarover ik zoo even sprak. En toch willen oudere en nieuwere schrijvers ook hiervan in het R. R. bron en oorsprong zoeken. Maar gaarne erken ik, dat, om hier eenig verband te vinden, minder goede wil noodig is dan zij zoo dikwijls van ons vergen.

Een tastbare ongerijmdheid noem ik het verder, wanneer beweerd wordt, dat hetgeen door medeerfgenamen van de anderen, als prijs, als vergelding voor de overbedeeling, als soultte ontvangen wordt, onmiddellijk van den erflater wordt verkregen, en vererving dus daarvan den titel uitmaakt. En dat gelden of zaken die de erflater nooit bezat, die zelfs nooit gemeen waren! En toch de gevolgtrekking, al maken niet allen haar, is noodwendig. Wanneer het waar is, dat na de scheiding het feit, dat de deelgenooten eenmaal ook regten bezaten aan hetgeen hun niet toegewezen werd, als 't ware wordt uitgewischt, dan hadden ook zij die de soultte genieten, nooit eenig regt op de goederen, waarin de overbedeeling geschiedde. En wat wordt dan de causa der vergelding, der verbindtenis om haar te betalen, wat de

titel en grond van regt voor het ontvangene? En daar er dan toch wel eenige grond zal moeten zijn voor het regt daarop der deelgenooten, blijft er niets anders over dan te zeggen, dat ook het regt op de soulte wordt geërfd, onmiddellijk van den erfater verkregen. Maar de noodzakelijkheid der gevolgtrekking is een bewijs te meer voor de onjuistheid der stelling, waaruit zij voortvloeit.

Wat van de soulte gezegd wordt en geldt, wordt ook gezegd en geldt ook van den prijs bij de licitatie. Maar het is een stap verder in de ongerijmdheid, zoo beweerd wordt dat, indien een vreemde de gemeene zaak van de gezamenlijke erfgenamen koopt, deze geacht worden nooit eenig ander regt bezeten, en van den erfater verkregen te hebben dan dat op den koop prijs, en dat dus de koper zijn regten regtstreeks van den erfater ontleent. Tot die ongerijmdheid kwam S. LIÉGEARD, *de l'origine, de l'esprit et des cas d'application de la maxime*, «le partage est déclaratif de propriété,» Paris en Dijon 1855. Maar zoover ik weet staat hij daarbij alleen. De practische uitkomst waartoe zijn bewering moet strekken, is eenvoudig om de beschikking der enkele deelgenooten over de zaak, terwijl zij tot de gemeenschap behoorde, tegenover den koper werkeloos te maken. Maar even als voor den verkoop zijn het alleen regten en belangen der andere deelgenooten, die de beschikkingen van een hunner ook voortaan in al haar gevolgen beletten, stuiten of verijdelen. En ziet LIÉGEARD dan niet in, dat die bewering ook de werkeloosheid met zich brengt van een vroegere verpanding b. v. door de deelgenooten alle en gezamenlijk? En toch de volle voortdurende werking en kracht dier handeling zal wel niemand betwijfelen. Ik laat eenige regelen volgen van LIÉGEARD, p. 88 sq.: «Mais enfin, ajoutez-t-on, comment «expliquer, qu'un non successible puisse tenir un objet

«du défunt, die mortis, du jour de l'ouverture de la «succession? D'une manière bien simple! par le bene-
«fice de la fiction. Est-ce plus étonnant en somme que
«ce que nous apprendrons bientôt dans le partage avec
«soulte, à savoir, que chaque cohéritier est censé recevoir
«directement du de cuius même, ce que celui-ci n'avait pas?
«Nous marchons dans une voie idéale, où notre foi a be-
«soin d'une grande souplesse pour se plier aux enseig-
«nements du législateur, où rien de ce que nous ren-
«contons, ne doit nous surprendre» enz. Op die wijze
behoeft men zeker voor geen stelling, hoe ongerijmd,
terug te deinzen, en wordt het inderdaad hoe dwazer
hoe beter. Met deze en andere zonderlinge stellingen en
redeneringen, die in dat boekje van LIÉGEARD voorkomen,
zal ik mij dan ook niet verder ophouden. Ik wil alleen
nog dit hier bij voegen. De hooge lof die in Frankrijk
aan dat werkje is toegezwaard, een lof die zelfs in ons
land weerklink vond, kan niet dan een lagen dunk geven
òf van de wetenschappelijke kennis òf van de weten-
schappelijke naauwgezetheid dier beoordeelaars. Die de
schriften van CHAMPIONNIÈRE kent, zal in dat werkje
meestal diens stellingen en begrippen, niet zelden woor-
delijk terugvinden, doch in den regel overdreven, soms
tot dwaze ongerijmdheden geworden. Of zal men om des
schrijvers jeugdigen leeftijd een ander oordeel piten?
De bespottelijk hooge toon dien hij soms voert, doet
niet veronderstellen, dat hij met een beroep daarop
geveild zal zijn. Maar in al geval, sinds wanneer heeft
de wetenschap het regt van gratie, sinds wanneer kent
zij verschoonende omstandigheden? Zij kan en mag niets
anders eeren en loven, dan wat haar baat en voordeel
doet. En mag immer of ooit een reden van verschooning,
van verzachting van het gestreng oordeel, een reden
worden van lof en prijs?

Ijdel noem ik de twistvraag, bij de Fransche schrijvers

soms met zoo veel warmte en heftigheid behandeld, tot op welk tijdstip bij huwelijksgemeenschap en maat- of vennootschap de scheiding terug werkt. Sommigen leeren, dat hier de scheiding slechts terug werkt tot op het tijdstip van de ontbinding des huwelijks, van het eindigen der maat- of vennootschap. Anderen daarentegen beweren, dat ook hier de scheiding de gemeenschap in haar vollen duur uitwischt, en dus tot aan haar aanvang terug-werkt. De eerste meening staat in verband met het geloof aan den juridischen persoon, dien de huwelijksgemeenschap, maat- en vennootschap zouden daarstellen. Bij dien juridischen persoon, niet bij de enkele deelgenooten, zou het regt berusten op hetgeen tot de gemeenschap behoort. En door de ontbinding des huwelijks, het eindigen der maat- of vennootschap zou dan, even als bij de erfenis door het overlijden van den erfflater, dat regt op de enkele deelgenooten overgaan, en zoo eerst onverdeeldheid ontstaan. En slechts de onverdeeldheid die zoo ontstaat, zou door de scheiding worden uitgewischt. Zij beweren, dat er geen ander middel is, om de beschikkingen van den man of beheerenden vennoot over goederen, die aan de vrouw of een anderen vennoot ten deele vallen, te handhaven en haar ook na de scheiding volle werking te verzekeren. De tegenstanders ontkennen dit, en willen die beschikkingen gehandhaafd hebben, omdat zij geacht moeten worden, tevens van de vrouw of de andere vennoten uit te gaan en deze ze dus als hun eigen daden moeten eerbiedigen. Voor zooverre ook zij de fictie van een juridisch persoon, in denzelfden of beperkteren omvang, aannemen, beweren zij, dat ook deze fictie na de scheiding teruggedrongen wordt door die van de uitwisseling van den toestand der gemeenschap, dat ook de juridische persoon als de gemeenschap zelve later beschouwd wordt als nooit te hebben bestaan. Stemmen

beide partijen, hoe zonderling hun redeneringen ook zijn, overeen in de handhaving dier beschikkingen van den man of beheerenden vennoot, het practisch gewigt der vraag bepaalt zich tot hetgeen na de scheiding als oorsprong, grond en titel zal gelden van het regt der deelgenooten op hetgeen hun werd toegewezen.

Gelooft men met mij aan de eene fictie evenmin als aan de andere, de vraag gelijk zij gesteld werd vervalt, maar ook alle zwaarigheid die haar deed opperen, is geheel opgeheven.

Wischt de scheiding geen enkel punt van het verledene uit, de vraag vervalt natuurlijk hoever die uitwissching reikt. Ook regten en verpligtingen der huwelijksgemeenschap, maat- of vennootschap, zijn de gemeene regten en verpligtingen der deelgenooten alle. Haar inrigting alleen geeft aan deze gemeenschappen een hooger en vorm. Het vervallen dier inrigting, de ontbinding der huwelijksgemeenschap, der maat- of vennootschap, doet slechts de gemeenschap van dien hooger en tot haar laagsten vorm terugkeeren. En die regten en verpligtingen nu der deelgenooten, gelijk zij van den aanvang af bestonden, en door de verwisseling van den vorm der gemeenschap niet veranderd werden, worden bij de scheiding *of vernietigd of door de vernietiging van die der anderen uitsluitend*. De deelgenoot, wiens regt zoo gehandhaafd wordt, bezit nog steeds krachtens denzelfden grond en titel, als toen de zaak tot de huwelijksgemeenschap, de maat- of vennootschap, behoorde, is en blijft steeds verbonden door die handelingen van andere deelgenooten, die hij destijds gehouden was te eerbiedigen.

Door het geloof aan een fictie werd de mogelijkheid afgesneden, om tot eenheid van beschouwing en behandeling te komen van den verkoop, door een der deelgenooten van zijn aandeel in de gemeenschap aan de overige deelgenooten of een van hen. Sommigen

beschouwen die handeling alleen en onvoorwaardelijk als een gewonen koop en verkoop, kennen haar daarvan de werkingen en gevolgen alle en alleen toe. Anderen zien in die handeling steeds niets dan scheiding, en willen haar alleen als zoodanig doen werken. Ziet men in de werking der scheiding, gelijk art. 883 Code Nap. en art. 1129 B. W., die beschrijven, slechts een fictie, het kan alleen de vraag zijn, in welke uitgebreidheid zij werd aangenomen, waar die artikelen den bodem der werkelijkheid voor een denkbeeldige wereld verlatende, de palen en perken stelden dier zonderlinge werking. Behalve nu en dan een beroep op oudere schrijvers, is het dan ook alleen de uitlegging van enkele artikelen, waarom de behandeling dezer vraag zich beweegt. Zoo zegt MARCADÉ, III, n°. 416: « Notre règle, en effet, n'étant qu'une fiction, « doit se restreindre rigoureusement au cas prévu, fictio « ultra casum fictum non operatur. » En dat geval is nu, « le cas de partage d'une chose, le cas d'un acte qui, « quelles que soient d'ailleurs sa qualification et sa forme, « a pour résultat au fond de faire cesser l'indivision de « cette chose. » Blijft er onverdeeldheid bestaan, steeds blijft er nog een scheiding tot stand te brengen. Het eerste lid van art. 883 mist in dit geval zeker alle toepassing. Geen loten toch werden gemaakt, geen licitatie had plaats. En het tweede lid van het artikel is slechts de tegenstelling van het eerste, moet dus denzelfden omvang hebben, binnen dezelfde grens besloten blijven. Op deze gronden wordt beweerd, dat als scheiding alleen beschouwd moet worden de handeling, qui a pour effet de faire cesser l'indivision, niet de handeling, die slechts het getal inkort van hen, die tot de gemeenschap gerechtigd zijn. Van den anderen kant wordt beweerd, dat de handeling die een der deelgenooten uit de gemeenschap verwijdert, van denzelfden aard is, als die welke de gemeenschap geheel doet ophouden, en dat zij

dus, al reikt zij minder ver, zooverre zij reikt, hetzelfde karakter moet dragen. Vooral beroept men zich op den aanhef van 888 Code Nap. art. 1163 B. W., «l'action «en rescision est admise contre tout acte, qui a pour objet «de faire cesser l'indivision». Hier beweert men is het duidelijk, dat iedere handeling die slechts strekt om uit de gemeenschap te geraken, die de scheiding voorbereidt, dus ook de handeling die een der deelgenooten uit de gemeenschap verwijdert, als scheiding wordt beschouwd. En geen reden is er denkbaar, waarom ten aanzien der vernietiging het begrip van scheiding ruimer zou worden opgevat, dan anders, dan in het algemeen. Van daar zegt men, dat niet alleen de handeling qui a pour effet, maar ieder handeling, qui a pour objet de faire cesser l'indivision scheiding daartelt.

Ware men niet op den klank van het woord fictie blijven stil staan, de strijd zou niet uitsluitend over enkele uitdrukkingen van een paar artikelen der wet zijn gevoerd geworden. Maar vooral, men zou dieper hebben moeten indringen in aard en wezen der zaak, men zou hebben onderzocht wat in dien verkoop van een aandeel ligt opgesloten, hebben ontleed *en* het aandeel *en* den koop, en niet onvoorwaardelijk en alleen in de handeling of koop of scheiding hebben gezien. Dan had de strijd vruchtbaar kunnen zijn, en men zou zich waarschijnlijk ten slotte hebben verstaan.

Wat de regten en pligten betreft, die het onderwerp der gemeenschap uitmaken, ook door den verkoop van een aandeel kanaan de andere deelgenooten niets worden overgedragen, niets door hen worden overgenomen. Want reeds in vollen en geheelen omvang waren *en* die regten *en* die pligten de hunne. Slechts regt en plicht van den deelgenoot die verkoopt, wordt vernietigd. En in zoover is de handeling zuiver scheiding. Maar kunnen de veranderingen en wijzigingen in de bestaande regts-

betrekking, die in de handelingen of persoonlijke omstandigheden van een der deelgenooten haar grond hebben, door de anderen steeds worden belet, gestuit of verijdeld, en blijft die bevoegdheid door de scheiding ongewijzigd en onveranderd voor hem bestaan, wiens regten daarbij gehandhaafd blijven, hij kan van die bevoegdheid afstand doen, zich verbinden die veranderingen en wijzigingen te eerbiedigen. Wat hieromtrent uitdrukkelijk kan worden bedongen, kan ook als wil en bedoeling van partijen liggen opgesloten in den vorm der handeling, in den schijn waarin die vernietiging van regt en plicht gehuld is. En dit zal wel meestal bij verkoop van een aandeel in de gemeenschap het geval zijn. En kan de verkoper die eerbiediging, krachtens den aard der tusschen hen tot stand gekomen regtshandeling, van den koper vorderen, ook de vreemden aan welke gene zich verbond, zullen zich daarop tegen dezen kunnen beroepen. En zoo nadert in dit opzigt de verkoop van een aandeel, aan een wezenlijken koop en verkoop.

En dit is het geval, zoowel bij verkoop van dat aandeel aan de overige deelgenooten, als bij verkoop aan één van hen. Ook die één toch heeft regt en plicht reeds in vollen en geheelen omvang, ook die één kon krachtens zijn eigen regt, alle vroegere beschikkingen van zijn verkoper «breken.» Maar in alle andere opzigten is het verschil groot, tusschen den verkoop aan de overige deelgenooten, en den verkoop alleen aan een van hen.

In het eerste geval wordt de overeenkomst met alle deelgenooten gesloten, en dan moeten natuurlijk door de inwilliging en toestemming van allen, de vermindering, de belemmering en beperking in werkingen en gevolgen vervallen, die de afstand van een aandeel bij eenzijdige regtshandeling of de overdracht daarvan aan

vreemden, vindt in de regten der andere deelgenooten. In het tweede geval daarentegen moet die verhindering, belemmering en beperking blijven bestaan ten behoeve van hen, die tot de overeenkomst niet medewerkten

Het aandeel in de gemeenschap, bestaat in de gemeene regten en pligten, gelijk die ondergeschikt zijn aan de onderlinge betrekking der deelgenooten, aan persoonlijke vorderingen en verplichtingen. Dat verband kan niet worden verbroken. Maar desniettemin kan dezelfde handeling verschillend werken op de verschillende bestanddeelen van het geheel. Even als bij verkoop van een aandeel aan vreemden of bij eenzijdigen afstand, wordt ook bij verkoop aan deelgenooten het geheel dat het aandeel vormt, niet uit één gerukt en mag dit niet worden. Werkt nu de aard der zaak, dat op de enkele voorwerpen die de gemeenschap uitmaken, de deelgenooten daardoor geen nieuw regt erlangen, daardoor geen nieuwe verplichtingen overnemen, dit belet niet, dat de vorderingen en verplichtingen waaraan die regten en pligten ondergeschikt zijn, werkelijk kunnen worden overgedragen en overgenomen. Is één der overige deelgenooten de koper, dan blijven ook in zijn handen die vorderingen en verplichtingen als zoodanig bestaan. Het bedrag waarvoor dezelfde persoon schuldeischer en schuldenaar is, wordt slechts vermeerderd, maar vernietiging door vermenging steeds uitgesloten door het belang der andere deelgenooten, door de bestemming om aan of uit de gemeenschap te worden voldaan. Maar geschiedt de verkoop aan de overige deelgenooten alle, dan wordt de gemeenschap, want dit zijn immers voortaan slechts de overige deelgenooten, schuldenaar tevens en schuldeischer, dan is in de gemeenschap en regt van vorderen en pligt om te geven, en moeten dus de schulden door vermenging vervallen.

Ook in dit opzigt werkt zoo de verkoop van een

aandeel aan de overige deelgenooten bloot vernietiging van regt, even als de scheiding. Behalve in de eerbiediging van de vroegere handelingen van den verkooper, is dus deze handeling in haar werkingen in alle opzichten gelijk aan scheiding. Art. 1197 B. W. van 1830 onderwierp dan ook alleen in dit geval den verkoop van een aandeel in een erfenis als boedelscheiding aan vernietiging wegens benadeeling, onttrok dus daaraan den verkoop aan een der overige deelgenooten. Teregt verdween echter die bepaling bij de latere herziening.

Ten slotte merk ik nog aan, dat bij eenvoudige gemeenschap niet alleen met onderling goedvinden der deelgenooten de scheiding steeds kan worden tot stand gebracht, maar dat ook ieder der deelgenooten steeds de afscheiding kan vorderen van zijn deel in de gemeenschap. Zelfs de afstand bij overeenkomst van die bevoegdheid verbindt slechts voor vijf jaren.

XI.

Vormen der scheiding.

Aard en wezen der scheiding bestaat dus in vernietiging, niet in overgang van regt of plicht. De onderlinge betrekking der deelgenooten wordt opgeheven, althans enkele voorwerpen daaraan onttrokken. Tegenover vreemden zijn de handelingen van u, wien de zaak werd toegescheiden, voortaan aan de regten van ons, de overige deelgenooten, niet meer ondergeschikt. En kondt gij vroeger alle onze handelingen, die uwe regten en belangen aanranden, in haar werking beletten, stuiten of verijdelen, wat wij na de scheiding doen, zal ook in beginsel onregtmatig en ongeldig, nietig zijn.

Gelijk wij, staande de gemeenschap, door eenvoudig be-
ding verplicht kunnen worden uw daden van uitoefening

en beschikking te eerbiedigen, en ons zelve daarvan te onthouden, wordt ditzelfde voor altijd en voor goed door de scheiding bewerkt. En tot de volledige werking dier overeenkomsten, van dat eenvoudig beding evenzeer als van de scheiding, tusschen de deelgenooten zoowel als tegenover vreemden, wordt naar ons regt niets meer vereischt, dan tot iedere overeenkomst wordt gevorderd, bepaaldelijk niet wat artt. 667 sqq. B. W. levering noemen. Ook zonder feitelijke overgifte bij roerende, ook zonder overschrijving der akte bij onroerende goederen, ook zonder beteekening of aanneming bij schulden, kan de scheiding tegenover vreemden, derden zoowel als regtverkrijgenden en schuldeischers, ingeroepen worden.

Deze stelling wordt zeer betwist, en is zeker niet onbetwistbaar. Toch houd ik haar voor zeker en waar.

De ontstentenis in ons regt van eenige bepaling, die hier levering zou voorschrijven, staat vast. Men leidt de noodzakelijkheid daarvan af uit den aard der zaak, het wezen der levering. Men beroept zich nog op een paar woorden van een ongelukkig gesteld artikel, dat de noodzakelijkheid der overschrijving van de akte van scheiding blijkbaar zou veronderstellen.

De hoofdgrond is dus aard en wezen der levering. En zoo maakt het groot gewigt der zaak hier een dieper indringen noodig in dien aard en wezen der levering, dan anders mijn eigenlijk onderwerp zou medebrengen. Van zelf kom ik daarbij op het bedoelde artikel terug.

Was levering bij ons hetzelfde als te Rome de traditio, de aard der gemeenschap, naar Germaansche begrippen, gelijk ik dien trachtte aan te toonen, zou bij scheiding zelfs de mogelijkheid daarvan uitsluiten. Is ieder deelgenoot voor het geheel bezitter en eigenaar van de gemeene zaak, de mogelijkheid zelfs ontbreekt zoowel voor het feit, de overgifte van het bezit, als voor den wil,

die dat feit moet bezielen en tot traditio verheffen, den wil om eigendom over te dragen. En wegens dit laatste moet ook alle gedachte vervallen aan een constitutum possessorium, die loochening in den grond van de noodzakelijkheid der traditio, die bevestiging inderdaad dat slechts feitelijke uitoefening gevorderd wordt van het over te dragen regt.

Maar gaarne erken ik, naar Germ. R. is de levering iets geheel anders dan de traditio der Romeinen. Haar aard en wezen, zoozeer verschillende bij de onderscheidene stammen en in de opeenvolgende eeuwen, wordt als 't ware door de inwerking bepaald van andere krachten.

Men kan C. A. SCHMIDT, *der principiële Unterschied zwischen dem Röm. und Germ. Rechte*, 1852, p. 219 sq., toestemmen, dat naar zijn aard en aanleg het Germ. R. de verklaring van partijen ter overdracht of wijziging ook van zakelijke regten, voldoende kon achten. Maar in de vroegste ontwikkeling van het regsleven bij alle volkeren, wanneer zoo dikwijls de eenige grondslag van een regt in feitelijke uitoefening bestaat, kan zonder haar geen regt ooit ontstaan, kan niemand enig regt beweren, dat hij niet ten eenigen tijde feitelijk uitoefende. Eerst langzamerhand wordt het regt meer en meer van de feitelijke uitoefening gescheiden, wordt tegenover haar hoe langer hoe zelfstandiger, kan telkens in meer gevallen zonder haar blijven voortbestaan of zelfs ontstaan. Van den anderen kant, en in sommige opzichten vroeger, wordt van die feitelijke uitoefening, van het regt daarop gegrond, wederom het in handen, in zijn magt hebben van de zaak waarop het regt wordt uitgeoefend, gescheiden en zoo evenzeer zelfstandig. De geschiedenis dezer ontwikkeling is in het Germ. regt die van het regt van weer, der saisine. Die ontwikkeling moet steeds op de levering, haar aard en wezen

terugwerken. Slechts waar en voor zooverre het regt, het eigendom tegenover bezitregt, het regt op feitelijke uitoefening gegrond; slechts voor zooverre dit bezitregt tegenover het bloot bezit, het eenvoudig in zijn handen in zijn magt hebben der zaak, zelfstandig werd, kan bloote verklaring van partijen het regt doen overgaan.

Niet minder wordt aard en wezen der levering beheerscht door de bewijsleer. Zeer eigenaardig is het bewijsregt van het oude Germ. R. Lang vond men in de vele bepalingen, die in de oude regsboeken het bewijs betreffen, niets dan onzin, dan een opeenstapeling van dwaasheden en zonderlingheden. En toen eenmaal dat vooroordeel week, en men die vele voorschriften tot een grondbeginsel trachtte terug te brengen, heeft men de eigenaardigheid van het Germaansche bewijsregt alleen in het procesregt gezocht, en wel even paradox of in de «Beweislosigkeit» of in den regel, dat het bewijs een regt, geen last geen pligt is, die men aan dat procesregt toeschreef. Latere onderzoekingen, vooral van KÖSTLIN, *Wendepunkt des Deutschen Strafverfahrens*, Tübingen, 1849, en SACHSZE, *das Beweisverfahren* enz., Erlangen, 1855, hebben doen zien, dat instellingen, die zoo eeuwen lang, met slechts geringe wijzigingen, bij alle stammen van het edelste volk der geschiedenis bestonden, inderdaad op ééne grondbeschouwing rusten, een diepen zin in zich dragen, van een waardige opvatting getuigen der betrekking van den mensch tot de wereld om hem. Tot mijn leedwezen ben ik hier gedwongen, omtrent dat bewijsregt mij verder tot een bloote verwijzing naar even genoemde schrijvers te bepalen. Ik voer hier alleen aan, dat die eigenaardigheid van het bewijsregt medebrengt, dat bij iedere overeenkomst, zoowel wanneer daardoor alleen persoonlijke verbindtenis moet ontstaan, als wanneer daardoor zakelijke regten moeten overgaan en gewijzigd

worden, de tegenpartij die steeds onder eede kan ontkennen, zonder dat tegen die ontkenning eenig bewijsmiddel mag worden aangevoerd. Alleen door zich te verzekeren van het getuigenis der gemeente of van het gerecht kan de voorrang bij het bewijs worden verkregen, en de verweerder verstoken van zijn bevoegdheid, om de handeling, althans zijn inwilliging daarin te ontkennen. Moest daartoe de wil van partijen ten overstaan der gemeente, d. i. der gemeentegenooten die haar verbeelden, of des gerechts worden verklaard, de oude volkszin kleedde van zelf het afleggen dier verklaring in vormen en symbolen. Het oude bewijsregt is in zijn vorm veelzins gewijzigd, al is er van zijn wezen, ten blijkke wederom van de levenskracht der nationaliteit, en ten spijte van het romaniseren der juristen veel, zeer veel bewaard gebleven. Thans is alles wat redelijkerwijze overtuiging kan geven, bewijsmiddel, en in den regel mogen in alle zaken en tot alle einden alle bewijsmiddelen worden gebezigd. En al kent die regel vele uitzonderingen, uitzonderingen, die meestal haar grond en wortel hebben in het oude bewijsregt, dat het thans de regel is, niemand zal het ontkennen. En dan mag geen uitzondering worden aangenomen dan waarvan stellig en bepaald blijkt.

Een derde invloed die aard en wezen der levering bepaalt, werkt vooral bij onroerende goederen, en openbaart zich eerst bij voortgaande ontwikkeling, wanneer de band versterkt, die de gemeente vereenigt en vormt, wanneer de magt aanwast der overheid. Hierdoor alleen reeds kon langzamerhand het getuigenis der gemeente, van bloote gemeentegenooten, door dat van de overheid, van het gerecht verdrongen worden. Maar vooral moest dit werken bij het grondbezit, dat bij alle Germaansche stammen de grondslag werd der gemeenteerigting, der betrekking tot haar en tot de gemeentegenooten. Bij het

groot belang dat daardoor de gemeente heeft bij alle veranderingen in het grondbezit, openbaart zich dan de behoefte, dat haar overheid, het gerecht en de geheele gemeente daarvan steeds wetenschap bezitte. In verband tot het steeds meer en meer zelfstandig worden van het regt tegenover de feitelijke uitoefening, wordt dan ook de verlijding gevorderd der overdragt voor het gerecht van de plaats waar het goed gelegen is. En dit geschiedt in het belang der openbaarheid, opdat ook anderen, het algemeen wete wat er voorviel, niet om den verkrijger het bewijs te verzekeren. Maar dat belang der openbaarheid bestaat evenzeer bij overdragt van zakelijk regt, als bij iedere verandering en wijziging daarin. En van daar de neiging om den omvang waarin hier openbaarheid wordt gevorderd, steeds te verwijden.

Door zoovele invloeden beheerscht, kan de ontwikkeling van aard en wezen der levering ook door andere krachten nog worden gestuit of gewijzigd. Vooral heeft zoo soms de handeling die haar daarstelt, daarenboven ook nog een andere strekking en beteekenis. Zoo in het leen- en hofregt, die om regt en pligt te vestigen tusschen den heer en zijn man of hoorige. Deze strekking, oorspronkelijk veelal de hoofdzaak, treedt steeds meer en meer terug, om waar de ontwikkeling ten volle affliep, geheel te verdwijnen.

Een vlugtige blik op de regten van de verschillende volkstammen en eeuwen, is dan ook voldoende om al dat verschil op te merken.

In de oudste Germaansche regtsbronnen kan de verlijding van de overdragt als van iedere andere overeenkomst, zoowel voor gemeentegenooten als voor het gerecht geschieden. En waar reeds de wassende magt der overheid steeds een getuigenis van het gerecht deed vorderen, en dus de verlijding voor het gerecht behoorde plaats te hebben, is het gerecht van de plaats der ligging

van het goed daartoe *niet* uitsluitend bevoegd. Zoo in de wetten der Saliërs, der Langobarden, zoo nog in de oudste keur van Middelburg, waarover Mr. J. VAN HALL, *Bijdragen* 1854, p. 443.

Maar lang was en bleef feitelijke uitoefening een vereischte voor het ontstaan van het regt van den verkrijger. De feitelijke inbezitstelling die daardoor noodig wordt, kon, waar de overdragt voor gemeentegenooten mogt geschieden, met deze tot ééne handeling incensmelten.

Die zoo tot één geworden handeling moest noodwendig op of nabij het over te dragen erf plaats grijpen. Bij haar vooral is het dat men een groote en rijke verscheidenheid vindt van vormen en symbolen. Zoodanig is de beteekenis van de eigenlijke investitura van de leges barbarorum. Zoodanig de shooting gelijk die alle middeneeuwen door in het Scandinavisch Noorden bestond, verg. STIERNHOOK, *de jure Sueonum*, II, 4, aangehaald bij BLACKSTONE, II, 313; KOLDERUP ROSENINGE, *Dänische Rechts-gesch.*, §§ 47 en 109.

En zoodanig is ook in het Engelsch regt het wezen van de livery of seisin, naar de common law nog steeds tot de overdragt van het freehold gevorderd. In Engeland is nog steeds het leenregt de vorm van alle grondbezit. En ontwikkelde zich in het leenregt later dan in het landregt, de zelfstandigheid van het regt op de zaak tegenover de feitelijke uitoefening, die ontwikkeling werd daar te lande door vele omstandigheden vertraagd en eindelijk gestuit. Vereeniging van leen en weer, juris et saisinae conjunctio, bleef lang, naar de common law tot op den huidigen dag, een vereischte voor de volkomene kracht van het regt. Geen freehold kan, behoudens enkele uitzonderingen, worden overgedragen of afgestaan, om eerst later in de toekomst een aanvang te nemen. Verkoop van een freehold, dat de vervreemder niet bezit, valt onder het begrip van maintenance en champerty,

en wordt als zoodanig gestraft, zie BLACKSTONE III, p. 201; IV, p. 134 sq. Deze laatste plaats van BLACKSTONE is het, die in den voortreffelijken roman van EDWARD WARREN, *Ten thousand a year*, een werk zoo uitnuntend geschikt om den vreemdeling van het Engelsch regtsleven eenig denkbeeld te geven, OILY GAMMON steeds voor den geest zweeft, en hem als in vlammend schrift geschreven vervolgt. Maar is ook hierin de common law nog steeds aan de oude beginselen van het leenregt getrouw gebleven, heeft zij die niet verder ontwikkeld, de behoeften van het werkelijk leven hebben zich ook hier weten te doen gelden. Door de instelling der uses werd eerst in equity het middel gevonden om de baten en voordeelen eener zaak te verzekeren, ten behoeve van iemand die de livery of seisin niet had ontvangen. Door het statuut 25 HENDRIK VIII. Cap. 10, werd de use executed, dat is werd hij, wien zoo de baten en voordeelen eener zaak waren verzekerd, krachtens het statuut zelf het freehold of ander regt toegekend. Zoo was de lastige formaliteit der livery of seisin overwonnen, maar tevens de openbaarheid, hoe gering dan ook, geheel opgegeven die die handeling op of bij het erf in tegenwoordigheid van getuigen te verrigten, met zich bragt. Daarom werd reeds bij statuut 27 HENDRIK VIII. Cap. 16 bepaald, dat geen use op die wijze een freehold zou doen overgaan, ten zij de akte binnen zes maanden ter bepaalder plaatse werd geregistreerd. Maar eischt het algemeen belang hier de openbaarheid, juist daarom verzet zich hiertegen het belang der handelende partijen. Het middel dat Sergeant MOORE door het achtereenvolgend verlijden van twee akten bedacht om het statuut te ontduiken, moest dus spoedig algemeen ingang vinden. Dit middel, een lease and release, of juister, een bargain and sale en een release, verdrong in de practijk alle andere wijze van overdragt van freehold, BLACKSTONE II, p. 339; STEPHEN I, p. 488

sqq. Zoo wordt dan thans in Engeland eigendom overgedragen zonder inbezitstelling, zonder eenige feitelijke uitoefening, zonder eenige openbaarheid. Diep wordt thans het nadeel van dezen regtstoestand gevoeld. En de voor eenige jaren benoemde commissie voor de wetgeving op het grondeigendom drong dan ook krachtig aan, op de invoering der openbaarheid door het aanleggen van een algemeen register. Als bijzonder regt bestaat zoodanig register reeds voor de graafschappen York en Middlesex: STEPHEN I, p. 566 sq. Thans kan ook de verkrijger geen andere, verdere of betere regten erlangen dan de vervreemder bezat. Vroeger kende ook het Engelsche regt in de fines en common recoveries, langwijlige en met fictiën als overvulde procedures, een middel om onaanrandbaar en onaantastbaar regt en eigendom over te dragen en te verzekeren. Langs dezen weg opgedragen regt, feitelijk uitgeoefend gedurende een bepaald tijdvak, jaar en dag volgens de common law, kan door niemand meer worden betwist. Het statuut 3 en 4 WILLIAM IV, C. 74, dat de fines en common recoveries ophief, stelde in dit opzigt niets daarvoor in de plaats: STEPHEN I, p. 515 sqq.

Op het vaste land, in Duitschland, bij ons en in Frankrijk, was de ontwikkeling anders. Het getuigenis van het geregte verdrong hier het getuigenis der gemeente, en is eeuwen lang het eenig bewijsmiddel voor de overdracht van onroerend goed. Ras wordt het alleen het geregte waaronder het goed gelegen is, wiens getuigenis kan worden aangenomen, waarvoor de belijding moet geschieden. Grijpt die belijding plaats in openlijke vergadering, voor het volksgeregte, landgeregte, schepenbank of raad, of voor de beambten die de vergadering leiden, graaf, bailluw, schout of voogd, eeuwen lang heerschte hier zoo de openbaarheid. Maar ook het regt wordt zelfstandig tegenover de feitelijke uitoefening, en

de eenvoudige verklaring van den wil van partijen ten overstaan der overheid, doet het regt overgaan zonder feitelijke inbezitting. Zelfs voor het landregt kent de Saksenspiegel dit nog niet. Het regt van weer wordt niet verkregen door de bloote overdragt voor het volks-geregt. Feitelijke uitoefening gedurende drie dagen is noodig, *Landr.* III. 38, al stelt het geregt den verkrijger op zijn vordering alleen onmiddellijk in het bezit. Dit regt van weer, jaar en dag, onbesproken met regte voortgezet en uitgeoefend, wordt de «rechte were», onaanrandbaar en onaantastbaar regt, waarop iedere vordering met zijn inhoud in strijd afstuit. Maar gelijk reeds vóór den Saksenspiegel in sommige regten, draagt later algemeen de verlijding der akte voor het geregt of andere overheid dadelijk en onmiddellijk het regt van weer over, en wordt dus ook in dit opzigt het regt zelfstandig tegen over de feitelijke uitoefening, het regt hierop gegrond, het bezitregt tegenover het eenvoudig in zijn magt hebben der zaak. In enkele steden en oorden van Duitschland ontwikkelde zich uit dezen regtstoestand onmiddellijk het Grondboek. Zoo in Hamburg. Entressend schetst ons die ontwikkeling BAUMEISTER, *das Privat-recht der freien und Hansestadt Hamburg*, Hamb., 1856, passim vooral p. 106 sqq. p. 198 sqq. De registers van de opdragten voor den raad zijn voorhanden van den jare 1248 af. En in weerwil van vele wijzigingen sluit zich aan het oudste protokol, niet alleen in vorm en inrigting, maar ook in wezen en beteekenis, dat aan, waarin op dit oogenblik wordt geschreven. Die wijzigingen bestaan hoofdzakelijk hierin, dat thans alle veranderingen in het zakelijk regt, ook die b. v. door vererving, aan de inschrijving onderworpen zijn, dat zonder haar geen regt als zakelijk geldt dan huur van erven of erfdienstbaarheden, en dat na het jaar 1618 de «rechte were», het onaanrandbaar en onaantastbaar regt

en eigendom wordt verkregen onmiddellijk na de overschrijving op naam van den verkrijger. Maar hierdoor wordt dan ook telkens een onderzoek noodig door de beambten. In het grootste deel van Duitschland echter werd toen het Rom. R. zich deed gelden, ook in dit opzigt het vaderlandsche stelsel verdrongen, of erger nog daarmede in een namelooze verwarring niet vereenigd, maar zamengeworpen. Thans is in de meeste Staten het grondboek ingevoerd of wordt het voorbereid. Waar naar leen- of hofregt onroerende goederen bezeten werden had de regtsontwikkeling een tijdperk meer door te loopen. De handeling voor leen of hofgeregt te voltrekken is oorspronkelijk slechts de vestiging van regt en plicht tusschen heer en man of hoorige, geenszins de overdragt van man op man, van hoorige op hoorige. Lange tijd, soms eeuw op eeuw moest verlooppen, eer die handeling van dat middel ter vestiging van regt en plicht slechts werd een bloote verpligting op het reeds ontstane regt rustende, eer het ook hier b. v. kon heeten de doode erft den levende. Maar eens zoover gekomen is de ontwikkeling van het regt bij hof- en leengoed dezelfde als bij vrijgoed.

In Nederland en België bleef tot aan de invoering van het Fransche Regt, verg. art. 591 W.Nap, voor Holl., plegtige verlijding voor de overheid noodig tot de overdragt van onroerende goederen. Door haar en door haar alleen ging zoowel het eigendom als het bezitregt van den vervreemder op den verkrijger over, al erlangt deze daardoor alleen natuurlijk, nog niet het feitelijk bezit. Onaantastbaar regt gaf slechts het decreet willig of onwillig.

Ook in Frankrijk was ten gevolge der Germaansche inrigtingen en instellingen het beginsel het geheele land door verspreid geworden, dat overdragt van onroerend goed door eenvoudige verklaring kan geschieden van

partijen, al moest die verklaring plegtig en openlijk voor het volksgeregt of in het algemeen, voor de overheid der plaats worden afgelegd. Voor de latere ontwikkeling van aard en wezen der levering moet men echter de verschillende deelen des lands onderscheiden.

In het noorden, in de pays de saisine et de nantissement bleef men ook hierin aan het Germ. R. getrouw. Wel wijzigde zich de de vorm der plegtige verlijding voor het geregt in den loop der eeuwen. Hier en daar onttaarde zij zelfs in een bloot registreren ter griffie van het geregt van de tusschen partijen verledene akte. Maar eerst daardoor erlangde de verkrijger de saisine. En ook zoo bleef het wezen der handeling, de openbaarheid gehandhaafd.

In het zuiden daarentegen verdween ook die openbaarheid geheel. De verklaring van partijen voor notaris en getuigen werd ter overdragt voldoende, werkt haar dadelijk en ten volle. Verschillende krachten kunnen daartoe hebben gewerkt. Werden de volksgeregten langzamerhand opgelost in beambten van den Koning, Graaf of Heer, de notaris was de beambte voor het verlijden van akten. Werd hij dit in het noorden voor akten van overdragt van onroerend goed eerst later, bleef daar registratie bij het geregt steeds een vereischte, het kan zijn dat het dieper doordringen daar van het leenregt, eeuwen lang de eenige vorm waarin de Staat, die organisatie der maatschappij, zich openbaarde, hiervan de eenige reden was. Terwijl het in het noorden werd nulle terre sans seigneur, heette het in het zuiden nul seigneur sans titre. De meerdere magt der overheid die juist gelegen was in de grootere kracht van het leenregt, zou dan in het noorden de openbaarheid hebben gehandhaafd, die in het zuiden verdween. Het kan echter ook zijn, dat de invloed van het Rom. R. zich hier deed gelden, waaraan althans later de theorie werd ontleend. Maar al ligt een nadering tot

het Rom. R. in het wegvallen der openbaarheid, in grond en beginsel bleef een verschil bestaan, dat de latere theorie slechts kon verhelen en bewimpelen, niet opheffen. Naar Rom. R. toch *fiunt scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari possit: sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem.* Een onderhandsch stuk, mondelinge verklaring moest dus dezelfde gevolgen hebben als de notariële akte. En toch werd de notaris tot het doen der overdragt steeds gebezigd, en wilde de practijk, waarvan deze gewoonte afgeweken werd, geen overdragt erkennen. Grooter en gewigtiger verschil nog lag in het wezen zelf der zaak. Werd de bloote verklaring van partijen het regt en bezit af te staan en te aanvaarden, voldoende geacht tot overdragt van eigendom en bezitregt, hoe dit overeenbrengen met het Rom. R., dat tot zijn *traditio* feitelijke inbezitstelling eischt? Men zag in die verklaring, in de *clausule de dessaisine* et de *saisine* een *constitutum possessorium*, een *clausule de constitut* et de *précaire*. De feitelijke inbezitstelling werd dus noodig geacht, maar gefingeerd. Juist is het wat MARCADÉ IX, n^o. 482, zegt: «*Notre ancienne jurisprudence avait admis cette même doctrine (als het Rom. R.) en principe; mais elle la modifiait singulièrement dans le fait en admettant une tradition feinte, que les parties pouvaient toujours opérer à leur gré, sans autre condition que de déclarer, qu'ils le voulaient ainsi.*» «*Comme parmi nous*», zegt ARGOU *Inst.*, III, 23, «*on met toujours une clause dans les contrats de vente, par laquelle le vendeur se dépouille et se démet de la propriété et de la possession de la chose vendue, pour en saisir l'acquéreur, ce qu'on appelle tradition feinte.*» Ook SERRES, *Inst. du droit franç.* II. 1. § 44, erkent en beschrijft: «*la tradition feinte, qui se fait par le bail de la cède, ou de la plume du notaire.*» LOISEL V. 4. 7, zegt minder romanistisch: «*Dessaisine et*

«saisine faite en présence de notaire et de temoins, vaut et équipolle à tradition et délivrance de possession.» Die clausules waren zoozeer gebruikelijk, dat zij stijli werden, en ook waar zij in de koopakten niet voorkwamen, ten zij duidelijk van een andere bedoeling bleek, toch als daarin opgenomen werden aangemerkt. Wat dus MARCADÉ t. a. p. nog zegt: «On voit donc que, tout en conservant comme principe l'idée que la propriété ne se transmet que par la tradition, l'ancienne jurisprudence permettait aux parties, de la transférer, quand il leur plairait, par la seule force de leur volonté», is in zooverre nog niet volkomen juist. Men veroorloofde het niet bloot, maar men veronderstelde ook dat het gedaan werd, ten zij van anderen wil en bedoeling bleek. Overigens zal wel niemand thans meer tegenspreken, wat v. SAVIGNY over de onjuistheid van de leer der gefingeerde traditiën gezegd heeft. Maar als zoovele andere onjuiste opvattingen van 't Rom. R. had ook deze de groote verdienste het geweten der Juristen, dat alleen Rom. R. meende te mogen erkennen, gerust te stellen en zoo het goede oude regt der vaderen tegenover den vreemden indringer te handhaven. En zoo is in weerwil der juristen de vente van het Fransche regt niet geworden de emptio venditio der Romeinen, maar gebleven vóór den Code, ARGOU t. a. p., LOISEL III. 4. 6, verg. WARNKÖNIG *Franz. R. G.* II. p. 563 sqq., wat zij ook ná den Code is, PORTALIS en FAVART bij FENET XIII. p. 112 sqq.; verg. MARCADÉ IV, n°. 480 sqq., de dadelijke en onmiddellijke overdragt van een regt tegen geld.

De coutume van Parijs, wier gebied in het midden lag, hield ook tusschen de beide stelsels, die van het zuiden en noorden, als 't ware een middenweg. Is de tradition feinte van het zuiden in de meeste opzigten voldoende, enkele werkingen heeft de overdragt slechts na het verlijden der akte voor het gereg of wel het

registreren daarvan ter griffie. Alleen hij dus, die die gevolgen wil doen plaats grijpen, die b. v. het regt van naasting wil doen verjaren, zijn eigendom wil zuiveren, verlijdt de akte voor het geregt of doet haar ter griffie registreren. Ne prend saisine qui ne veut.

Kende men in Frankrijk in sommige oorden het decreet willig of onwillig, onaanrandbaar en onaantastbaar eigendom gaf het slechts ten deele.

Na de omwenteling verviel deze werking van het decreet geheel. Alleen tegenover het hypotheek, kan nog volkomen zekerheid worden verkregen. Overigens werden toen de drie stelsels die het noorden, zuiden en midden van Frankrijk hadden beheerscht, achtereenvolgend gemeen regt van het geheele land. De wet van 11 Brumaire an VII, eischte tot de werking der overdragt tegen derden, steeds openbaarmaking door overschrijving. De Code Nap. schafte deze, na weggoocheling, zoo als TROPLONG zegt, van art. 91 van het ontwerp, geheel af, en deed de eenvoudige verklaring van partijen, zelfs indien zij niet voor notaris en getuigen werd afgelegd, ter overdragt voldoende zijn. Zoo werd afgesneden en hetgeen stijli was geworden en de omweg, waaraan de theorie zich had gewend. De Code de Procédure door voor de zuivering overschrijving te vorderen, en alleen dus hem die deze verlangt daartoe te verplichten, keerde terug tot het: ne prend saisine qui ne veut der coutume van Parijs.

Het stelsel der wet van 11 Brumaire an VII herleefde in België door de wet van 16 December 1851, in Frankrijk door die van 23 Maart 1855, van kracht sedert 1 Januarij 1856.

En wat nu ons tegenwoordig regt betreft, men heeft hoog opgegeven van den terugkeer tot oud vaderlandse instellingen. Al kwetst het ons nationaal gevoel, ik acht het meer waar, meer in den geest van hen die

op de zamenstelling en vorming van ons wetboek den meesten invloed hadden, dat men ook bij ons terug keerde bloot tot de wet van 11 Brumaire an VII. Onze koop en verkoop is niet die van het Oud-Hollandsch regt, maar nog steeds de vente van het Fransche regt, de dadelijke en onmiddelijke overdragt van een regt tegen geld, verg. art. 1507 B. W. Bij de verlijding van ons Oud-Hollandsch regt, werken de beide partijen mede op het oogenblik, dat het eigendom overgaat. Thans is van die zamenwerking van partijen, van hun verklaring, de overschrijving en daarmede de overgang van het regt, veelal door een groot tijdsverloop gescheiden. Een der partijen, zelfs een derde kan tegen den wil der andere partij de akte doen overschrijven. En bij tusschentijds veranderde omstandigheden kan dit zeer gewichtig zijn in de gevolgen.

Een meerdere toenadering tot ons oud regt, ligt in onze Indische Wetboeken. Wel is ook daar de overdragt niet de openlijke en plegtige verlijding der akte voor het geregt. Wel geschiedt ook daar de overdragt door bloote overschrijving der akte. Maar de akte wordt niet overgeschreven dan op verzoek van den verkrijger en op de bijzondere magtiging van den vervreemder, art. 619 B. W.

Het decreet willig en onwillig van ons oud regt, werd niet alleen bij ons niet hersteld, maar zelfs de volkomene zekerheid verviel, die men zich onder het Fransche regt dan toch nog tegen hypotheek altijd kon verschaffen. Ook hierin sluiten zich onze Indische Wetboeken meer aan ons oud regt aan. In de uitwijzing van eigendom, bezitten zij een voortreffelijk middel ter verzekering van onaanrandbaar en onaantastbaar regt en eigendom, art. 621 *sqq.* B. W. en art. 800 *sqq.* B. R.

Het verschil in aard en wezen der levering, dat ik zoo in groote trekken schetste, bepaalt haar toe-

passelijkheid of noodzakelijkheid bij de scheiding.

Waar de levering in feitelijke inbezitstelling bestaat, kan zij naar Germaansche begrippen bij scheiding niet plaats hebben. Alle deelgenooten zijn toch reeds evenzeer in het bezit. Van daar, dat in Engeland bij scheiding ook naar de common law geen livery of seisin wordt gevorderd. Parceners brengen haar tot stand alleen bij monde, voor zooverre niet het statute of frauds werkt, jointtenants en tenants in common bij deed, bij schriftelijke akte, COKE, *on LITTLETON* 169a. BLACKSTONE II, p. 323; STEPHEN I, p. 478. Ook in den Saksenspiegel vindt men van verlijding der scheiding voor geregt of overheid geen spoor, evenmin als van een nieuwe beleening, waar het leengoed geldt. HOMFYER, *Sachsenpiegel*, II, 2. p. 460.

Maar waar de levering door bloote verklaring van partijen geschiedt, die alleen of ter verzekering van het bewijs in meer of min plegtigen vorm moet worden verleden, of in 't belang van 't algemeen openbaar gemaakt, daar rijst de vraag of zij ook voor de scheiding, voor de verandering daardoor in het zakelijk regt gewerkt, moet worden gevorderd. Dit brengt de aard der zaak mede, dit sluit het stelsel in zich, waar ieder zakelijk regt steeds onaanrandbaar en onaantastbaar moet zijn. Overal dus waar het grondboek bestaat, verg. BAUMEISTER t. a. p. Ook door fines en common recoveries, door het decreet willig of onwillig, door de uitwijzing van eigendom, kan het door de scheiding uitsluitend geworden regt onaanrandbaar en onaantastbaar worden gemaakt. Maar dit betreft niet de scheiding als zoodanig en is steeds een bevoegdheid, geen verpligting.

Maar waar zoo niet het stelsel zelf den omvang aanwijst, waarin de handeling die de levering daarstelt gevorderd wordt, moeten het andere invloeden zijn, die dien omvang bepalen. Deze moet dus noodwendig ver-

schillen en zal de scheiding hier in, ginds buiten sluiten. Terwijl de costumen van Antwerpen de verlijding vorderen voor het geregt ook van de scheiding 5 7. 1, stellen die van Mechelen haar daarvan vrij, zoowel bij leen als onleen 7. 1 en 10. 7. Als gemeen regt van Brabant verdedigt die vrijstelling CHRISTIANAENS *decis.*, I. 362. Zij bestond ook in Zeeland, *Keuren* 2, 6, in Holland, Utrecht. Zegt VOET, ad tit. *Dig. de acq. rer. dom.* no. 41, van legaat, erfenis, huwelijksgift, huwelijksgemeenschap en boedelscheiding, dat zij: «sine solemnibus traditionibus coram lege loci effectum sortiuntur, solaque transcriptione contentae sunt;» slechts begrippen van nieuwer tijd, herinneringen aan de transcription van het Fransche regt waren het, die hier een schrijver van onze dagen aan een overschrijving van een op te maken akte deden denken. Het is, geloof ik, slechts een aantekening, overteekening op de registers voor de heffing van dijk- en grondlasten, een uit, in- of overboeking die VOET hier bedoelt.

Waar de handeling die de levering daarstelt, tevens een ander beteekenis heeft, zal deze, verschillend als zij was naar volk en tijd, op de noodzakelijkheid der levering bij de scheiding terug werken. Is die handeling eigenlijk de vestiging of bevestiging van regt en pligt, tusschen heer en man of hoorige, tusschen eigenaar ook en beklemden meijer, zij kan alleen waar regt en pligt eerst moeten of zijn ontstaan, plaats grijpen, niet waar een der deelgenooten hoe dan ook, dus ook door scheiding weg valt, en door het daardoor in werking getreden regt van aanwas regt en pligt der anderen wordt verbeterd of verzwaaard. En dit in het leenregt in Frankrijk en Engeland, ook dan, indien zoo het leen wederom in ééne hand komt en alle onverdeeldheid ophoudt. Elders echter, in Duitschland, Nederland en België, ook thans nog in ons beklemdregt, wordt de

gemeene hand als een in wezen en beteekenis, eigenaardige wijziging beschouwd der betrekking tusschen heer en man, tusschen eigenaar en meijer. Daarom moet zich de opheffing dier wijziging, de terugkeer tot den normalen toestand, hoe dan ook, dus ook die door scheiding, in een nieuwe beleening of inboeking uitdrukken en openbaren.

Wat nu het latere Fransche regt betreft, art. 26 der wet van Brumaire an VII, vordert de overschrijving alleen van actes translatifs de biens et de droits susceptibles d'hypothèques, en stelt dus daarvan de scheiding vrij. Ook artt. 834 en 835 Code de Procédure spreken slechts van actes translatifs. De Belgische wet van 16 December 1851 daarentegen onderwerpt aan overschrijving, tous actes entre-vifs à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, dus ook de scheiding. Evenzoo het Fransch ontwerp van 4 April 1850. Tegen de daarbij voorgestelde overschrijving der akte van scheiding, verzette zich vooral ook VATISMENIL: Ook REICHENSPERGER in zijn ontwerp voor Rijn-Pruissen wilde de scheiding niet doen overschrijven. De Fransche wet van 23 Maart 1855, beveelt de overschrijving dan ook alleen van tout acte entre-vifs translatif de propriété immobilière, ou de droits susceptibles d'hypothèques, en dus niet van akten van scheiding.

In ons Indisch regt wordt de overschrijving bevolen der akte van scheiding, art. 617 sq. B. W., doch alleen ten aanzien van onroerende goederen. Maar zorgvuldig wordt aan die overschrijving der akte van scheiding de naam van levering onthouden.

En nu, thans bij ons.

Ook naar ons regt is geenzins iedere wijziging en verandering in zakelijke regten op onroerende goederen, aan in- of overschrijving onderworpen. Zij is slechts bevolen bij overdragt van onroerend goed, art. 671 B. W.

bij vestiging van erfdienstbaarheden art. 743, van opstal 760, erfpacht 767, grondrenten 684, vruchtgebruik 807, gebruik 865 B. W., voor erfstellingen over de hand 1033 B. W., bij hypotheeken art. 1224 cl., 1223, 1230, 1254 B. W., 297 K. H., bij inbeslagname van onroerend goed art. 505 B. R. Vele veranderingen en wijzigingen kunnen dus in het zakelijk regt ontstaan, zonder dat daarvan uit de registers ten kantore van hypotheeken blijkt of kan blijken. En dit niet alleen ten gevolge verjaring, vererving, toevallige omstandigheden, maar zelfs ten gevolge van regtsbehandelingen onder levenden. Moeten sommige dier handelingen als het huwelijk en de gemeenschap dien ten gevolge, het beslag van een geheel vermogen bij faillissement of kennelijk onvermogen, op andere wijze openbaar worden gemaakt, blijkt van andere uit voor ieder toegankelijke stukken, erkenning b. v. bij vonnis, vele dier handelingen kunnen geheim worden gehouden, als erkenning in der minne, dading, het vervallen, de vervulling of de afstand van voorwaarden, de afstand of stuiting der verjaring, de aanvang van een proces, boedelafstand enz. Zelfs de fiscale wet van 16 Junij 1832 bereikt deze handelingen niet alle, beveelt de overschrijving eener akte niet in alle die gevallen.

Ook bij ons is dus openbaarmaking, in- of overschrijving bij verandering en wijziging in zakelijk regt uitzondering. En zoo wordt het beroep geregvaardigd op de ontstentenis van eenige bepaling, die de overschrijving der akte van scheiding voor het burgerlijk regt beveelt. Voor het burgerlijk regt zeg ik, want voor het fiscaal regt bestaat het voorschrift in art. 17 der aangehaalde wet van 16 Junij 1832. Verzuim wordt naar art. 23 in verband tot art. 18 alleen met geldboete gestraft.

Maar buiten die ontstentenis van eenig bepaald voor-

schrift om de scheiding te doen overschrijven, wijst één art. in ons B. W. mijns inziens ten duidelijkste aan, dat het de verpligting daartoe niet kent, al willen juist daarin anderen de noodzakelijkheid dier overschrijving zien doorstralen.

Ik bedoel art. 1228 B. W.

De artikelen die den grondslag uitmaken van ons stelsel van in- en overschrijving, bestonden reeds in het B. W. van 1830. Ook toen was de hypotheek bij akte van scheiding bedongen naar art. 1258 bevoorregt, mits ingeschreven binnen 20 dagen na dagteekening der akte van scheiding, à dater de l'acte, zeide de Fransche tekst. Een bewijs dat men zich destijds scheiding even als zoo-vele andere wijzigingen in het zakelijk regt, niet aan overschrijving onderworpen dacht. Na 1830, werd het art. gewijzigd. De termijn is nu van acht vrije dagen na overschrijving der akte van scheiding, *voor zoo veel dit beding*, dat van hypotheek n.l., betreft. Deze laatste woorden zijn zeker niet overeen te brengen met een veronderstelde algemeene verpligting om de akte van scheiding, voor zooverre zij onroerende goederen betreft over te schrijven, toonen integendeel, dat men zich bewust was, dat zoodanige verpligting niet bestond. Wel heeft men daarin een bloote herinnering gezien aan de bevoegdheid tot overschrijving bij uittreksel, die art. 671 B. W. geeft. Zeker ten onregte. Dat art. toch gelijk ook art. 17^e der wet van 16 Junij 1832 vorderen veel meer. Art. 670 wil in het uittreksel opgenomen hebben al hetgeen de zaak betreft. Overschrijving van een enkel beding over de zaak kan dus ook die overschrijving bij uittreksel niet zijn. Dit alles komt nog sterker uit wanneer men bij VOORDUIN, IV, p. 536 sqq. het voorgevallene over dit art. nagaat. Oorspronkelijk had de regering voorgesteld voorrang toe te kennen aan: «de inschrijvingen binnen acht vrije dagen door den deelgenoot

«bewerkstelligd.» In de afdeelingen rezen geen ander bedenkingen, dan dat men vermeld wilde hebben, dat de hypotheek bij de akte van scheiding zelve moest bedongen zijn geworden, en dat men den termijn dien men, en zeker zeer teregt, begreep, dat loopen zou van het verlijden der akte, veel te kort achtte. Men klaagde, dat de akte bij de registratie kon zijn opgehouden, enz. Men stelde voor, na: «acht vrije dagen» in te lasschen de woorden: «nadat de overschrijving van de akte van scheiding is geschied», waardoor ruimer tijd verleend en men van oponthoud ter registratie onafhankelijk zou worden. In het nieuwe ontwerp werden in plaats der voorgestelde woorden door de regering die ingevoegd, welke thans in het art. worden gelezen. De beweegredenen der regering worden niet vermeld. Maar kan het anders zijn, dan dat zij de overschrijving der akte, anders niet verplicht, om een aanvangpunt te verkrijgen voor een termijn, niet in haar geheel wilde doen geschieden, daartoe overschrijving alleen van het beding van hypotheek waardoor dan tevens blijken kon, dat zij inderdaad bij akte van scheiding werd verleend, voldoende achtte. Die overschrijving die den termijn opent voor het doen van een andere inschrijving, herinnert aan artt. 834 en 835 Cod. de Proc., en aan het: *ne prend saisine qui ne veut van de coutume van Parijs*. En wanneer de zaak in de practijk niet van zoo weinig gewigt ware, 'wanneer de fiscale wet niet genoegzaam voor de overschrijving der akte van scheiding had gewaakt, dan zouden ook hier de werkingen dezelfde zijn. Die met een deelgenoot over de hem toegewezen goederen in regtshandeling wil treden, zou moeten beginnen met hem de akte van scheiding, voor zoo ver het beding van hypotheek betreft, te doen overschrijven, om zoo de andere deelgenooten tot inschrijving van het hypotheek te dwingen.

Er blijft echter ééne zwarigheid. Hoe gaat het met

de beschikkingen van den deelgenoot over het hem toegewezen, tot stand gekomen tusschen den dag der scheiding en dien der overschrijving? Reeds van den dag der scheiding af beschikt de deelgenoot vrijelijk, niet meer onderworpen aan de regten der overigen. En volgens de woorden van het art., gelijk zij thans luiden, wordt voorrang verzekerd alleen gedurende acht dagen na de overschrijving. *En* naar Fransch regt, *en* naar het W. B. van 1830, *en* naar het eerste ontwerp van herziening sloegen de woorden: *binnen dat tijdvak*, *binnen dat tijdsverloop*, *pendant ce délai* op een tijdperk, dat met den dag der scheiding aanvangt. Over het einde van den termijn, niet over zijn aanvang rees bedenking. Die woorden zelve bleven genoegzaam onveranderd. Maar door de wijze waarop het einde van den termijn later werd gesteld, slaan die woorden thans grammaticaal niet op het tijdperk tusschen de scheiding en de overschrijving. Die verandering geschiedde echter blijkbaar zonder dat men er aan dacht. Den voorrang gedurende dat tijdperk te ontzeggen en dien eerst voor een later te verleenen, dit is niet bedoeld, kon niet bedoeld worden. Verwijzen de woorden: *binnen dat tijdsverloop* naar het voorafgaande, wat den aanvang van den termijn betreft moet die verwijzing nog steeds gedacht worden in het verband, dat het art. in zijn oorspronkelijke bewoordingen medebragt. Voor zoover, wat dien aanvang betreft, was de wijziging in het door de wet te geven bevel, een woord zonder zin, zonder daarin geleigde gedachte. En wil men het woord der wet, waaromtrent dit kan worden aangetoond, eerbiedigen, waarom dan ook niet een druk- of schrijffout?

Inderdaad wanneer men dit ellendig artikel 1228 overweegt, nagaat wat er over gezegd werd, en wat er mede voorviel, als satyre bijna klinkt, wat ter aanbeveling der codificatie zoo dikwijls werd gezegd, dat daarbij de

ontwikkeling des regts met bewustheid zou geschieden.

Is de scheiding niet aan overschrijving onderworpen, ook de licitatie moet in die vrijstelling deelen, zoo een deelgenoot hoogste bieder wordt. Art. 1 der Fransche wet van 23 Maart 1855 bepaalt dit uitdrukkelijk omtrent een vonnis van toewijzing ten behoeve van een deelgenoot, een geval dat bij ons althans zonder berusting van alle partijen, gelijk wij vroeger zagen, niet kan voorkomen. Evenzeer is ook in Engeland, gelijk de scheiding zoo ook de afstand, de release of an undivided share to a cotenant naar de common law, van de livery of seisin vrij, STEPHEN I, pag. 479.

Dat scheiding zonder overschrijving geldt en werkt, ook ik zag het liever anders. Maar dikwijls wordt die overschrijving niet als wenschelijk, maar als zoo dringend en zoo dadelijk noodig voorgesteld, dat dit oordeel onwillekeurig soms invloed heeft op de opvatting van het bestaand regt.

Daarom nog een woord.

Ook ik ben niet ingenomen met den tegenwoordigen toestand van ons regt aan grond en bodem. Ik ga verder. Ik geloof, dat die toestand op den duur niet houdbaar is, dat verandering vroeger of later moet tot stand komen. Maar men bedriegt zich, geloof ik, zeer, wanneer men hier te lande de invoering wenscht of verwacht van het Duitsche grondboek. De inmenging van de overheid in het onderling verkeer der ingezetenen, die het met zich brengt, de eindelooze omslag dien het eischt, de vele onbillijkheden waartoe het in weerwil van dien leidt, maken in mijn oog de invoering daarvan weinig wenschelijk, en in onze meer westelijke landen weinig waarschijnlijk. Eeniger mate kan reeds de ondervinding bij het grootboek der nationale schuld ons tot maatstaf strekken voor de aan het grondboek verbonden bezwaren. En wil men het Duitsche

grondboek niet, dan zal meerder of minder uitbreiding der openbaarheid weinig baten. Een geheele hervorming in het grondeigendom is noodig. Vooral moet het verband verbroken worden tusschen de handeling, waardoor het zakelijk regt veranderd wordt, en de regtsbetrekking, de verbindtenis tusschen de handelende partijen. Die handeling voor zooverre zij op het zakelijk regt van invloed is, moet tot een handeling worden, *quae nec diem nec conditionem recipit*, al is het regt, dat daardoor ontstaat aan tijdsbepaling of voorwaarde verbonden. En ieder voor dadelijke uitoefening vatbaar regt moet aan een korte verjaring onderworpen worden. Eerst dan zal de openbaarmaking van iedere regtshandeling, ook de eenzijdige, ook de aanvaarding b. v. van erfenis of legaat, de beteekenis kunnen hebben, dat al wordt *door* haar geen regt verkregen of veranderd, dit nimmer *zonder* haar geschiedt. Maar hoe diep ingrijpend, hoe krachtig doortastend moeten om daartoe te geraken, de hervormingen zijn in onzen regtstoestand. Is de zekerheid van den grondeigendom slechts tot dien duren prijs, dan valt het mij ligt genoeg der verzoeking, om wat wenschelijk is, voor werkelijk te houden, weerstand te bieden, en geen openbaarmaking bevelen te wanen, waar zij nog niet werd voorgeschreven. Daarenboven in ons stelsel, of liever, want stelsel durf ik het niet noemen, in ons regt heeft openbaarmaking geen anderen zin, dan dezen, den eigenaar in staat te stellen, aan hem met wien hij in regtshandeling wil treden, het negatief bewijs te leveren, dat zekere bepaalde regtshandelingen, waardoor het regt verloren of beperkt zou zijn geworden, *niet* plaats grepen. Den kring dier handelingen nit te breiden, daartoe kan ik begrijpen, dat men zich zeer geneigd voelt. En dit geschiedde dan ook in de Fransche wet van 23 Maart 1855 op een wijze, die misschien als nadering tot het ge-

wenschte , navolging verdient. Maar de scheiding behoort niet tot dien kring. Waar eens het bestaan eener gemeenschap is gebleken , is het feit , dat er scheiding plaats vond , een positief iets , en daarvan kan , door overlegging der akte , ligt genoeg het bewijs geleverd worden. Het negatief bewijs , het bewijs dat de gemeenschap niet is opgeheven , dat er geen scheiding plaats vond , zou het bewijs zijn , dat het regt van den deelgenoot bij voortdoring aan dat der overigen ondergeschikt is , dus dat het regt niet werd verbeterd. En dit bewijs zal wel niet dikwijls worden geverg.

Wat nu roerende goederen betreft , niemand , zoover ik weet , eischt hier naar ons regt een traditio , gelijk die naar Rom. R. gevorderd werd. Door allen wordt bloote verklaring van den wil der deelgenooten , bloote overeenkomst , voldoende geacht. En dit is wederom een blijk , hoe nationale regtsbegrippen ook hen kunnen blijven beheerschen , die ze in beginsel ontkennen en loochenen. En dit ook , al wil men zich op art. 667*b* B. W. beroepen , en beweren dat levering onnoodig is , omdat de deelgenoot , dien de zaak wordt toegewezen , reeds in het bezit is. In dat bezit voor het geheel door iederen deelgenoot , ligt immers reeds de groote afwijking van het Rom. R.

Hetzelfde moet , geloof ik , ook gelden bij schulden. Worden vorderingen aan een der deelgenooten voor het geheel toegewezen , dan is dit geen overdragt van schuld , alleen de vernietiging van de regten der overige deelgenooten op die vordering , van hun bevoegdheid tot nitoeffening of beschikking. Ook om tegen den schuldenaar te werken , is dus hier de beteekening of aanneming van art. 668 B. W. niet noodig. Zeker , dit is niet zonder bezwaar. Tot dusver , tot aan de scheiding , kon ieder der medeschuldeischers voor zijn aandeel vrijelijk in eigen naam en ten eigen behoeve over de schuld

beschikken, haar ontvangen en invorderen, en ook zijn deelgenooten worden daardoor verbonden. En nu, zonder dat de schuldenaar daarvan onderrigt behoeft te worden, houdt met hun regt de bevoegdheid daartoe op van de deelgenooten, wien de schuld niet werd toegescheiden. Maar in hoevele andere gevallen in ons regt vindt hetzelfde plaats? Voorzien de deelgenooten in het beheer, verheffen zij de gemeenschap tot maatschap, de bepalingen, die de bevoegdheid gemeene regten en vorderingen uit te oefenen en daarover te beschikken, aan eenigen ontnemen, aan anderen voor 't geheel geven, schoon alleen de deelgenooten verbindende, werken terug ook tegenover vreemden, en dus ook tegenover schuldenaren. En niemand vorderde, zoover ik weet, kenbaar-making aan hen der opgerigte maatschap. Moet de handelsvennootschap worden openbaar gemaakt, bij verzuim ontzegt art. 29 W. K. haar niet de werking tegen derden, maar maakt integendeel haar werking onbeperkt en onbepaald. In deze gevallen, even als bij toescheiding der schuld aan een der deelgenooten alleen, zijn het slechts de voorschriften omtrent het verzekeren der dagteekening, die den schuldenaren misschien te stade kunnen komen. Opmerkelijk is het, dat het WB. Nap. voor Holland, dat in de leer der gemeenschap zoozeer romaniseerde, en bepaaldelijk art. 883 WB. Nap. niet overnam, in art. 1007 in dit opzigt de gevolgen erkent, die uit het Germaansche begrip van gemeene schuld voortvloeijen. «Wanneer eenige inschulden des boedels» zegt het «aan een der erfgenamen toebedeeld zijn, kan «die erfgenaam de betaling van den schuldenaar eischen, «zonder daartoe eenige verdere overdragt of cessie van «actie van zijne medeerfgenamen noodig te hebben.» Verg. art. 592 van hetzelfde Wetboek.

De bezondere aard der scheiding openbaart zich ook in de vormen, waaraan de voogd daarbij is verbonden.

Het zijn niet die der overdragt, want dat is de scheiding niet. Maar van den anderen kant is zij ook geen daad van eenvoudig beheer, maar een gewigtige verandering in het regt, een beschikking met blijvende gevolgen, en worden dus daarbij waarborgen voorgeschreven. Tot de scheiding is het verlot niet noodig der Regtbank, noch verhoor van verwanten. Goedkeuring van den Kantonregter, tegenwoordigheid van den toezienden voogd is voldoende, maar dan ook vereischt. En zonder magtiging van den Kantonregter mag de voogd geen regtsvordering tot scheiding en deeling instellen. Vroeger sprak ik over het vervallen of de vereenvoudiging der formaliteiten voor verkoop door voogden voorgeschreven, daar waar het gemeene goederen geldt, van den dwang ook tot den verkoop daarvan. Bij zoodanigen verkoop kan natuurlijk ook een der deelgenooten hoogste bieder, koper worden. En in dat geval zal dan de handeling in schijn en wat deze formaliteiten betreft koop, in wezen werking en gevolgen scheiding zijn.

Herinnering is hier voldoende aan de eigenaardige vormen voor de verdeeling tusschen afstammelingen, naar art. 1167 B. W. geldende, een verdeeling in aard en gevolgen overigens een wezenlijke scheiding.

XII.

Gevolgen der scheiding.

Aard en wezen der scheiding openbaren zich ook in haar gevolgen, d. i. in haar meer verwijderde werkingen: Als overeenkomst heeft zij die gevolgen in de eerste plaats tusschen de handelende partijen. Maar als verandering brengende in het zakelijk regt, in het regt op zaken en vorderingen, werkt zij ook tegen anderen, tegen vreemden zoowel als tegenover de andere deelge-

nooten, die bij die overeenkomst geen partij waren. En die werking tegenover anderen bepaalt zich niet alleen tot de verandering die zij brengt in het zakelijk regt, maar strekt zich ook soms uit tot de verbindtenis tusschen partijen, tot de persoonlijke regtsbetrekking tusschen hen. Want ook bij scheiding openbaart zich het innig verband naar ons regt, tusschen de verandering in het zakelijk regt en de persoonlijke verbindtenis, de persoonlijke regtsbetrekking, waarin zij haar grond en oorzaak heeft.

1. Vrijwaring.

Waar ik een aequivalent, een vergelding geef om iets te erlangen, dat later blijkt van minder waarde te zijn, dan daaraan werd toegeschreven, is hij die de vergelding genoot, tot teruggave, tot vergoeding verplicht. Want in zooverre dit blijkt, werd die vergelding zonder grond ontvangen, werd ten koste van een ander voordeel genoten. Of ik die vergelding gaf om een regt te erlangen, dat gij tot nog toe bezat, dat mij tot nog toe vreemd was, dan wel om uitsluitend eigenaar te worden van iets, dat ik tot nog toe met u bezat, waarvan gij medeeigenaar waart, of gij dus mij een regt overdroegt, dan wel bloot uw regt aan het mijne in inhoud en kracht, naar aard of tijd gelijk, vernietigdet, is geheel onverschillig. Even onverschillig is het, waarin die vergelding bestaat. Bij overdracht van regt kan zij bestaan in een geldsom bij koop, of in eenige andere zaak bij ruil. De vernietiging van uw regt op de zaak, waarvan ik uitsluitend eigenaar word, kan evenzeer tot aequivalent hebben een geldsom, soulte of koop prijs bij licitatie, als de delging mijner vorderingen tegen de gemeenschap, de deelgenooten.

In alle gevallen is de grondslag, waarop de verplichting tot vrijwaring, tot vergoeding rust, dezelfde. Er is alleen verschil in haar omvang. Bij scheiding was het regt,

dat ik later alleen bezit, vroeger dat van ons beiden, en gedroegen wij ons dus beide als regthebbenden, schreven wij ons beide evenzeer en gezamenlijk regten eigendom toe. Is dit onjuist, er is in den regel geen grond om dit meer aan u, dan aan mij te wijten. In alle geval genoten wij beide evenzeer het voordeel. Bij overdragt daarentegen was het regt vroeger alleen dat van u, gedroegt gij alleen u als regthebbende, schreeft gij u alleen het regt toe. Is dit onjuist, de nalatigheid, het verzuim, de schuld die daarin ligt, de kwade trouw, de arglist die daarin liggen kan, is die van u alleen, niet tevens van mij. En ook het voordeel was alleen voor u, niet tevens voor mij. En daarom is bij scheiding de inhoud der verpligting tot vrijwaring bloot teruggave, vergoeding van genoten voordeel, bij overdragt van regt daarentegen schadevergoeding, soms volkomene schadeloosstelling. Van den anderen kant wordt of liever werd overdragt van vorderingen, maar niet haar toewijzing aan een der deelgenooten, met een ongunstig oog beschouwd. Bij overdragt is daarom, anders dan bij scheiding, zonder uitdrukkelijk beding geen vrijwaring verschuldigd voor gegoedheid van den schuldenaar.

De vrijwaring is verschuldigd door hem die de vergelding genoot, aan hem die ze gaf. Daarom zoo de gemeenschap bleef bestaan en de vergelding ten haren bate kwam, zal ook de vrijwaring door haar verschuldigd zijn. Zij zal daarentegen de schuld zijn der enkele deelgenooten, zoo de gemeenschap is ontbonden. Verkoopt een deelgenoot zijn aandeel aan een der overigen, aan genen zal deze alleen de vrijwaring zijn verschuldigd. Maar naar welken maatstaf, naar dien bij overdragt of dien bij scheiding geldende? Sluit de handeling *en* scheiding *en* overdragt in zich, voor zooverre zij dit doet, zal verschillende maatstaf moeten worden gebezigd. Die van koop en verkoop, voor zoover het vorderingen

jegens de gemeenschap geldt die werden overgedragen, Die van scheiding, voor zooverre het regten betreft, die vernietigd werden. Verkocht ik mijn aandeel in de tusschen ons drieën gemeene erfenis aan u, dan zal, indien mijn aandeel geringer is dan ik opgaf, vrijwaring door mij als bij koop verschuldigd zijn. Wordt daarentegen het huis uitgewonnen, dat opgegeven werd tot de erfenis te behooren, dan zult gij mij tot vrijwaring kunnen verplichten, hetzij dadelijk, indien dat huis u toebedeeld onder u werd uitgewonnen, hetzij later zoo het huis aan den anderen deelgenoot toebedeeld, onder dezen werd uitgewonnen, en deze van u vergoeding eischt. Maar in alle geval, zal ik u moeten vrijwaren als bij scheiding. Want wij beiden beweerden evenzeer en gezamenlijk regten daarop te hebben, en de mijne werden bloot vernietigd.

Is de vergelding de grond der verplichting tot vrijwaring, waar de eerste niet bestaat vervalt ook de laatste. Bij overdragt is dus vrijwaring niet verschuldigd ingeval van legaat of schenking, art. 1711 B. W. Maar evenmin waar ik om niet mijn regten op de gemeenschap, ten einde u uitsluitend eigenaar te doen worden, vernietig, aan u afsta,

De vrijwaring kan ook worden uitgesloten. Bij overdragt is daartoe een eenvoudig beding niet voldoende. Dan nog blijft de verplichting bestaan tot vergoeding van genoten voordeel, tot teruggave van den koopprijs. Deze vervalt eerst wanneer op eigen bate en schade wordt gekocht, art. 1531 B. W. Daar bij scheiding de vrijwaring nimmer verderen inhoud heeft, vervalt zij hier reeds in haar geheel door een bijzonder en uitdrukkelijk beding, art. 1130 B. W. Is in weerwil van dergelijk beding de verkooper steeds tot vrijwaring wegens zijn eigen daden verplicht, bij scheiding kan de deelgenoot krachtens zijn eigen regt alle werkingen en gevolgen beletten, stuiten en verijdelen der handelingen van

den deelgenoot die zijn regten afstond, en kan er dus van geen verpligting tot vrijwaring sprake zijn. Alleen voor zooverre die handelingen, krachtens bijzondere verbindtenis, hetzij in een uitdrukkelijk beding vervat, hetzij uit den aard der overeenkomst voortvloeiende geëerbiedigd moeten worden, zal vrijwaring door den vroegeren deelgenoot ook voor eigen daden verschuldigd zijn, en niet uitgesloten worden, dan waar uitdrukkelijk op eigen bate en schade werd gehandeld, arg. art. 1164 B. W.

2. Voorregt.

Het aequivalent, de vergelding, waartegen de regten van mijn deelgenoot op de gemeene zaak vernietigd worden kan bestaan in zekere verbindtenissen, die ik op mij neem, de voldoening der soultte, de betaling van den prijs bij licitatie, art. 2109 C. N. Voor deze vorderingen, gelijk ook voor die tot vrijwaring wegens het hem toegewezene, heeft de vroegere deelgenoot een zeker voorregt boven andere schuldeischers en regtverkrijgenden. En zoo wordt als 't ware kunstmatig nog een wjl in stand gehouden, de verzekering tegen verkorting hunner regten en belangen, die de deelgenooten vroeger tegen een hunner vonden in aard en wezen zelve der gemeenschap.

Dat voorregt is uit ons regt bijna verdwenen. En voor zooverre het bleef bestaan, is bijna alle reden vervallen, om het te onderscheiden van dat, 't welk bij overdragt van regt geldt. In beide gevallen toch werkt het slechts als bedongen hypotheek, moet als zoodanig worden ingeschreven binnen acht vrije dagen na overschrijving der akte, waarbij het bedongen werd, en drukt slechts dan vroegere inschrijvingen, verg. boven p. 659 sq. In het eene geval echter moet de akte in haar geheel, in het andere slechts voor zooverre het beding van hypotheek betreft, worden overgeschreven. En hoe vele twistpun-

ten van het Fransche regt bij ons dan ook afgesneden werden, in zooverre, maar ook in zooverre alleen, bleef dan nog bij ons van eenig practisch gewigt, hoe gering dan ook, de vraag die in Frankrijk nog steeds wetenschap en regtspraak verdeeld houdt, of bij verkoop door den deelgenoot van zijn aandeel aan een der overigen, het voorregt voor den koopprijs behandeld moet worden, als dat bij scheiding dan wel als dat bij overdragt van regt, verg. PONT, vervolg op MARCADÉ, Paris 1856, op art. 2106, n°. 291. De moeilijkheid ligt hierin, dat de prijs gegeven wordt zoo wel voor vernietiging van regt als voor overdragt der vorderingen tegen de gemeenschap, tegen de deelgenooten, en dat beide elementen uit den aard der zaak in den koopprijs niet kunnen worden onderscheiden. Ik geloof dan ook, dat inderdaad uit den aard der zaak geen antwoord kan worden afgeleid op deze vraag. Maar mij dunkt, ook hier kan de beslissing worden gevolgd, die voor een ander verwant geval de wet gaf. Wordt voor de vernietiging wegens benadeeling de verkoop van een aandeel in de gemeenschap voor het geheel als scheiding behandeld, ook voor het voorregt behoort dit mijns inziens te worden gevolgd.

Ook bij verkoop van een aandeel aan een der deelgenooten, drukt het bevoorregt hypotheek op alle onroerende goederen die tot de gemeenschap behooren. Maar als alle beschikkingen van een der deelgenooten, zal ook deze handeling van hem, die dat aandeel kocht, de overige deelgenooten niet kunnen benadeelen, maar door hen in alle werkingen en gevolgen kunnen worden gestuit en verijdeld.

3. Ontbindende voorwaarde.

Zoo een der partijen zijn verplichtingen niet nakomt, wordt naar ons regt op verlangen der andere partij, iedere wederkeerige overeenkomst ontbonden en vervalt geheel. En zoo die wederkeerige verbindtenis bestemd

was verandering te brengen in het zakelijk regt, moet dit bij het verband dat tusschen die verandering en de persoonlijke verbindtenis wordt aangenomen, ook tegen derden, regtverkrijgenden en schuldeischers terugwerken. Wanneer ik mij verbind u een zekere geldsom te betalen, tegen vernietiging van uw regt op de gemeene zaak, dan is dit evenzeer een wederkeerige verbindtenis, als wanneer ik dit doe tegen de overdragt van uw regt. Beide verbindtenissen moeten wanneer ik niet betaal, op uw verlangen, evenzeer ontbonden worden en geheel vervallen. En in beide gevallen moet gij evenzeer uw regt tegen mijn schuldeischers en regtverkrijgenden kunnen doen gelden, als of er nooit eenige verbindtenis of overeenkomst bestond.

Ook bij scheiding geldt en werkt dus deze ontbindende voorwaarde. Meestal evenwel wordt dit ontkend. Ik weet echter niet wat men tegen de aangevoerde gronden zoude kunnen inbrengen. Wel bestaat er thans een sterke neiging om deze ontbindende voorwaarde in haar werking tegen derden te beperken. Zoo werd haar reeds bij de wijziging in 1841 in Frankrijk van den titel van den Cod. de Proc. over beslag op onroerend goed in art. 717, alle werking ontnomen tegen den kooper bij geregteijke toewijzing. Volgens de Belgische wet van 16 Dec. 1851, art. 28, en volgens de Fransche wet van 23 Maart 1855, art. 7, kan zij tegen regtverkrijgenden na verval van het 'privilegie niet meer worden vervolgd. En de schrijvers zijn om haar te veroordeelen, voor zooverre ik weet, alle eenparig. Vreemd zal het misschien schijnen in zulk een tijd haar in ruimeren kring verdedigd te zien, dan zij dit gewoonlijk gedaan wordt. En zeker ook ik zal haar niet prijzen. Maar nog eenmaal, ik weet geen enkelen grond om aan haar werking, die in 't algemeen wordt erkend, de scheiding te onttrekken.

Ook hier wederom blijkt het zoo, dat de zaak van de

zekerheid van den grondeigendom niet door enkele verbeteringen kan zegevieren, dat daartoe een diep ingrijpende hervorming noodig is. Ook hier wederom blijkt het, dat vooral het verband moet verbroken worden, tusschen veranderingen in het zakelijk regt en de persoonlijke regtsbetrekkingen, waarin zij haar grond hebben.

Werkt die ontbindende voorwaarde alleen tusschen partijen, doet zij alleen persoonlijke verbindtenissen vervallen, ontstaat door haar alleen een persoonlijke verplichting tot teruggave, niemand zal tegen haar bezwaar hebben. Als zoodanig behoort zij tot het wezen der wederkeerige verbindtenis niet naar Romeinsche, maar naar Germaansche beschouwing, DERNBURG, *die Compensation*, Heidelberg 1854, p. 66 sqq.; verg. echter ook KUNTZE, *der Wendepunkt der Rechtswissenschaft*, Leipzig 1856, p. 82 sqq. Wil KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Themis*, 1852, p. 24 noot, haar uit het Canonieke regt afleiden, ik geloof, dat hier als in zoovele andere gevallen, daarin slechts werd erkend en opgenomen, wat van echt Germaanschen wortel en oorsprong was. Reeds het oudste Germaansche bewijsregt leidt bijna onmisbaar tot de uitkomst, die wij door onze stilzwijgende ontbindende voorwaarde bereiken. Sporen daarvan vermeldt KOLDERUP, ROSENVINGE, *Dän. R. G.*, § 56, uit de wetten van het thans Zweedsche landschap Schonen, tusschen 1158 en 1240. Dieper onderzoek, verdere ontwikkeling zou hier te ver leiden. Maar zoo ik mij niet geheel bedrieg, ook hier zou daardoor blijken, dat de werking tegen derden een ontarding is van lateren tijd, toen in 't algemeen de grens tusschen zakelijk regt en persoonlijke verbindtenis, zooveel van haar scherpheden en bepaaldheid verloor. En een hervorming die hare deze niet hergeeft, tast, geloof ik, het kwaad niet in den wortel aan.

4. Vernietiging.

Scheiding is een overeenkomst. Art. 1356 sqq. B. W., zouden dus in het algemeen op haar toepasselijk zijn. De inwilliging is van onwaarde, zoo zij door dwaling gegeven, door geweld afgeperst of door bedrog werd verkregen. Hij die slechts zoo zijn toestemming gaf, kan de overeenkomst doen vernietigen. Bij scheiding echter levert reeds ieder benadeeling voor meer dan een vierde waardoor ook ontstaan, grond tot vernietiging. Blijven nevens haar als gronden van vernietiging dwang en bedrog bestaan, dwaling vervalt. Waar dwaling bestond kan dus slechts dan vernietiging der scheiding gevraagd worden, waar zij van dat aangebelang is, dat zij een vierde der waarde bedraagt van het aandeel van den deelgenoot. Van den anderen kant behoeft de dwaling waarvan wel in den regel de benadeeling een gevolg zal zijn, de zelfstandigheid der zaak niet te betreffen, gelijk art. 1358 B. W., dit in 't algemeen voorschrijft.

Op grond bloot van benadeeling kunnen naar ons regt andere handelingen niet vernietigd worden. Naar Fransch regt de verkoop slechts zoo de verkooper voor wien dan zeven twaalfden werd verkort. Ook verjaart bij ons de bevoegdheid om vernietiging te vorderen bij scheiding eerder dan bij andere handelingen, artt. 1162, 1490 B. W. Een verder verschil betreft de werking der vernietiging tegen derden. Wordt de handeling waarbij regten werden overgedragen, vernietigd, dit werkt terug tegen derden, regtverkrijgenden en schuldeischers, en tegen hen vervolgt hij die de overdracht deed vernietigen, zijn regt evenals of die overdracht nooit plaats had. Allen stemmen geloof ik dit toe, en bij vernietiging van den verkoop wegens benadeeling voor meer dan zeven twaalfden erkent art. 1681 C. N. uitdrukkelijk de werking tegen derden. Bij de scheiding daarentegen bepaalt ons art. 1165 B. W. uitdrukkelijk, dat de herscheiding

na de vernietiging geen nadeel kan toebrengen aan de regten bevorens wettiglijk door derden verkregen. Dergelijke bepaling kent de C. N. niet. Wel zegt art. 1451 in overeenstemming in zooverre met ons art. 252 B.W., dat herstelling der door scheiding van goederen ontbonden huwelijksgemeenschap, kracht en werking niet verkort van het tusschentijds verrigte. Maar daar is die herstelling der gemeenschap een vrijwillige daad van beide partijen. Hier daarentegen een noodzakelijk gevolg van de vernietiging der scheiding, die een der partijen regt heeft te vorderen. De bepaling, dat deze niet tegen derden werkt, komt het eerst voor in 't Wetb. van 1830, en ging ongewijzigd in ons B. W. over. Bij **Voorduin** vindt men over art. 1165 hoegenaamd niets opgeteekend. Wat is de grond van dit verschil van de werking der vernietiging bij overdragt van regt en bij scheiding? Het kan, dunkt mij, geen ander zijn dan deze, dat ook vóór de scheiding ieder deelgenoot tot het geheel geregtigd was der zaak, die hem bij die scheiding werd toegewezen, en zijn beschikkingen in beginsel geheel geldig en regtmatig waren. De vernietiging dier scheiding maakt dus beschikkingen van den deelgenoot over het hem toegescheidene niet tot beschikkingen over eens anders zaak, tast haar regtsgeldigheid en regtmatigheid in beginsel niet aan. Vervallen bij de scheiding de regten der andere deelgenooten, daardoor wordt slechts voor altijd opgeheven de bevoegdheid die zij zich steeds door bijzonder beding kunnen ontzeggen, om de beschikkingen van een hunner in haar werking en gevolgen te beletten, te stuiten of te verjuidelen. En afstand van die bevoegdheid, deze veroorloofde men derden steeds te zien, ook in de voor vernietiging vatbare scheiding.

Is zoo de vernietiging der scheiding in vele opzigten aan andere regelen onderworpen als de vernietiging eener

overdragt, scherp moeten dan ook hier scheiding en overdragt worden onderscheiden. Handelingen, waarbij alleen regten op de gemeenschap worden vernietigd, verdeling, overbedeeling tegen soultte, licitatie, loveren ook in dit opzigt geen bezwaar op. Maar dit bestaat, bij de handeling die *en* overdragt *en* vernietiging van regt in zich bevat, den verkoop van een aandeel aan andere deelgenooten. En dat bezwaar zou, daar juist in den prijs waarin de benadeeling zou gelegen zijn, beide elementen niet te onderscheiden zijn, onoplosbaar wezen. Maar hier sprak de wet, art. 888 C. N., art. 1163 B. W. In dit opzigt moet de handeling geheel als scheiding worden beschouwd, moet men niet hechten aan het element van overdragt dat zij tevens in zich bevat.

Kan benadeeling geen regt tot vernietiging geven, waar men uitdrukkelijk verklaart ten eigen bate en schade te handelen, ook voor den verkoop van een aandeel aan andere deelgenooten, wordt voor dit geval in art. 1164 B. W. het regt tot vernietiging der scheiding ontzegd.

5. Regten aan den lande verschuldigd.

Worden er van de ingezetenen belastingen geheven bij veranderingen in hun regtsbetrekkingen, vooral ten aanzien van onroerende goederen, het hangt van de daaromtrent geldende regelen, van den aangenomen grondslag en maatstaf af, *of* en in hoeverre die ook bij scheiding zullen verschuldigd zijn, *of* en in hoeverre zich daarbij haar aard en wezen kan uiten en openbaren.

Wil men iedere verandering in het zakelijk regt trefpen, ook de scheiding moet aan de belasting worden onderworpen, al is het wegens den besonderen aard der verandering die zij in het zakelijk regt brengt, tot een minder bedrag dan de overdragt van regt. Maar wordt zoo uitsluitend gelet op den aard der in de regten op zaken te brengen veranderingen, geen acht kan worden

geslagen op het equivalent, de vergelding. Geen onderscheid kan er dus worden gemaakt tusschen eigenlijke verdeeling, waar de vergelding bestaat in de delging der vordering van een evenredig deel van hetgeen tot de gemeenschap behoort, en andere wijzen van scheiding waarbij andere vorderingen worden gekweten, of de deelgenoot verbindtenissen op zich neemt, tot betaling b. v. der soule of van den prijs bij licitatie. Zoo stelde het tarief, behoorende bij de Fransche wet van 19 Dec. 1790, alle overeenkomsten gelijk: «qui contiendront entre «copropriétaires partage, licitation, cession et transport de «biens immeubles réels ou fictifs», en onderwierp ze alle aan een regt van 1 % der waarde, 1. IV. n^o. 3.

Wordt alleen overgang van regt getroffen, de scheiding wordt vrijgesteld, want overgang van regt houdt zij niet in. Maar in dien omvang vindt men der scheiding slechts zelden vrijstelling toegekend, omdat slechts zelden overgang uitsluitend en alleen den grondslag der te heffen belasting uitmaakt, daarvan zelden meer dan hoofdedachte is. Gelijk bij overdragt niet alleen onderscheiden wordt de aard der goederen, waarop de overdragen regten gevestigd zijn, maar ook de vergelding waartegen die overdragt plaats grijpt, zoo wordt ook bij de scheiding op de vergelding acht geslagen, vrijstelling alleen verzekerd aan eigenlijke verdeeling, en scheiding op andere wijze aan betaling van regten onderworpen, met onderscheiding van den aard der goederen die het bijzonder eigendom van een der deelgenooten worden. Zoo vroeger in Holland bij den 40sten penning, zoo ook in Saksen, en vroeger in Frankrijk bij den 100sten penning. Maar vooral thans, zoo naar de wet van 22 Frimaire an VII, art. 68 III, n^o. 2, art. 69 V, n^o. 5 en 6 en VII, n^o. 4 en 5, en de wet van 16 Junij 1832, art. 13, n^o. 3, 23. Scheiding als eigenlijke verdeeling is slechts aan een gering vast regt onderworpen, maar daarentegen voor

zooverre er soult gegeven wordt, en bij licitatie, wordt het regt geheven als bij overgang van roerend of onroerend goed.

Voor die vrijstelling wordt het dikwijls alleen als verdeeling beschouwd, indien gelijktijdig gelijke afstand aan alle deelgenooten geschiedt. Maar die gelijktijdigheid is, gelijk ik reeds vroeger opmerkte, geheel vreemd aan het regtskundig begrip van verdeeling. Telkens wanneer die afstand geschiedt ter delging eener vordering om een evenredig deel te ontvangen van hetgeen tot de gemeenschap behoort, stelt hij verdeeling daar en is als zoodanig vrij van regten.

Wat omtrent soult en licitatie wordt voorgeschreven, is slechts de toepassing in die gevallen van het beginsel, dat de vrijstelling alleen aan eigenlijke verdeeling verzekert. Waar de afstand geschiedt ter delging van vorderingen tegen de gemeenschap van bepaalde zaken, goederen of geldsommen, zijn evenzeer regten verschuldigd als wanneer de vergelding bestaat in verplichtingen die de deelgenoot, zooals hij soult en licitatie, op zich neemt.

Dit hangt ook nog zamen met andere beginselen van het fiscale regt. Het is bekend, dat naar de wet van Frimaire an VII voor de heffing der regten bij overgang de verkoopwaarde den maatstaf uitmaakt, en dat dus alle lasten die niet tot zakelijk regt werden, bij den werkelijk besteden koopprijs moeten worden gevoegd. Zoo zou men ook bij overgang van een regt aan deelgenooten, zoowel wanneer door een der deelgenooten de zaak in gemeenschap wordt gebragt, als wanneer het een vreemde is van wien zij verkregen werd, de regten steeds kunnen heffen over de verkoopwaarde van de zaak in haar geheel, en dit regt van ieder der deelgenooten hoofd voor hoofd kunnen vorderen. Ieder toch verwerft het zakelijk regt ten volle en voor het geheel. En wat

de waarde van zijn regt bepaalt, zijn slechts persoonlijk vorderingen en verpligtingen. Maar men zou dan vergeten, dat ook de andere deelgenooten gelijk zakelijk regt hebben, en dat het bestaan daarvan de waarde van mijn regt wel^e niet bepaalt, maar toch vermindert. Van den anderen kant is het ook waar, dat zonder nieuwe regtsovergang ieder deelgenoot uitsluitend eigenaar kan worden. In Engeland wordt daarom, waar bij copyholds regten op den overgang worden geheven, van meerdere jointtenants het regt slechts naar een steeds met de helft afdalende schaal gevorderd, zoodat wanneer van een jointtenant 100 geheven wordt, twee 150, drie 175, vier $187\frac{1}{2}$, vijf $193\frac{3}{4}$ te zamen betalen, STEPHEN II, p. 48. Werd in ons fiscaal regt de knoop niet zoo gewelddadig doorgehakt, men moest toch ook tot een anomalie komen, die echter, ik erken het gaarne, onder inwerking van den invloed van het Rom. R. door allen niet als zoodanig werd opgemerkt. Men deed hier de verkoopwaarde van het zakelijk regt, bepalen door persoonlijke vorderingen en verpligtingen. Vorderingen en verpligtingen die bepaalde zaken, goederen of geldsommen ten onderwerp hebben, bleef de schatkist, die ook in 't algemeen, verg. boven pag. 204 sqq. als derde het bestaan dezer eenheid van persoonlijk regt, van een geheel van baten en lasten niet erkent, afzonderlijk beschouwen, over elk daarvan bij ontstaan, overgang of kwijting regten heffen. Maar voor zooverre deze niet werken, zal steeds de waarde der zaak tusschen de enkele deelgenooten naar zekere evenredigheid moeten worden verdeeld. De persoonlijke vorderingen en verpligtingen die deze evenredigheid bepalen, worden niet als lasten bij den koopprijs gevoegd en zoo de verkoopwaarde van de zaak in haar geheel ten maatstaf genomen, maar integendeel de verkoopwaarde van het regt, dat de deelgenoot verkrijgt als door haar bepaald

beschouwd. Wordt verder iedere zaak, ieder voorwerp behandeld als op zich zelve te staan, als alleen en uitsluitend het onderwerp der gemeenschap uit te maken, aan die vorderingen en verplichtingen te zijn onderworpen, deze worden in 't oog der schatkist als het ware tot zakelijk regt. Zoo wordt niet alleen de mogelijkheid om zonder nieuwen overgang uitsluitend eigenaar der zaak te worden, buiten aanmerking gelaten, maar ook waar dit bij eigenlijke verdeeling geschiedt, de werkelijkheid niet getroffen. Maar dan mag ook waar die werkelijkheid op andere wijze tot stand komt, in de heffing van regten geen onbillijkheid worden gevonden.

Bij wijziging in de evenredigheid, die de onderlinge vorderingen en verplichtingen der deelgenooten voor de verdeeling tusschen hen van hetgeen tot de gemeenschap, behoort bepalen worden dan ook steeds regten geheven als bij overgang van zakelijk regt. En wordt een der deelgenooten anders dan door eigenlijke verdeeling uitsluitend eigenaar van de gemeene zaak, de regten worden als bij overgang van zakelijk regt geheven, over dat gedeelte der waarde van de zaak, dat hij tegenover zijn deelgenooten krachtens zijn evenredig regt geen bevoegdheid had te vorderen, en waarvoor hij aan den lande nog geen regten betaalde. Met andere, eigenlijk onjuiste, woorden, zijn eigen aandeel wordt van de verkoopwaarde der zaak afgetrokken. Bestaat de vergelding in een aan andere deelgenooten te betalen geldsom zoo als de soultte, dan is de waarde van het aandeel van den deelgenoot in de overbedeeling, in hetgeen hij tegen de soultte verkrijgt, reeds van de som afgetrokken, en worden dus over die som de regten geheven. Moet daarentegen de vergelding in de gemeenschap worden gebracht, en wordt dus de schuldenaar voor zijn aandeel tevens schuld-eischer, zooals bij licitatie, dan moet om de verkoopwaarde te vinden van hetgeen boven des koopers aandeel

wordt verkregen, diens aandeel van de aan de gemeenschap te betalen som worden afgetrokken, art. 13, n°. 3, der wet van 16 Junij 1832. Hetzelfde moet gelden waar aan een der deelgenooten, ter delging zijner vorderingen tegen de gemeenschap van bepaalde zaken, goederen of geldsommen, enkele voorwerpen dier gemeenschap worden afgestaan. Voor het aandeel voor 't welk dezelfde persoon schuldenaar en schuldeischer zou zijn, is dus tegen over de schatkist als derde de schuld door vermenging vervallen. Tegen haar als derde geldt en werkt niet de bestemming om aan of uit de gemeenschap te worden betaald. Zij erkent geen schulden tusschen een der deelgenooten en de gemeenschap, dat is alle deelgenooten, slechts schulden tusschen een der deelgenooten en de overigen.

Evenzeer erkent zij slechts gemeene zaken en voorwerpen, geen gemeenschap, geen geheel dat zij vormt. Het is alleen bij eigenlijke verdeeling, dat hierop een uitzondering geldt, dat ook zij het geheel, dat de gemeenschap daargestelt moet eerbiedigen. Maar die uitzondering moet dan ook binnen haar enge grenzen beperkt blijven. Bij iedere andere wijze van scheiding, moet ook steeds ieder voorwerp op zich zelf beschouwd worden, behandeld als of het alleen gemeen ware. Zoo moet bij licitatie het aandeel slechts worden afgetrokken, dat de koper in ieder perceel op zich zelve en alleen beschouwd, zou bezitten. Dit bepaalt bij ons art. 13, n°. 3, der wet van 16 Junij 1832. In Frankrijk werd het als uitlegging der wet van Frimaire an VII, bij beslissing van 'den Minister van 23 Mei 1835 voorgescreven, en later steeds door het Hof van cassatie gebillijkt. Krachtig, soms heftig werd het bestreden door CHAMPIONNIÈRE, in een opstel in de *Revue de droit français et étranger* VII, p. 18 sqq. Acht ik die bestrijding onjuist, meen ik dat naar de beginselen van

ons fiscaal regt, geen andere stelling mogelijk is, ontegenzeggelijk schijnt het mij, dat die uitkomst in zooverre onbillijk zal zijn, dat het soms van een toevallige omstandigheid, van de bloote inrigting der akte, zal afhangen of groote geldsommen aan den lande al dan niet verschuldigd zullen zijn. Want indien bij de voorwaarden der licitatie bepaald wordt, dat de deelgenoot die hoogste bieder mogt worden, geen koper zal zijn en als zoodanig geen regten zal verkrijgen, maar bloot verplicht is zich de zaak bij geheele ontbinding der gemeenschap tot den geboden prijs te laten toebedeelen, zal dezelfde uitkomst bereikt kunnen worden. En toch zal dan de schatkist de eigenlijke verdeeling die later volgt, in al haar werkingen verplicht zijn te eerbiedigen, en zich, zoo er alles wat tot de gemeenschap behoort te zamen gerekend, geen soulte wordt gegeven, met het vast regt moeten vergevoegen. Ik weet, anders is gevonnisd geworden. Maar de in het arrest aangevoerde gronden hebben mij van de onjuistheid mijner meening niet kunnen overtuigen.

Uit het verschil der Fransche wetten van 19 December 1790 en van 22 Frimaire an VII, blijkt hoe ten aanzien eener aan den lande op te brengen belasting de scheiding op verschillende wijze kan worden behandeld. Maar hoeveel grooter moet het verschil zijn ten aanzien der uitkeeringen, die ten gevolge verandering in het zakelijk regt aan bijzondere personen verschuldigd worden. De omstandigheden waaronder, de toestanden waarin die soms eeuwen oude uitkeeringen ontstonden, loopen zooveel en zoo zeer uiteen, dat de grondslagen, de gebeurtenissen en omstandigheden waar door zij verschuldigd worden, oneindig meer nog dan bij belastingen kunnen verschillen. Wel zijn die uitkeeringen meestal slechts verschuldigd als aanhangsel en gevolg van zekere handelingen, in het beklemregt van de inboeking, in het leenregt van de hulde en manschap. Maar de vraag

of die handelingen moeten plaats vinden, ontleent wel meestal haar gewigt juist aan die aanhangselen, en werd daarmede dikwijls verward en vermengd. Maar ook het bedrag der aan die handelingen verknochte uitkeeringen kan verschillen, naarmate van de aanleiding die die handelingen noodzakelijk maakte. Moet bij beklemming zoo de gezamenlijke kinderen of kleinkinderen, als zoodanig gezamenlijk ingeboekt, scheiden en daardoor het land alleen en uitsluitend aan een hunner komt, een nieuwe inboeking plaats grijpen, ook daarbij is aan den eigenaar een geschenk verschuldigd, maar slechts het enkele geschenk, niet als bij overdragt het dubbele. Ook in Holland en Brabant moest bij opheffing der beleving gemeenerhand, hoe ook en dus ook ten gevolge scheiding, een nieuwe leenseed worden afgelegd, en daarbij de gewone uitkeeringen aan den heer worden betaald, *Costumen van Mechelen* 10. 7, VOËT, Digr. de feud. 101 en 107; Notabele punten van leen, bij BORT, n°. 2 en 14. Werd in Frankrijk daarentegen zelfs bij de geheele opheffing der gemeene hand ook ten gevolge scheiding, geen nieuwe leenseed gevorderd, de vordering door den heer van eenige regten mist alle oorzaak en grond. Maar hierdoor moest het Fransche leenrecht tot een gevolgtrekking komen, die toen de regten aan den heer te betalen meer als regten op den overgang werden beschouwd, zonderling en onbillijk moest schijnen. Werden toch in Frankrijk bij den leenseed van iederen leenman regten geheven, naar evenredigheid der waarde van zijn belang in het leen, verg. boven, p. 200, hij die slechts voor een deel der waarde van het leen die regten voldeed, kon, zonder dat de verplichting tot betaling van meerdere regten ontstond, uitsluitend eigenaar worden. Geen wonder, dat het geen zoo onbillijk moest schijnen, dat daarenboven den weg opende tot ontduiking, ook waar die regten werkelijk verschuldigd

waren door de Heeren wier belangen daardoor gekrenkt, door de Juristen wier Romeische begrippen daardoor aangerand werden, in zijn toepassing hevig werd bestreden. In weerwil van iederen aanval, in weerwil van de ongerijmdheid soms der verdediging, bleef de vrijstelling der eigenlijke verdeeling steeds en overal gelden. Maar bij scheiding op andere wijze, tegen soulté, b. v., of bij licitatie werd in sommige oorden van Frankrijk, een nieuwe leenseed, en met dezen, betaling van regten aan den heer tot verpligting gemaakt van den leenman. In enkele dier oorden kon deze verpligting zich slechts gedurende een kort tijdsverloop handhaven, en werd spoedig weder opgeheven. Ten slotte werd dan ook vrijstelling der scheiding, op welke wijze ook tot stand gekomen, van leenseed en betaling van regten, in Frankrijk tot gemeen regt.

Dat die regten aan den heer te betalen een aanhangsel zijn van den leenseed, en dus nimmer daar kunnen gevorderd worden, waar geen leenseed wordt afgelegd, al is niet iedere leenseed, niet die b. v. bij verandering van heer, niet die bij vererving in de regte lijn, daaraan onderworpen, dit blijkt uit veel, dat nog bij zijn jongste ontwikkeling in het leenregt gold. De man moet den leenseed doen vóór het eigen goed van de vrouw, de baillistre voor het goed van den pupil, en beiden moeten regten betalen. Van den anderen kant is de onderlinge ruiling van twee erven van hetzelfde leenhof afhankelijk, van de verpligting tot beide vrij. LOISEL IV, 3, 31. POTHIER, p. mihi 8 sqq., 228 sqq. Is in het laatste geval de man die den heer dienen zal, reeds in den leenseed, in de beide eerste is hij het nog niet. Daarentegen heeft er overgang van regt plaats in het laatste, niet in de beide eerste gevallen. Nimmer is dan ook de heer verplicht hulde en manschap aan te nemen, zonder betaling van de verschuldigde regten. En zoo is het eigenaardig

middel om tot voldoening dier regten te dwingen, geen ander dan het beslag bij gebreke van hulde en manschap. Daarbij wordt de man in zijn regt geschorst, en stelt de heer zich zelf in 't bezit van het zoo vrijgevallen leen.

En hoeveel de geleerde Juristen ook romaniseerden, het ontbreekt niet aan mannen ook van naam, die deze reden, dat het leen door scheiding niet kan komen aan iemand die den leenseed nog niet deed, daar immers alle deelgenooten hem aflegden, alle reeds in den leenseed staan, als den grond uitspraken der vrijstelling aan de scheiding, ook van de betaling van regten toegekend. «Joint qu'en tel cas il y a pas mutation d'homme», zeide COQUILLE sur Nivernois titre des fiefs, art. 24. Ook JULIUS CLARUS, § emphyteusis quaest. 14, had om scheiding of verkoop tusschen medeerfpachters aan de toestemming van den eigenaar en bijgevolg aan betaling van regten te onttrekken gezegd: «cum enim dominus directi illos omnes «habeat pro emphyteutis, respectu ipsius non dicitur «alienatio, ex qua non transfertur in personam, in qua «opus sit nova recognitione». In de additiones wordt hetzelfde, met een beroep op een reeks van lang vergeten schrijvers, op het leen toegepast.

In lijnregten strijd met mijn geheele voorstelling, bepaaldelijk van dit laatste punt, staat de leer van CHAMPIONNIÈRE, ontwikkeld in het *Traité des droits d'enregistrement*, en in het opstel in de *Revue de droit français et étranger*, VII. p. 18 sqq., maar vooral in zijn *Études historiques sur l'art. 883 du C. C.* in de *Revue de législation* VII, p. 405 sqq., en VIII, p. 161 sqq., overgenomen in de *Revue des Revues de Droit* XI, p. 51 sqq. en XII, p. 362 sqq. CHAMPIONNIÈRE's gezag, zijn groote schat van geleerdheid deed zijn leer door de meeste latere Fransche schrijvers, niet volgen, maar «met wortel en tak» overnemen.

Gelijk de meeste begrippen en instellingen van ons tegenwoordig burgerlijk R., zoo beweert hij, door het leenregt ontstonden en gevormd werden, en later door den invloed van het Rom. R., werden gewijzigd, zoo ook onze beschouwing van aard en wezen der scheiding. Die beschouwing ontstond in het leenregt uit de verklaring, die men gaf aan de vrijstelling der scheiding van de regten, die bij overgang van het leen geheven werden. Na hevigen strijd, een strijd meer met het zwaard dan met mond of pen gevoerd, verkregen de erfgenamen van den leenman het regt het leen onder elkander zonder toestemming van den leenheer te verdeelen, een toestemming vereischt bij iedere vervreemding. Toen in vervolg van tijd die toestemming tot vervreemding tegen geld gevorderd kon worden, werd bij scheiding dat geld niet betaald, omdat de toestemming niet noodig was. Met voorbijzien van dezen eenvoudigen historischen oorsprong leidde de practijk, naar een oorzaak van dit verschijnsel zoekende, hieruit de gevolgtrekking af: scheiding is geen vervreemding. Die stelling moest Romanserende Juristen ketterij schijnen. Zij maakten daarom een onderscheiding tusschen vrijwillige en noodwendige vervreemding, een onderscheiding die met eenigen goeden wil in het Rom. R. te hervinden is. En als noodwendige vervreemding zou scheiding van de toestemming van den heer en bijgevolg van de betaling van regten vrij zijn. Niet iedere scheiding evenwel is noodwendig, niet iedere noodwendige vervreemding is vrij van regten. Die onderscheiding bereikt dus eenerzijds haar doel niet, streeft het anderzijds voorbij. Desniettemin vond zij ingang: En op haar gezag werd de vrijstelling van regten, voor de verdeling tusschen erfgenamen aangenomen, tot die van ieder gemeenschap en tot alle handelingen waardoor de onverdeeldheid ophoudt, uitgestrekt. Want naar Rom. R., bestaat regt en dwang tot scheiding, even-

zoer bij alle soorten van gemeenschap, is b. v. de licitatie evenzeer als de verdeeling een vervreemding, die strekt om de gemeenschap te doen eindigen. Werd zoo door invloed der Romanisten de vrijstelling van de regten uitgebreid, de praktijk hield als grond van die vrijstelling, ook in haar meer uitgebreiden omvang, haar «scheiding is geen vervreemding» vast. Zij begon dit ook op punten van burgerlijk regt toe te passen. De Juristen, de president FABRE, vooral DUMOULIN en zoo vele anderen, stonden heftig en krachtig de Romeische begrippen voor. Te vergeefs. Het in de praktijk aangenomen beginsel zegevierde, en werd door allen erkend, op het gebied zoowel van het burgerlijk als van het leenregt, gemeen regt van geheel Frankrijk, werd later in den Code gehuldigd, en onder eenige beperking, in de wet van 22 Frimaire an VII opgenomen.

Zoo CHAMPIONNIÈRE. Zeker onze registratieregten zijn uit het leenregt ontstaan. De schatkist heft thans wat vroeger door de heeren werd geheven, al werd bij vele wijzigingen ook in de bijzonderheden, het geheel op een anderen grondslag overgebracht. Teregt stelde CHAMPIONNIÈRE dezen historischen zamenhang op den voorgrond, en vestigde daardoor de aandacht wederom op een destijds als het ware vergeten schat, van de fijnste en diepste nasporingen en opmerkingen omtrent ons regtsleven, in de werken der feudisten vervat. Maar daartoe gaf het leenregt in die te heffen regten aanleiding, onderwerp en inhoud was landregt. Oud als het Germaansche volk, eeuwen vóór het leenregt bestaande, kleepte het landregt zich toen en waar iedere andere kracht ter zijner handhaving ontbrak, in den vorm van het leenregt, om dien vorm ter zijde te schuiven naarmate de behoefte er aan verviel, en in onze dagen geheel af te leggen. De beschouwing, dat ons tegenwoordig burgerlijk regt uit het leenregt ontstond, moet een onverklaarbare

klove aannemen tusschen den tijd van het leenregt en vroegeren toestand, moet het antwoord schuldig blijven op de vraag van waar dan het leenregt, moet de overeenstemming ontkennen van het burgerlijk regt dat zij uit het leenregt wil doen ontstaan, met dat 't welk bij die volken van Germaanschen stam geldt, die nimmer of slechts in zeer beperkten omvang leenregt kenden. Maar vooral moet die beschouwing leenregt zien, waar geen of slechts zeer verwijderde en toevallige betrekking tot het leen bestaat.

Wat nu bepaaldelijk den aard der scheiding betreft, CHAMPIONNIÈRE is, meen ik, het bewijs schuldig gebleven, juist van de stelling, die het hier eigenlijk geldt, dat de leer dat scheiding geen vervreemding is, in het leenregt zou zijn ontstaan en ontwikkeld, en eerst later op punten van burgerlijk regt overgebracht. Al kon dit bewijs niet regtstreeks worden geleverd, de aantooning had men zeker mogen verwachten, dat vroeger althans op eenige punten van burgerlijk regt, een andere beschouwing in de praktijk gold en heerschte. Maar in stede daarvan worden slechts plaatsen aangehaald van door het Rom. R. gevormde juristen, die de praktijk, of liever het vaderlandsch regt bestreden, of op ongerijmde wijze met wat hun alleen regt en waar dacht, met het Rom. R., in verband trachtten te brengen. En kon een man met de geleerdheid van CHAMPIONNIÈRE de sporen van een inderdaad in het werkelijk leven gegolden hebbende, andere beschouwing niet aanwijzen, het besluit schijnt niet roekeloos dat zij niet bestaan.

Zeker, ook voor mijn beschouwing, de afleiding van het wezen der scheiding uit het Germaansche begrip van gemeenschap, kan ik geen positief bewijs leveren. Haar innerlijke waarde beslisse. Aard en wezen der gemeenschap, gelijk zij zich reeds in den Saksenspiegel vertoont, de strekking die zich daarin uit, de onder-

geschiktheid van het regt van den enkelen deelgenoot aan dat der anderen, aan dat van het geheel waartoe hij behoort, vorderen een opvatting van het wezen der scheiding, zoo als die in ons regt bestaat, gelijk op haar beurt die opvatting der scheiding met een ander begrip der gemeenschap onvereenigbaar is. De beschouwingen en overtuigingen die zich hierin uiten, kunnen lang hun die ze volgden, onbewust zijn geweest, kunnen lang meer duister gevoeld dan duidelijk erkend en bepaaldelijk uitgesproken zijn geworden. Dan mogen zij ten grondslag van het geheele leerstuk worden gelegd, dan mag er op worden voortgebouwd, wanneer alle verschijnselen in ons vroeger en later regtsleven daaruit kunnen worden verklaard, daarmede in verband gebracht, daaruit als eenvoudige gevolgtrekking afgeleid. Maar wat, dunkt mij, niet mag worden aangenomen, is, dat de ontwikkeling van het regt door misverstand op misverstand, door ongerijmdheid op ongerijmdheid zou worden bepaald. Slechts beschouwingen en overtuigingen des volks, zijn toestanden en behoeften hebben, meen ik, deze kracht. Maar wanneer CHAMPIONNIÈRE in ernst de erkenning van het regt van plaatsvervulling aan den uitslag toeschrijft van den kampstrijd bij Steil onder OTTO I, dan kunnen ook misverstand en ongerijmdheid dezelfde kracht bezitten.

Wilde ik overigens omtrent CHAMPIONNIÈRE's voorstelling van de ontwikkeling van het leenregt, van de vrijstelling vooral der scheiding, in bijzonderheden treden, hem punt voor punt weêrleggen, ik zou slechts kunnen herhalen wat ik zoo eyen zeide of reeds vroeger gezegd heb.

KOOPHANDELS-REGT. — *Iets over compensatie van schulden bij faillissement*, door Mr. H. G. LAGEMANS, advocaat te 's Gravenhage.

Het geval, dat aanleiding gegeven heeft tot het neder-schrijven dezer opmerkingen, was het volgende. A koopman en winkelier is aan B schuldig *f*1000, doch met de bepaling, dat B geene betaling zal kunnen vorderen vóór vier jaren later; B is aan A insgelijks *f*1000 schuldig, doch daarentegen zonder tijdsbepaling. Voordat de gemelde 4 jaren verstreken zijn, wordt A failliet verklaard. De curator in zijn faillissement vordert van B betaling der aan den boedel verschuldigde duizend gulden. B spreekt die vordering tegen, bewerende dat de vordering, welke hij ten laste van A had, door diens faillissement opeischbaar is geworden, en dat alzoo deze schulden over en weder door compensatie zijn te niet gegaan.

In dergelijke gevallen plegen de curators meestal deze compensatie stilzwijgend toe te laten, en het te beschouwen, als of de zaken tusschen de beide betrokkene personen door de opening van het faillissement zijn afgedaan. Wij meenen het echter te mogen betwijfelen of niet zoo doende de belangen der overige crediteuren van de massa in strijd met de wet worden verkort.

Wanneer men, de wet voor een oogenblik latende rusten, het gestelde geval aan de billijkheid toetst, dan ontwaart men terstond, dat de bewuste schuldvergelijking ten opzichte van de schuldeischers der massa eene groote onregtvaardigheid is. Welke toch zijn de gevolgen? Niets meer of minder dan dat B, zonder privilegie, zonder pand, zonder hypotheek te hebben, 100 pct. van zijne vordering ontvangt, terwijl de overige concurrente crediteuren naar golang van de baten en schaden

des boedels welligt met 5 pct. of nog minder afgescheept worden.

Nemen wij maar eens aan dat de boedel 5 pct. oplevert, dan geniet B een voordeel boven de overige schuldeischers van 95 pct. Compensatie is, immers ten minste in de gevolgen, eene soort van betaling (1). Hoe gaat het in het dagelijksch leven? Gij zijt mij eene zekere som gelds schuldig, maar gij kunt mij niet betalen: welnu, dan neem ik voor dezelfde waarde aan goederen van u over, en dan houden wij onze rekening voor afgedaan. Zoo doende heb ik mijne vordering betaald gekregen, met het geringe onderscheid, dat ik er geen spetie voor ontvangen heb, maar goederen. In de taal van het gewone leven noemt men het eene *betaling* met gesloten beurzen; strikt regtskundig gesproken is het eene vergelijking van schulden. Ik heb nevens mijn creditum een debitum doen ontstaan door goederen van u te nemen en niet te betalen; *crediti ac debiti inter se contributio, est compensatio* (2).

Indien B zijne verschuldigde duizend gulden aan den boedel betaalt, en vervolgens voor zijne pretensie op den boedel als schuldeischer concurreert, dan zal zijne vordering van *f*1000 eerst door afrekening van het disconto gebragt worden op hare wezenlijke waarde, want *f*1000 over 4 jaren zijn op dit oogenblik veel minder waard; en dan zal hij van dat alzoo gereduceerde bedrag 5 pct. ontvangen, derhalve nog niet *f*50: B wint dus door de compensatie meer dan *f*950, want voor zijne

(1) DURANTON, *Cours de Droit Français* (éd. Brux. 1833) t. VII, p. 183. La compensation n'est point un échange; elle est au contraire l'image d'un payement. — Verg. art. 446 der Wet van 1838 sur les faillites et banqueroutes.

DELVINCOURT, *Cours du Code Civil* (éd. Brux. 1827) t. V. p. 396. La compensation est un payement réciproque et fictif.

(2) l. 1 D. de compens. (16. 2).

vordering van f 1000 is hij nu ten volle schadeloos gesteld in de goederen, die hij van A ontvangen heeft, en waarvoor hij niets betaald heeft.

De billijkheid tegenover de overige schuldeischers gebiedt dus zeer stellig, dat B zijne f 1000 betale en zich voor zijne vordering vergenoege met de percenten, die de boedel oplevert. Is nu de Nederlandsche wet zoo onbillijk om aan B, zonder dat zijne vordering behoort tot de door wettelijk voorschrift bevoorregte, noch tot de door pand of hypotheek verzekerde schulden, het zoo even aangetoonde exorbitante voordeel boven zijne mede-schuldeischers toe te kennen. Ik zeg hier met voordacht de Nederlandsche wet, want reeds onder den Code de Comm. was in Frankrijk door de iurisprudentie in dergelijke gevallen de compensatie verboden, en in de nieuwe wet van 1838 sur les faillites et banqueroutes (1) wordt ten dezen opzichte een uitdrukkelijk voorschrift gevonden. Doch daarover later; bepalen wij ons thans tot onze wetgeving.

In den handel speelt het crediet, en als een gevolg daarvan de verbindtenis met tijdsbepaling een grooten rol. Zelden of nooit wordt er door den koopman contant betaald, maar zijn schuldeischer geeft hem, in het vertrouwen op zijne solvabiliteit, gaarne eenen bekwamen termijn om aan zijne verplichtingen te voldoen. Die tijdsbepaling, — de wet zegt het (art. 1306), maar het ligt ook in den aard der zaak, — wordt verondersteld te zijn een voorregt aan den schuldenaar toegestaan in het vertrouwen op

(1) Art. 446. Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque, tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit; — tous payements, soit en espèce, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues, etc.

den goeden staat zijner zaken; houden nu echter die zaken op in goeden staat te zijn, doet het faillissement van den schuldenaar de zekerheid ontstaan van zijne insolventie, dan is het ook niet meer dan billijk, dat hij verstoken worde van een voorregt, hetwelk hem alleen uit aanmerking van zijne solvabiliteit gegeven was. Daarom bepaalt ook art. 1307 B. W., dat de schuldenaar, wanneer hij in staat van faillissement verklaard is, het voorregt van eene bijgevoegde tijdsbepaling niet meer kan inroepen, en evenzoo art. 778 W. K. « Door het faillissement worden de nog niet vervallen schulden ten laste van den schuldenaar loopende, opeischbaar voor zoo veel hem betreft. »

Welke gevolgen moet nu die bepaling voor den schuld-eischer hebben? Dat wettelijk voorschrift, dat de nog niet vervallen schulden opeischbaar worden, kan en mag nooit uitwerken dat zijne vordering noodwendig voldaan moet worden tot haar volle bedrag. De wetgever heeft die vorderingen met tijdsbepaling niet willen bevoorregten boven anderen. Hij heeft alleen gewild, dat de schuldeischer niet het offer zou worden van zijn goed vertrouwen; het voorregt aan den debiteur verleend houdt op door zijn faillissement, opdat niet de crediteur, indien hij ook nu het verlopen van den termijn moest afwachten, welligt niets meer voor zijn aandeel in den boedel overig zou vinden. Daarom wordt de nog niet vervallen schuld door eene regtsfictie gelijk gesteld met de werkelijk vervallen schulden, en aan den crediteur het regt gegeven om gelijk met de overigen te concurreren (1).

De oorsprong van het voorschrift vervat in art. 1307 B. W. en art. 778 W. v. K. is zeer merkwaardig, om-

(1) J. A. ROGRON, Code de Commerce expliqué, comm. op art. 448. In gelijken zin Mr. A. DE PINTO, *Handl. tot het Wetboek v. K.*, uitg. 1841, 2de ged., bl. 434.

dat ook daaruit blijkt, dat de zoo even gegeven verklaring van dezen regel de eenige ware is.

In onze wet is die bepaling natuurlijk overgenomen uit den Code Civil Art. 1188, in de beide Fransche handelswetgevingen bijna eveneens uitgedrukt. Reden voor haar bestaan, en verslag van hare afkomst geeft Mr. HOLTRUS (1) ons aldus: «obligatio is een regt; de dies behoort tot den inhoud derzelve, welke beloofd of verschuldigd is, alzoo mede tot het regt: daarom wordt, naar de Romeinsche leer, wie voor den tijd vordert, geacht zijn regt te bederven, verg. § 33 I. de act. Gai. IV. 53 en CICERO de Orat. I. 37. Nu zoude men denken, «het factum, dat de schuldenaar onvermogen is, of «zijne betalingen staakt, kan op het regt van geen invloed wezen, de obligatio blijft zooals zij is, niettegenstaande het faillissement, zij blijft in diem obligatio, of «om de taal der wet te spreken, «opeischbaar» wordt «zij niet. Vrage, hoe komt men dan aan zulk een zeggen? «of liever: hoe is men daar in Frankrijk aan gekomen? «De waarheid is, dat eene decisie van de rota van «Genua, n^o. 107, zoo gesproken heeft: «secuta ruptura «seu decoctione (zoo luidt de rubriek), *creditores «possunt pro creditis agere ante diem.*» Voor reden «wordt gegeven de bepaling van het statuut, dat het «vermogen van den failliet op zijne schuldeischers overgaat, de creditores in diem behooren daar natuurlijk «ook toe, zij krijgen in de plaats van hunne obligatio «een aandeel aan den boedel, waardoor dan de dies als «eene hoedanigheid derzelve mede wegvallt.» Blijkbaar is dus de beteekenis van de uitdrukking «de schulden wordeft opeischbaar» geen andere dan de meest eenvoudige: de crediteuren kunnen ageren vóór den vervaldag. Maar daar nu in cas van faillissement voor het invorderen eener pretensie eene bijzondere wijze van procederen,

(1) *Faillitenregt*, bl. 170.

het verificatie-proces, is voorgeschreven, spreekt het ook wel van zelf dat de creditores in diem ook daaraan gehouden zijn.

Keeren wij nu, na dit alles op den voorgrond gezet te hebben, tot ons voorbeeld terug, en vragen wij dan of die schuldvordering van B, na aldus door het faillissement van A in eene opeischbare te zijn gemetamorphoseerd (sit venia verbo), daardoor alleen voldoet aan de vereischten der wet om met de vordering van A te worden gecompenseerd.

De voorwaarden, door de wet op de compensatie van schulden gesteld, kunnen gebragt worden tot de volgende vijf punten :

a. Dat beide schulden tot onderwerp hebben eene geldsom of eene zekere hoeveelheid van zaken, die door het gebruik te niet gaan en van dezelfde soort (art. 1463 B. W.).

b. Dat beide terstond opeischbaar zijn (ibid).

c. Dat beide liquide, voor dadelijke vereffening vatbaar zijn (ibid).

d. Dat de eene schuld toekomt aan hem die de compensatie inroept, en de andere aan hem wien zij wordt tegengeworpen (art. 1461 B. W.).

e. Dat niet een der beide schulden, of beide, behooren tot de door de wet uitgezonderde (art. 1465 B. W.).

Het staat vast, dat in het gestelde geval beide vorderingen eene som van *f* 1000 betreffen. De vordering van den failliet is van den beginne af aan opeischbaar geweest, en die van B is het, zooals straks onderzocht is, door het faillissement van A geworden. Evenmin vallen de bewuste schulden in de termen van art. 1464 B. W. De onder *a*, *b* en *c* opgegeven vereischten behoeven alzoo niet nader geanalyseerd te worden, want zonder eenigen twijfel zijn zij aanwezig.

Wij hebben dus alleen stil te staan bij de derde en vierde conditie.

Vooreerst de liquiditeit der schuldvordering van B.

Wat is eene liquide schuldvordering? Even als met zoo veel dingen het geval is, bewaart de wet ook hier weder een zeer godsdienstig stilzwijgen; zij wil aan auteurs en advokaten de gelegenheid niet benemen om hunne geleerdheid uit te kramen over hetgeen liquide of niet liquide is. Zij vordert liquiditeit, vatbaarheid voor dadelijke vereffening, in die schulden, waarvan vernietiging door compensatie wordt beweerd; maar zij zegt niet, wat daartoe behoort.

Een eerste vereischte tot liquiditeit eener schuldvordering is zonder twijfel dat zij *zeker* zij, dat is te zeggen, dat zij niet op wettige wijze kunne betwist worden (1). Nu moge deze bepaling van ROGER ten opzichte harer volledigheid al eenigen twijfel toelaten (2); zooveel is zeker dat het voornaamste vereischte tot *zekerheid* hier opgenoemd is, en tevens een vereischte, dat in de schuldvordering van B te vergeefs gezocht wordt.

De vordering van B is eene vordering van eenen crediteur van eene failliete massa, en in een faillissement is elke vordering vatbaar om op wettige wijze betwist te worden, zoolang de crediteur zijne vordering niet heeft laten verifiëren, zoolang zijn naam niet is gebragt op de lijst der *erkende* schuldeischers. Nu heeft zulks wel het bij den eersten oogopslag vreemde gevolg, dat die schuldvordering van B door het faillissement van A eene hocdanigheid verliest (3), welke zij te voren bezat, maar

(1) ROGER, *Traité de la saisie-arrêt*, Paris, 1838, p. 32. « Une dette est certaine lorsqu'elle ne peut être légitimement contestée. »

(2) Zie hierover Mr. A. F. VOS DE WAEL, over conservatoir arrest onder derden, Leyden 1856, bl. 83.

(3) Zoo icts is aan meer regtsinstellingen eigen. De gansche leer der

men bedenke, dat het gansche faillissement is een kunstmatige regtstoestand, waar veel, in het belang van crediteuren zoowel als van failliet, afhankelijk is gemaakt van wettelijke ficties; men lette b. v. op artt. 773 en 775 W. v. K., waar, tegen den regel in, niet goede, maar kwade trouw verondersteld wordt, ja zelfs het bewijs van het tegendeel disertis verbis wordt uitgesloten. Zoo maakt de toestand van den koopman, die natuurlijk in den regel niet plotseling ophoudt te betalen, maar hoe langzamerhand in berooiden staat geraakt, en daardoor steeds minder acht geeft op zijne zaken, het onvermijdelijk om elke schuldvordering, hoewel vóór het faillissement niemand aan haar wettig bestaan twijfelde, nog eens aan een nader onderzoek, aan eene verificatie te onderwerpen. De schuldvordering van B is niet geverifieerd, ergo moet zij geacht worden niet wettig te bestaan.

Maar al ware zij zeker, wat haar bestaan betreft, daarom is zij nog niet *vereffend*. «Une dette est liquide,» zegt POTHIER (1), «lorsqu'il est constant qu'il est dû, et combien il est dû; cum certum est an et quantum debeatur.

«Quand même il serait constant qu'il est dû tant qu'il n'est pas constant combien il est dû, et que la liquidation dépend d'un compte pour lequel il faille une longue discussion, la dette n'est pas liquide.»

Hoe groot is nu de vordering van B? duizend guldens, maar duizend guldens over vier jaren, dus op dit oogenblik veel minder. Er moet disconto afgetrokken worden, hoeveel echter, kan al weder niet blijken dan door de verificatie.

Maar bovendien, er consteert nog in geenen deele, hoeveel procenten de boedel zal opbrengen; ook dat verjaring bijv. heeft geen ander effect, dan aan eene pretensie hare invorderbaarheid, en dus eene te voren daaraan verbonden hoedanigheid te ontnemen.

(1) *Traité des obligations*, T. II, n°. 592 (éd. Paris 1768).

hangt af van de verificatie. Eerst moet men weten hoeveel de boedel voor de gezamenlijke crediteuren afgeeft, voordat men ieders dividend kan berekenen.

Misschien zou B hier nog het volgende bezwaar kunnen opperen: dat de crediteuren namelijk, al moeten zij zich voor het oogenblik met percenten vergenoegen; toch hunne vorderingen voor het restant behouden. Eene oplossing daarvan is echter niet moeilijk. Zoo algemeen uitgedrukt is die redenering onjuist. Zij is waar bij insolventverklaring, onwaar bij accoord en homologatie. En daarom kan dit argument B niet baten, want het is onmogelijk vooraf te bepalen, of het een, dan wel het ander zal plaats hebben, of hij eene vordering zal behouden of niet; de zoo zeer gewenschte zekerheid kan hij niet geven, noch iemand anders.

POTHIER (1) zegt: «si la liquidation dépend d'un compte, «la dette n'est pas liquide.» Die rekening is in casu het verificatie-proces. Daardoor eerst zal uitgemaakt worden of de schuldvordering van B wettig bestaat, hoeveel zij op dit oogenblik waard is, hoeveel percenten de boedel afwerpt, en of er eenige kans bestaat voor een accoord, dan wel niet. Even zoovele punten die nu nog onzeker zijn, en daardoor ook hinderpalen zijn voor de liquiditeit van B's vordering.

Een ander vereischte tot de compensatie is, zooals wij gezien hebben, dat de eene schuldvordering toekomt aan hem, die de compensatie inroept, de andere aan hem, wien zij tegengeworpen wordt: m. a. w. dat beide personen over en weder elkanders schuldenaren zijn. Deze voorwaarde, meenen wij, kan geene zwaarigheid maken. Zij is aanwezig. Het is wel waar, dat door het faillissement van A, de vordering op B heeft opgehouden te zijn eene vordering van den faillietverklaarden individu, maar geworden is eene vordering van de massa, van al

(1) Verg. DURANTON t. a. p., bl. 138. — TOULLIER, IV, n^o. 396.

de crediteuren gezamenlijk, waarbij ieder, naar evenredigheid zijner vordering, een gelijk belang heeft. Doch even waar is het tevens, dat op hetzelfde oogenblik de vordering van B is geworden eene vordering op de massa, tegen de crediteuren. Door die gelijktijdige stilzwijgende in-de-plaats-stelling is deze voorwaarde tot compensatie aanwezig gebleven. Het gemis aan liquiditeit is de grootste, maar dan ook onoverkomelijke hinderpaal.

Er zijn echter buitendien nog meerdere gronden, waarom compensatie van schuld in casu proposito onaannemelijk schijnt. Wanneer B zich eens had laten betalen binnen de 40 dagen vòòr den dag der opening van het faillissement, dan zou hij volgens den ondubbeltzinnigen last van art. 773 W. v. K. de ontvangen gelden in den boedel moeten terug brengen, en zich na verificatie zijner vordering met percenten te vreden stellen. Gaat nu echter zijne redenering op, dan gaan de schulden van A en B bij de opening van het faillissement door compensatie te niet, en krijgt B betaling (want compensatie is betaling (1)) tot het volle bedrag zijner pretensie. Het is ongerijmd, zulk eene belooning toe te kennen aan B, omdat hij geduldig het faillissement heeft afgewacht; en nog ongerijmd, dat eene betaling gedaan 39 dagen vòòr het faillissement nietig is, terwijl eene betaling tot hetzelfde bedrag en voor dezelfde schuld gedaan op den dag van het faillissement van waarde zoude wezen.

Ook de aard van het regtsmiddel van compensatie verbiedt in casu zijne toepassing. Het heeft zijnen grond in het door de wet veronderstelde wederzijdsch belang der partijen. Blijkbaar moet zij beiden even voordeelig zijn. «*Compensatio ideo necessaria est, quia nostra interest potius non solvere quam solutum repetere,*» zegt

(1) Zie de bovenaangehaalde plaatsen van DURANTON en DELVINCOURT.

l. 3. D. de Compens. Voor beide partijen stelt zij een gemak, een voordeel, daar; maar dat moet zij ook blijven voor beiden, zij moet niet ontaarden in een voorregt voor de eene partij, en dat zou zij ipso facto doen, zoodra zij ophoudt voor de andere partij een voordeel te zijn. In het door ons aan het hoofd dezer bladzijden gestelde geval, zou in gevalle van compensatie, B ten minste *f* 950 winnen; dat is evenveel gezegd als, de overige crediteuren zouden *f* 950 verliezen; en «*nemo cum alterius detrimento locupletior potest fieri.*»

Eindelijk ten slotte een woord over auteurs en iurisprudentie. Hier te lande is de quaestie alleen door Mr. DREPHUIS (1) aangeroerd; die haar beslist ten voordeele van B, echter zonder eenige adstructie. De schrijver schijnt zijn gevoelen uitsluitend te gronden op den regel van art. 1307 B. W.; aan de mogelijkheid, dat de liquiditeit der vordering betwist kon worden, schijnt hij zich niet gestoord te hebben. Jurisprudentie bestaat er op dit punt bij ons volstrekt niet.

Onder de Fransche auteurs wordt de compensatie uitgesloten door DURANTON (2), DELVINCOURT (3), ROGRON (4) en MARGADÉ (5). Van schrijvers, die een ander gevoelen zijn toegedaan, is mij zelfs niets gebleken. De laatste, MARGADÉ, schreef echter onder vigueur der nieuwe wetgeving van 23 Mei 1838, die, zooals wij boven reeds gezien hebben, door een uitdrukkelijk voorschrift in ons geval heeft voorzien. De Code de Comm. was daarentegen op dit punt bijna gelijkloidend met ons Handels-Wetboek, en de regelen des Burgerlijken Wetboeks om-

(1) Het Ned. Burg. Regt., VI, n^o. 966.

(2) t. a. p., bl. 191.

(3) t. a. p., bl. 154.

(4) t. a. p., ad art. 446 C. d. C.

(5) T. IV, n^o. 327.

trent compensatie zijn in substantie overgenomen uit den Code Civil. De gevoelens der drie eerstgenoemde schrijvers en de regtspraak van het Hof van Cassatie zijn hier dus van veel gewigt. De ratio decidendi is door hen voornamelijk gezocht in art. 446 Co. (ons art. 773 W. v. K.), «le failli,» zegt DURANTON, «n'eût pu «valablement, dans les dix jours, qui précèdent l'ouverture de sa faillite, payer sa dette commerciale (1) non «échue; le payement qu'il en eût fait eût été sujet «à rapport, d'après l'art. 446 du Code de Comm.; «dès lors on ne peut supposer que la loi elle-même «l'ait fait par voie de compensation au moment de la «faillite.»

De arresten van het Hof van Cassatie, allen insgelijks op dezen grond berustend, zijn van 12 Februarij 1811 (2), 18 Februarij 1823 (3) en 10 Julij 1832 (4).

Al deze redenen hebben mijne overtuiging gevestigd, dat er in dergelijke gevallen geene compensatie mag toegelaten worden. Mogt ik hebben gedwaald, dan zal ik zeer gaarne te regt gewezen worden. Der overweging is de vraag zeer stellig waardig.

(1) Het Fransche wetsartikel sprak van dettes «commerciales» — Ons wetboek spreekt in het algemeen van nog niet vervallen schulden. Dit kan dus geene moeilijkheid geven.

(2) *Journal de Jurispr. du C. C.*, T. XVI, p. 265.

(3) *Bulletin* n°. 10.

(4) bij ROGRON, t. a. p.

STRAFREGT EN STRAFVORDERING. — Over de vraag of een heklaagde in correctionele zaken, waarin gevangenisstraf bedreigd is, bij verstek kan veroordeeld worden, indien hij zelf niet kunnende verschijnen, door zijnen verdediger billijke redenen van verschooning doet aanvoeren? door Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING, Advocaat te Rotterdam.

Neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur.

MARCIANUS in l. 1 pr. de req. vel. abs. damn.

In het oude Romeinsche regt gold de regel, dat niemand afwezend kon veroordeeld worden (1). Later werd voor kleinere misdrijven ook eene veroordeeling van den afwezenden toegelaten (2). In dat geval werden echter vele voorzorgen genomen, werd hij meermalen opgeroepen, en in de gelegenheid gesteld om zich te verdedigen (3). Eerst nadat dit alles beproefd was, behandelde men hem als *contumax*.

Voor kleinere vergrijpen had later eene bijzondere regtspleging *extra ordinem* plaats (4). In navolging van

(1) PAUL. *Sent.* V. 5. 9. In causa capitali absens nemo damnatur, neque absens per alium accusare aut accusari potest. Vergelijk l. 15 Cod. ad l. Juliam de adult. (9. 9). Eene uitzondering werd later gemaakt voor zaken van injurie, l. 11, Cod. de Inj. (9. 35) daarbij werd echter opgenomen, dat «in caeteris mos judiciorum, qui haectenus obtinuit, in posterum aervetur intactus.» Zie ook l. 1 ff. de req. vel. abs. dam. (48. 17).

(2) l. 5 pr. de Poenis (48. 19). . . Melius statuatur in absentes pecuniarias quidem poenas vel eas, quae existimationem contingunt, si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse, et usque ad relegationem procedi verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metallo, vel capitis poenam absentibus non esse irrogandam.

(3) Zie den titel ff. de Req. vel abs. damn.

(4) l. 6 ff. de Acc. et Inscr. Levia crimina audire et discutere de plano

het burgerlijk proces werd hier waarschijnlijk ook verstek toegepast. De zorg die wij in het geheele Romeinsche regt terug vinden, dat niemand onverdedigd zou veroordeeld worden, zal hier ook wel hebben gewaakt, dat zulk een verstek nimmer werd uitgesproken, tenzij men de billijke veronderstelling mogt hebben, dat de beschuldigde door zijne niet-verschijning in verzuim, in gebreke was. Hij moest zelf komen, geene vertegenwoordiging was toegelaten, dan alleen bij vervolging van misdrijven, waarop alleen geldboete bedreigd was, in welke gevallen een procurator voor de partij kon optreden (1). In hoofdtrekken zijn deze Romeinsche beginselen in het hedendaagsche regt overgenomen. Van misdaad beschuldigden worden, zoo zij afwezend blijven

Proconsulem oportet; et vel liberare eos, quibus objiciuntur vel fustibus castigare vel flagellis servos verberare.

(1) l. 1 ff. An per alium causae appellationes reddi possunt, quae res in rebus pecuniariis et in criminibus agitari consuevit. Et in rebus pecuniariis sunt rescripta posse agi, verba rescripti ita sese habent: Divi fratres Longino, *si tibi qui appellavit, mandavit, ut eum de appellatione, quam Pollia ad eum fecit, defenderes, et res pecuniaria est: nihil prohibet nomine ejus te respondere: sin autem non sit pecuniaria causa sed capitalis: per procuracionem agi non licet. Sed et si ea causa sit, ex qua sequi solet poena usque ad relegationem, non oportet per alium causas agi, sed ipsum adesse auditorio debere sciendum est.* Plane si pecuniaria causa est, ex qua ignominia sequitur, potest et per procuracionem hoc agi.

De algemeene regel is uitgesproken bij PAULUS, *Sent. V. 16. 11.* Neque accusator per alium accusare, neque reus per alium defendi potest, nisi ingratum libertum patronus accuset, aut rei absentia defendatur.

Het is niet te ontkennen dat de wetten l. 6 ff. *de App. et Rel.* (49. 1) l. 33 § 2 ff. *de Proc.* (3. 3) en l. 3 Cod. *de Acc.* (9. 2) eenige moeilijkheid geven. De zaak is te wijldoepig om haar hier te behandelen, wie er meer van wil weten, leze CUIACIUS, *Obs. XX. 20*, en vooral HERALDUS, in *Thes. Ottonis*, p. 1132 seq., waar echter ook onnaauwkeurigheden zijn ingeslopen. VAN DER LINDEN, in zijn derde deel op VOËT, de Proc. no. 14, heeft eene nieuwe verklaring, die mij weinig houdbaar toeschijnt.

na herhaalde oproeping, weerspanning aan de wet verklaard. In politie en correctionele zaken wordt verstek tegen de niet verschijnende beklaagden verleend.

Omtrent de toelaatbaarheid van vertegenwoordiging is dezelfde regel als in het Romeinsche regt behouden. Met regt zal men dus dit laatste als grondslag van ons tegenwoordig regt op dit punt beschouwen, en de verklaring onzer beginselen aan die bron zoeken.

Dat ook bij ons in den regel de niet-verschijning als een verzuim beschouwd wordt, blijkt uit art. 272 Sv. Voor het verzet wordt daar als regel gesteld, dat de beklagde de kosten door het verstek veroorzaakt zal dragen, kennelijk als straf voor zijne eigene nalatigheid. Alleen bij uitzondering worden deze kosten, voor het geval dat de beklagde later bewijst geen verzuim te hebben begaan, waar de dagvaarding nietig was of hij in de onmogelijkheid was te verschijnen, tot het eindvonnis gereserveerd. Door deze laatste uitzondering is de beklagde gevrijwaard voor schade, die hij zeer onbillijk anders beloopt zou, zoo hij van de dagvaarding ten zijnen huize gedaan, door toevallige omstandigheden geene kennis kon dragen, zoo hij dus onkundig was van te moeten verschijnen, of zoo hij door overmagt verhinderd werd op den bepaalden dag op te komen. Op eene nietige dagvaarding is men niet verplicht te verschijnen, derhalve dan bestaat er ook geene nalatigheid. In het laatste geval behoort de regter dan ook geene veroordeeling uit te spreken, zoo althans de nietigheid aanstonds blijkt. In de twee eerste gevallen wordt de nalatigheid der beklagde partij ondersteld, de bijzondere redenen, die den beklagde verhinderen, in persoon op te komen, zijn hem uit den aard der zaak onbekend, en daar dergelijke ongevallen tot de uitzonderingen behooren, is deze veronderstelling niet onjuist. Gevaar heeft zij niet, daar het bij verstek gewezen

vonnis, door verzet steeds wordt opgeheven. Doch het kan ook zijn, dat de beklaagde door ziekte verhinderd is: zoo hij hiervan niet behoorlijk kennis geeft, is hij werkelijk in verzuim, en teregt wordt er verstek tegen hem uitgesproken. Maar zoo hij op behoorlijke wijze kennis laat geven, dat hij in de onmogelijkheid is, om te compareren, zoo hij derhalve doet, al wat in zijn vermogen is, dan is hij niet in gebreke, dan begaat hij geen verzuim. Doch hoe zal hij zijne ontschuldiging ter kennis van den regter brengen? Hier schuilt eenige moeilijkheid; namelijk voor die gevallen, waarin hij de wet de persoonlijke verschijning van den beklaagde vereischt wordt, waarin hij zich niet kan laten vertegenwoordigen. Het komt mij ontwijfelbaar voor, dat de beklaagde door zijnen verdediger (1), op den dienenden dag zijne reden van versooning kan doen voordragen, zooveel noodig door bewijzen te staven. Eene zwarigheid daartegen bestaat hierin dat de verdediger, naar men meent, het woord niet zal kunnen erlangen, althans geene middelen van verdediging hoegenaamd mag voordragen. Men stelt zich voor dat dit door de bepaling van art. 226 uitgesloten is, terwijl art. 270 voor het geval dat de beklaagde niet verschijnt, gebiedend de verleening van verstek voorschrijft.

Raadpleegt men enkel de woorden der wet, ziet men het verband waarin deze artikelen in ons geheele strafproces voorkomen, voorbij, dan heeft deze redenering

(1) In de Fransche praktijk is het gebruikelijk, dat de advokaat eene geschrevene volmagt overlegt. Teregt wordt er door A. DE PINTO Sv. § 155 op gewezen, dat volgens algemeene beginselen van burgerlijk recht geene schriftelijke volmagt vereischt wordt. Het komt mij voor, dat de vordering van bewijs van de volmagt alleen te pas komt, zoo de advokaat, die als gemagtigde optreedt, bij den regter niet bekend is. Echter ook dan nog is niet uitsluitend schrift tot bewijs noodig, het in zijn bezit hebben van bewijsstukken, om de praedjudiciële verdediging te staven, is op zich zelf voldoende om allen twijfel, of hij werkelijk speciaal gemagtigd is, weg te nemen.

veel aannemelijks. Raadpleegt men echter de historie der betrokkene regtsbepalingen, let men op den Zusammenhang en tracht men naar het oude voorschrift, *interpretando restituere mentem legis*, dan komen wij tot een ander resultaat. De regtsvraag is waarlijk voor eene opzettelijke behandeling gewigtig genoeg, want neemt men aan dat de regter in het besprokene geval verstek moet verleenen, dan kan in enkele gevallen eene eindbeslissing volgen, zonder dat de beklagde in de gelegenheid geweest is, om zich te verantwoorden en te verdedigen. Ik wil daarom trachten om eenig licht over deze zaak te verspreiden.

De bepaling, dat in alle vervolgingen, waar gevangenisstraf bedreigd is, de beklagde zelf moet verschijnen, is gemaakt, omdat bij die misdrijven, waar wegens de zwaarheid der straf een zeer naauwgezet onderzoek vereischt wordt, de ondervraging van den beklagde tot het ontdekken der waarheid leiden kan. Tevens ligt in die bepaling eene bijzondere zorg van den wetgever voor den beklagde, dien zij wil nopen om bij de behandeling, die hem zijne vrijheid benemen kan, zelf steeds tegenwoordig te zijn. Hij moet het geheele strafproces zelf bijwonen, om te kunnen toezien, dat zijne regten niet verkort worden, om zoo noodig, wat ten zijnen gunste strekken kan, aan het licht te brengen en om des gevraagd aan den regter omtrent duistere punten opheldering te geven. Dit alles heeft uitsluitend betrekking op de behandeling der eigenlijke strafzaak. Van daar maken dan ook de Fransche schrijvers onderscheid tusschen de behandeling *au fond* en de *question préjudicielle*. Voor het eerste oordeelen zij de tegenwoordigheid van den beklagde onvermijdelijk. In het tweede geval meenen zij, dat buiten zijne tegenwoordigheid een verdediger voor hem kan optreden. CAR-

NOT (1) oordeelt daarom, dat de beklaagde door zijnen verdediger de onbevoegdheid van den regter kan opwerpen. Hij meent, dat de regter hem zal moeten toelaten, om dit middel voor te dragen, daar het met de zaak *au fond* niets gemeen heeft, en deze eerst een aanvang kan nemen, nadat over de vraag van onbevoegdheid beslist is. Hij haalt tot ondersteuning van zijn gevoelen een arrest van het Hof van Cassatie aan, tijdens dat de Code de Brumaire an IV gold, gewezen, waarbij een arrest van de Cour de Justice criminelle de Paris gecasseerd werd, op grond dat art. 184, dat even als de tegenwoordige Code, de tegenwoordigheid van den beklaagde voorschreef, was geschonden, daar het Hof een vonnis de Police correctionnelle vernietigd had, waarbij op eene declinatoire exceptie regt was gedaan, zonder dat de beklaagde tegenwoordig was. In de overweging van de Cour de Cass. was opgenomen, «dat bij het «vonnis uitspraak gedaan was over eene praecjudiële

(1) *Instr. Crim.* op art. 136. II. Si le prévenu d'un délit emportant la peine de l'emprisonnement, faisait comparaître un fondé de pouvoir spécial pour soutenir l'incompétence du tribunal, la parole pourrait-elle être refusée à ce procureur fondé?

Ce ne serait pas notre avis; car l'affaire ne peut s'engager au fond, qu'après qu'il a été statué sur la compétence, et ce n'est que pour parvenir au jugement sur le fond, que la comparution en personne est exigée du prévenu.

L'article 184 du Code de Brumaire an IV exigeait, comme le fait l'article 190 du Code d'Instruction Criminelle, que le prévenu fût interrogé et conséquemment sa comparution en personne; cependant le 7 Messidor an VIII, par l'arrêt que nous avons indiqué sur l'article 185, la cour de cassation annulla un arrêt, rendu par la cour de justice criminelle de Paris, attendu qu'il avait prononcé l'annulation d'un jugement de police correctionnelle, pour avoir statué sur un déclinatoire sans avoir préalablement interrogé le prévenu.

Les considerans de l'arrêt de cassation furent, «que le jugement ne portait que sur une question préjudicielle, et non sur le fond de l'affaire, et «que, d'ailleurs, la comparution du prévenu en matière correctionnelle n'est ordonnée qu'en sa faveur.»

«kwestie en niet over het fond van de zaak. En dat «daarenboven het hooren van den beklaagde in correctionele zaken was voorgeschreven ten zijnen gunste.»

LE GRAVEREND maakt dezelfde onderscheiding ten opzichte van crimineel-beschuldigten (1). Volgens zijn oordeel is ook alleen de *défense au fond*, waar de beschuldigde afwezig blijft, uitgesloten. Praejudiciële middelen van verdediging kunnen dus buiten de tegenwoordigheid van den gedaagde worden aangevoerd. Tot staving dezer stelling voert hij aan, dat deze verdedigingsmiddelen meestal in het belang van publieke orde zijn voorgeschreven, en voorwaar amnestie, praescriptie en incompetentie zijn evenzeer zaken van publieke orde als het verleenen van uitstel, wegens onmogelijkheid van de zijde van den beklaagde om te verschijnen, bepaaldelijk waar de wet gebiedend de tegenwoordigheid van den beschuldigde voor de behandeling der zaak eischt. Deze leer der Fransche schrijvers is geheel dezelfde als in, zij is overgenomen uit, het Romeinsche regt. Wij hebben er reeds op gewezen, dat daar in den regel geene veroordeeling mogelijk was buiten tegenwoordigheid van den beklaagde. Deze moest zelf komen om zich te verantwoorden of hij werd contumax verklaard.

Redenen van versooning zijner afwezigheid konden

(1) *Traité de la Législation Criminelle*. II C. 9. s. 1 pag. 566, éd. Paris, 1823. C'est la *défense au fond* que la loi interdit; mais les moyens qui appartiennent en quelque sorte à l'ordre public, peuvent sans doute être allégués dans l'intérêt des contumax comme dans celui des accusés présents.

CARNOT oordeelt, dat deze regel bij criminele zaken niet kan worden toegepast, op grond van art. 468 Instr. Crim., dat aan de nabestaanden en vrienden van den beklaagde het regt geeft, om, bij afwezigheid buiten het Rijk of volstrekte onmogelijkheid van verschijnen van den beklaagde, zijne reden van versooning voor te dragen. Dit gevoelen, in strijd met de oude Fransche praktijk, ook door BOURGIGNON niet gedeeld, heeft bij ons allen grond verloren, daar art 468 niet werd overgenomen. Zie SERPILLON, *Cod. Crim.*, II. bl. 321 en III. bl. 1009 en BOURGIGNON, *Traité*, IV. 5. bl. 144, aangehaald bij DE BOSCH KEMPER, III. bl. 154,

echter namens hem door een procurator worden voorgedragen, en zoo de reden billijk was, werd de zaak uitgesteld (1). Deze praejudiciële verdediging, *absentiae excusatio*, kon in elken stand van het geding worden voorgedragen (2). Waar men derhalve mogt meenen, dat de Fransche Juristen eene onderscheiding buiten de wet hadden gemaakt, kan men met grond tegenvoeren, dat zij hune uitlegging ontleenden aan de bron, waaruit de Fransche regtsbepalingen ontsproten waren. De leer der Juristen werd dan ook in de jurisprudentie opgenomen. Het Hof van Cassatie vernietigde den 12 Junij 1829 (3) een arrest, daar art. 185 Cod. d'Instr. Crim. verkeerdelijk was uitgelegd, door te bevelen, dat de beschuldigde, die door zijnen advocaat praejudiciële exceptiën had voorgedragen, zelf moest verschijnen. Het Hof overwoog, dat de bepaling van art. 185, dat

(1) l. 13, § 1 ff. *de Pub. Jud.* Ad crimen Jucicii Publici persequendum frustra procurator intervenit: multoque magis ad defendendum. Sed excusationes absentium ex S. C. judicibus allegantur: et si justam rationem habeant, sententia differtur. Zie ook PAUL. Sent. V. 16. 11 bovanaangehaald.

(2) Ook na de litiscontestatie l. 10. eod. Inter accusatorem et reum, cognitioe suscepta, excusatio pro absente justis rationibus admittitur.

(3) Aangehaald bij ROGNON, *Instr. Crim.* op dit artikel. Question: Le prévenu d'un délit emportant la peine d'emprisonnement peut-il, sans comparaitre en personne, faire présenter par son avocat des exceptions préjudicielles ?

La Cour de cassation a établi l'affirmative: Vu les articles 185 et 186 du Code d'Instruction criminelle, attendu que les dispositions de ces articles sur le cas où le prévenu est obligé de se présenter en personne, ne se réfèrent qu'au jugement de la prévention ou des exceptions qui s'y rattachent, mais quelles ne se réfèrent pas au jugement des exceptions qui en sont indépendantes; que dès lors en ordonnant que le demandeur, prévenu d'un délit emportant la peine d'emprisonnement, comparaitrait en personne, lorsqu'il avait conclu, par le ministère de son avocat, à ce qu'il lui fût permis de faire présenter en son absence, par son avocat, des exceptions préjudicielles, l'arrêt attaqué a faussement interprété, et, par suite violé l'art. 185 du Code d'Instruction Criminelle précité; casse, etc.» (Arrêt du 12 Juin 1829).

de beklagde zelf moet komen, alleen ziet op de zaak waarvan hij is aangeklaagd of op de exceptiën, die daarmede in verband staan, niet op de exceptiën, die van de hoofd-kwestie geheel onafhankelijk zijn. Op gelijken grond berust de beslissing van de Belgische Cour de Cassation, waarbij is uitgemaakt, dat een vonnis, waarin over eene zaak, waarin een beklagde alleen is opgekomen, om eene praepjudiciële kwestie op te werpen, maar bij de behandeling au fond is weggebleven, niet contradictoir, maar bij verstek gewezen is. Eene zelfde beslissing gaf de Cour de Cassation de Paris den 17 Maart 1824 (1). Het onderzoek tusschen de *défense au fond*, en de *défense préjudicielle* is dus in Frankrijk stellig aangenomen. In ons wetboek ligt hetzelfde beginsel als in het Fransche. De artikelen op deze kwestie betrekking hebbende werden daaruit letterlijk vertaald, in de artikelen 226 en 270. Het zal wel niemand bevreunden, zoo hij ons de uitlegger daarin dus ook niet geheel vreemde, nieuwe en ongehoorde beginselen vond, maar zich aansloot aan de eenstemmige verklaring der Fransche wetenschap en rechtspraak. Onze kundige DE BOSCH KEMPER nam geheel de leer der Fransche juristen over. Wij lezen in zijn Wetboek van Strafvordering, III. blz. 28: «Belangrijk is de vraag: of de beklagde door eenen gevolmagtigde declinatoire exceptiën kan doen voordragen in gevallen, waarin tegen het feit gevangenisstraf is bedreigd. Naar ons oordeel behoort ook die vraag bevestigend beantwoord te worden. In het algemeen toch is ieder bevoegd, zich door eenen gevolmagtigde te laten verdedigen; in strafzaken waarin gevangenis bedreigd is, houdt die verplichting (bevoegdheid?) op; doch de strafzaak bestaat eerst dan, wanneer de regter de declinatoire exceptie heeft verworpen. Daarenboven is de tegenwoordigheid van den

(1) DALLOZ, Rép. in voce *Jugement par défaut*, n°. 433.

«beklaagde bij de behandeling der zaak eerst dan noodig,
«wanneer zijne schuld onderzocht wordt.»

En ook dit gevoelen was reeds in onze jurisprudentie aangenomen. Het Hof te Utrecht oordeelde den 23 Mei 1839 (1), de tegenwoorheid des beklaagden eerst noodig bij de behandeling der eigenlijke strafzaak.

Zoo zien wij dan de door ons voorgestane meening, dat de gedaagde niet mag veroordeeld worden, zoo hij door zijnen advokaat billijke redenen tot versooning laat aanvoeren, algemeen, zoowel binnen als buiten 's lands, gehuldigd. Neemt men het niet aan, dan vervalt men tot de uiterste hardheid, en men dringt eene miskenning van regt aan onzen wetgever op, waarvan men hem, naar wij vermeenen, geheel ten onregte beschuldigt. Men zegge toch niet, dat de beklagde niet benadeeld wordt, zoo bij afwezigheid wegens ziekte, de Regtbank tegen hem, niettegenstaande de door zijnen advokaat ingebragte verontschuldiging zijner afwezenheid, verstek verleent, daar hij tegen dat bij verstek gewezen vonnis in verzet kan komen, en zelfs de kosten van dat verstek niet ten zijnen laste blijven, daar hij in de onmogelijkheid geweest is om te verschijnen, zie art. 272. Dit laatste zou reeds onjuist blijken te zijn, zoo men er op let, dat de wet alleen bij vrijspraak in het laatste geval, den beklagde van de kosten van het verstek ontheft. Waar hij werkelijk schuldig is, en alzoo veroordeeld moet worden, zou het echter eene ergerlijke hardheid zijn, zoo hij kosten moest dragen geheel buiten zijn toedoen veroorzaakt, waar hij niet het minste in verzuim was, maar alle mogelijke voorzorgen nam. Maar neemt men aan dat de beklagde, die door ziekte verhinderd is, om zelf ter teregtzitting te komen, niettegenstaande zijne daaromtrent ingebragte praejudiciële verdediging,

(1) *Utrechtsche Themis*, bl. 56, aangehaald bij DE BOSCH KEMPER II.

volgens de uitspraak der wet in art. 270 moet veroordeeld worden, dan scheidt men de mogelijkheid dat, zoo zijne ziekte langdurig is, een eindvonnis tegen hem gewezen worde, waartegen zelfs geen appel is toegelaten, zonder dat ooit de beklagde door den regter gehoord, of aan hem gelegenheid tot verdediging gegeven is. Deze gevolgtrekking is, zoo de boven ontwikkelde stelling kan opgaan, onvermijdelijk. Gesteld de beklagde is volgens die uitlegging van art. 270 bij verstek veroordeeld. Het vonnis wordt aan hem beteekend. Hij kan daartegen opkomen, zelfs geeft de wet hem een ruimen termijn, loopende tot 14 dagen nadat het vonnis is ten uitvoer gelegd door gevangenneming van den beklagde of het leggen van beslag op zijne goederen. Wil hij echter geene groote schade beloopten, dan zal hij wel gedwongen zijn terstond na de beteekening verzet te doen, ten einde veilig te zijn tegen aanranding van persoon en goederen, ten einde de tenuitvoerlegging te voorkomen. Bij het exploit van verzet moet hij te gelijk dagvaarden tegen de eerstkomende terechtzitting. Waar hij ook dan nog niet hersteld is, zal hij even weinig als op den eersten dag van terechtzitting kunnen verschijnen, en volgens het reeds aangegevene stelsel (1) zal ook thans geen verdediger voor hem kunnen optreden, en zal wegens zijne niet-verschijning zijn verzet vervallen. Tegen die beslissing is volgens art. 273 geen appel toegelaten. Het bij verstek gewezen vonnis zal alzoo eindvonnis zijn, want ook het in art. 273 aangegeven middel van cassatie zal in den regel den beklagde niet baten, zoo het verstek terecht was gewezen, en de gegevene uitlegging aan art. 270 de ware was, en dus die beschikking van den regter niet kan worden gecasseerd.

Zoo zou men dan een geval in onze regtspleging hebben gebracht, dat een beklagde zou veroordeeld

(1) Hier een ander beginsel aan te nemen zou geheel willekeurig zijn. Bij verzet gelden dezelfde regelen als in eersten aanleg.

worden, zelfs zijne vrijheid zou verliezen, zonder dat hem immer de gelegenheid gegeven was, om zich te verantwoorden. Waarlijk waar eene uitlegging tot zulk eene gevolgtrekking leidt, is er grond om aan de juistheid der redenering te twijfelen. Wat mij aangaat, ik zou het niet noodig geoordeeld hebben, haar te wederleggen, zoo ik haar niet door achtingswaardige mannen voorgestaan en in de regtspraak gehuldigd zag. De Regtbank te Rotterdam oordeelde, (1) dat de wet den regter verplicht, om, bij niet persoonlijke verschijning van den beklagde, niettegenstaande zijne billijke verontschuldiging, verstek tegen hem uit te spreken. Er was een bewijs ingeleverd, dat de beklagde in de onmogelijkheid verkeerde om te verschijnen, en tevens wegens de langdurigheid der ziekte gewezen op het gevaar dat er bestond, dat ook later bij verzet eene persoonlijke verschijning voor hem onmogelijk zijn zou, en aldus zoo de Regtbank oordeelde, dat de voorgestelde verdediging geene reden van uitstel daarstelde, eene definitive veroordeeling, zonder dat de beklagde gehoord was, te vreezen stond. Toch werd het verstek uitgesproken. De regter oordeelde

(1) Bij vonnis van 13 Sept. 1854.

O., dat de gedaagde behoorlijk is gedagvaard en ter teregtzitting van heden, ofschoon behoorlijk uitgeroepen, niet is verschenen;

O., dat wel is waar van harentwege een attest is overgelegd, waaruit van hare voortdurende ongesteldheid zou blijken, doch dat de wet in art. 272 Wetb. van Strafv. in het algemeen zonder onderscheid beveelt, dat tegen eenen gedaagde, die niet verschijnt, verstek zal worden verleend;

O., dat zelfs uit het slot van art. 272 deszelfden Wetboeks volgt, dat onmogelijkheid om te verschijnen geen grond oplevert om het gevraagd verstek te weigeren,

Gezien de aangehaalde art.,

Verleent verstek enz.

Later, den 23 Sept. 1854 toen ook voor den beklagde een schriftelijk attest van verhindering door ziekte door mij was ingeleverd, volhardde de Regtbank bij de vroeger gegevene verklaring, en verleende verstek zonder op de ingebragte excusatie afzonderlijk vonnis te wijzen.

dat het voorgestelde geval door art. 272 dat van eene onmogelijkheid om te verschijnen gewaagt, was beslist. Hij lette er niet op, dat dit artikel niets omtrent eene ingebragte ontschuldiging of verdediging inhoudt en dat het daarop niet ziet. Hij zag voorbij, dat de persoonlijke verschijning aan den gedaagde als eene verpligting is opgelegd, en deze verpligting volgens onwederlegbaar algemeen regtsbeginsel vervalt, zoo de beklagde buiten zijne schuld in de onmogelijkheid is aan het gebod te voldoen. Wij erkennen het echter waar men alleen de letter der wet raadpleegt, waar regtswetenschap en historie geen licht over die artikelen verspreiden, daar zou men welligt evenzeer dat gevoelen in die wetsartikelen kunnen lezen. Het uitsluitend raadplegen der doode letter voert tot de stelling, waarnaar een beklagde onverdedigd, ongehoord in de gevangenis zoude geworpen worden. Deze zijn de offers, die de lettervergoding van hare dienaren eischt. Men brengt daardoor in onze strafwetgeving eene harde onregtvaardigheid, te voren nooit gekend(1).

Men verkort het eerste regt van den beklagde dat, voor zooverre mij bekend is, in geen laud ter wereld miskend wordt. Wat Frankrijk aangaat en zoover in Zuidelijke landen de Code geldt, behoef ik daarop niet terug te komen.

In de nieuwe wetgevingen heeft men veelal in onze kwestie uitdrukkelijk voorzien. Het naauwkeurigst is de zaak behandeld in het Wetboek van Strafvordering van

(1) In het Oud Hollandsche Regt was, even als in het Oud-Fransche, eene veroordeeling van een afwezige toegelaten. Waar echter billijke redenen van versoening werden ingebracht, mag men aannemen, dat de regter daarop acht sloeg en de zaak uitstelde, daar men het Rom. regt als subsidiair regt volgde. Zie ook VOET, ad tit. ff de Proc. n^o. 14.

Het Canonisch regt behandelt ook de niet-verschijning als *onwil*, als *ongehoorzaamheid*. Zie X de dolo et cont. (II. 14) C. 8 . . . «partibus citatis, cum nec per responsalem idoneum computaverit, in eundem propter in obedientiam, excommunicationis sententiam protulerunt.» Vid. totum titulum passim.

het Koningrijk Saksen van 21 Aug. 1855 (1). Er is daarbij uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tusschen de afwezendheid met of zonder voldoende reden. Slechts in het laatste geval laat de wet eene behandeling der zaak buiten tegenwoordigheid van den gedaagde toe, doch ook nog slechts met bijzondere voorzorgen, die de regter, waar hij den onmiddellijken voortgang der zaak beveelt, moet in acht nemen. Bestaat er het bijzonder belang om de zaak te doen voortgaan, dan waakt toch de zorg des wetgevers, dat de

(1) Art. 317. «Verfahren beim Auszenbleiben des Angeklagten.

Is der Angeklagte unentschuldigt oder (ohne) genügende Entschuldigung auszugeblieben und kann er auch nicht durch einen Vorführungsbefehl sofort erlangt werden, so ist die anberaumte Sitzung aufzuheben, und von dem Gerichte selbst oder auf dessen Anordnung von dem Untersuchungsrichter das nöthige wegen der Gestellung und, nach Befinden, wegen einstweiliger Verwahrung des Angeklagten zu verfügen.

Ist zu besorgen, dasz die längere Aussetzung der Beweisaufnahme für die Ermittlung der Wahrheit nachtheilig sein würde und gleichwohl die baldige Gestellung des Angeklagten nicht zu erwarten, so hat das Gericht durch einem von ihm beauftragenden Richter die Zeugen und Sachverständigen ausführlich und eidlich nach Maszgabe der Art. 232 abzuhören, sowie sonst für Aufnahme des Beweises zu sorgen. Hierüber allenthalben ist ein ausführliches Protocoll aufzunehmen. Der Beweisaufnahme, welcher in nicht öffentlichen Sitzung erfolgt, können der Staatsanwalt und der Vertheidiger beiwohnen. Es ist aber die Gegenwart des letzteren selbst in den Fällen nicht nothwendig, in denen die Vertheidigung wenn es zu einer Hauptverhandlung by Anwesenheit des Angeklagten gekommen wäre, nothwendig gewesen sein würde.

Ist jedoch ein besonderes Interesse dafür vorhanden, dasz die Aburtheilung der Sache auch bei Abwesenheit des Angeklagten, dessen baldige Gestellung nicht zu erwarten, erfolge, so kan das Gericht auch mit der Eröffnung der Hauptverhandlung, sowie mit der Beweisaufnahme und Aburtheilung der Sache ebenso, als ob der Angeklagte gegenwärtig wäre, verfahren. In diesem Falle ist aber und zwar selbst dann, wenn das Verbrechen mit einem geringeren als den im art. 133 gedachten Strafe bedroht sein sollte, die Vertheidigung eine nothwendige und daher dem Abwesenden, wenn weder dieser noch seine Angehörigen, wie ihnen zu thun freisteht; für ihn einen Vertheidiger gewählt haben, ein solchen von Amtswegen zu bestellen.

belangen van den beklaagde niet geheel en al veronachtzaamd worden. In die gevallen waarin anders geen verdediger noodzakelijk is, schrijft de wet voor, dat hem er een zal worden toegevoegd, ten zij hij er zelf reeds een gekozen had. Men ziet met welk eene naauwlettendheid de wetgever voor de belangen van den beklaagde zorgt. Het Oostenrijksche Wetboek van 29 Julij 1853 laat, zelfs bij politie-overtredingen, waar eene zeer eenvoudige korte behandeling is voorgeschreven, aan den regter de bevoegdheid om, naarmate hij noodig oordeelt, het verstek al of niet uit te spreken (1). Bij eene ingebragte reden van ontschuldiging zal dus ook daarin wel geen vonnis volgen, daar, bij vervolging van andere misdrijven, in § 248 bepaaldelijk een uitstel vermeld wordt wegens ziekte van den beklaagde (2).

In landen waar nog geen codificatie op het stuk van strafvordering bestaat, geldt veelal het Romeinsche regt. Waar Germaansche grondbeginselen gevolgd worden, is zeker in hetzelfde geval aan geen verstek te denken. Daar gold de regel dat geen afwezige kon veroordeeld worden (3), en werd de niet-verschijning als een afzonderlijk

(1) § 423. Erscheint weder der vorgeladene Beschuldigte, noch ein Bevollmächtigter desselben zur Verhandlung, so kann dieselbe auch in seiner Abwesenheit vorgenommen werden, usw.

(2) § 348. . . Eine Vertagung derselben (der mündlichen Schlussverhandlung) kan von dem Gerichtshofe in folgenden Fällen beschlossen werden:
a. Wenn während derselben der Angeklagte in der Art erkrankt, dasz er nicht weiter die Verhandlung beiwohnen kann, soferne er nicht einwilliget, dasz die Verhandlung auch während seinen Abwesenheit fortgesetzt werde, und dasz die von ihm in dem Untersuchungs-Verfahren abgelegten Aussagen vorgelesen werden;

(3) Dit werd uitdrukkelijk uitgesproken in de Capitularia van KAREL DEN GROOTE V. 311. «Placuit ut adversus absentes non judicetur. Quod «si factum fuerit prolata sententia non valebit.»

Zie verder MITTERMAIER, *Deutsches Strafverfahren*, II. IX. § 202 en de aldaar aangehaalde plaatsen uit de Germaansche volksregten. Verder

misdrifft gerekend en gestraft. Bleef de beklagde na herhaalde oproeping in gebreke om te verschijnen, dan haalde hij zich eindelijk den ban op den hals. Waar niet-verschijning als afzonderlijk misdrijf wordt beschouwd, zal men wel toegeven, dat, waar de beklagde van de onmogelijkheid om te verschijnen doet blijken, geene veroordeeling denkbaar is. Men kan immers niet verplichten, tot hetgeen onmogelijk is. *Impossibilium nulla obligatio*. Engeland is het land, waar zich het Germaansche regt het zuiverst bewaard heeft. Daar is in geen geval eene veroordeeling buiten aanwezigheid van een beklagde mogelijk. Verschijnt deze bij vervolging van kleinere misdrijven na herhaalde oproeping niet, dan tracht men den nalatige of voortvlugtige te dwingen, door of arrest op zijn goed te leggen, of men tracht hem door geweld voor den regter te brengen, door een bevel van gevangenneming (1).

Ik geloof hiermede genoegzaam te hebben aangetoond,

Grundsätze des deutschen Privatrechts, I. p. 263. GRIMM, *Rechts-alth.* p. 732.

(1) BLACKSTONE, IV. Ch. XXIV. p. 318. If it be found (the indictment), then process must issue to bring him (the offender) into court, for the indictment can not be tried unless he personally appears; according to the rules of equity in all cases and the express provision of statute 23 Edw. III. C. 3. in capital ones, that no man shall be put to death without being brought to answer by due process of law. The proper process on an indictment for any petit misdemeanor, or on a penal statute, is a writ of *venire facias*, which is in the nature of a summons to cause the party to appear. And if by the return to such *venire* it appears that the party hath lands in the county whereby he may be distrained, then a distress infinite shall be issued from time to time till he appears. But if the sheriff returns that he has no lands in his bailiwick, then (upon his non-appearance) a writ of *capias* shall issue, which commands the sheriff to take his body, and have him at the next assises; and if he can not be taken upon the first *capias*, a second and a third shall issue, called an *alias* and a *pluries capias*.

Themis, D. III, 4de St. [1856].

dat de bestredene leer geheel ongehoord is en in geen regt ter wereld (zoover mij bekend is) geduld wordt. Men zal dan ook moeilijk gelooven, dat onze wetgever eene buitengewone hardheid en miskening van regten van den beklagde in zijn stelsel zou hebben opgenomen, en zulks te meer, daar geene redenen opgegeven noch zelfs denkbaar zijn, die hem zouden bewogen hebben tot zulk eene belangrijke wijziging. Mocht mijn vertoog er toe geleid hebben om de overtuiging te vestigen, dat de miskening der regten van den beklagde, waartegen het natuurlijk regtsgevoel zich verzet, evenzeer door de geheele regtswetenschap is verworpen, en dat ook op onzen bodem niemand tot gevangenis-straf mag veroordeeld worden, ten zij hem de gelegenheid gegeven zij om zich te verantwoorden en te verdedigen.

REGTSGESCHIEDENIS.

Nota betrekkelijk de Ambachtsbesturen in Zuid- en Noordholland, opgemaakt door wijlen Jhr. Mr. J. QUARLES VAN UFFORD, medegedeeld door Jhr. Mr. J. K. W. QUARLES VAN UFFORD.

Wat zijn ambachten? Zijn ambachten met waterschappen gelijk te stellen? en zijn ambachtsbesturen wel eigenlijke waterschaps-besturen? Moeten de ambachten in stand blijven, of kunnen zij worden gemist? Hoe zal, in sommige waterschappen, in het beheer der waarborg- en afkoopkassen en van die der lastgelden worden voor-

zien, zoo niet de ambachtsbesturen, daarmede tot dusverre belast, gehandhaafd blijven?

Ziedaar vragen, welke in de laatste jaren telkens, inzonderheid in de provinciën Noord- en Zuidholland (in de andere provinciën schijnen de ambachten minder bekend te zijn), ter gelegenheid van de herziening van onderscheiden waterschapsreglementen ter sprake kwamen, zonder dat het tot nu toe gelukt is er eene voldoende oplossing voor te vinden.

Bij de behandeling van de wet van 9 October 1841 (*Stbl.* n^o. 42) schijnt aan dit punt niet gedacht te zijn.

Art. 1, 3de zinsnede, van het bij Kon. besluit van 4 Junij 1846 goedgekeurd reglement houdende algemeene beginselen voor de waterschapsreglementen in Zuidholland, rangschikte de ambachten uitdrukkelijk onder de waterschappen en andere wettige vereenigingen, van welke de gezamenlijke ingelanden in de gemeenschappelijke baten en lasten dragen.

Door de Staten van Noordholland schijnt destijds hetzelfde beginsel, blijkens de vaststelling van het reglement voor het polderdistrict Winkel, te zijn aangenomen.

Waarschijnlijk ware dit niet geschied, zoo de Staten juist voor oogen hadden gehouden wat eigenlijk onder waterschap en waterschapsbestuur moet worden verstaan. «Onder waterschapsbesturen,» zegt Mr. J. QUARLES VAN UFFORD in zijne uitmuntende «*Handleiding voor de vaststelling der nieuwe Waterschapsreglementen,*» en na het publiekregtelijk karakter der waterschappen bewezen te hebben, «zijn begrepen alle besturen, onder welchen naam ook, over districten hoe ook genaamd, waarin de grondeigendommen door dezelfde werken zijn gedekt en verbonden tot bekostiging der gemeenschappelijke waterkeering» (blz. 23).

Nu hebben wel, in deze eeuw nog, sommige, wellicht alle ambachtsbesturen het beheer over eenige waterstaatswerken gevoerd, en schijnen zij, in enkele waterschappen althans, met polderdistrictsbesturen te kunnen worden vergeleken, als zijnde behalve met de inning van den gemeenen omslag, belast met de zorg voor de waterstaatsbelangen, die meer dan één polder raken. Maar noch uit den oorsprong, noch uit de latere ontwikkeling der instelling is af te leiden, dat zij met waterschappen op ééne lijn kunnen worden gesteld.

Zij schijnen eer, zoo als later zal blijken, het overblijfsel der vroegere inrigting van het bestuur ten platten lande, welke na 1798 groote wijziging onderging en onder den naam van *gemeente*-bestuur werd hersteld. Tijdens die herstelling wist men echter niet regt aan wie de taak der ambachtsbesturen ten opzichte der waterstaatszaken vervuld, behoorde te worden opgedragen, en liet haar soms of stilzwijgend of uitdrukkelijk aan de gemeentebesturen.

Uit het oogpunt van vereenvoudiging en om een einde te maken aan de onzekerheid welke betreffende deze zaak in sommige opzigten voortdurend bestaat, zal de geheele opheffing der ambachtsbesturen welligt wenschelijk worden geacht. Die opheffing behoort evenwel niet stilzwijgend plaats te hebben, omdat daaruit verwarring zoude kunnen voortkomen en men niet zoude weten, welke gedeelte der tot nu toe door hen vervulde taak op de gemeentebesturen, welk gedeelte op de waterschapsbesturen zoude zijn overgegaan. Doch niets schijnt te beletten, dat de Provinciale Staten, zulks noodig oordeelende, krachtens de hun bij art. 192 der Grondwet toegekende magt, tot die opheffing overgaan, en tevens de gevolgen daarvan regelen. Dit is dan ook reeds ten deele geschied bij de vaststelling der nieuwe

reglementen voor de heemraadschappen van Schieland, Delfland enz.

Uit het onlangs afgekondigde, door de Provinciale Staten van Zuidholland, op 24 Julij jl. vastgestelde algemeen polderreglement, schijnt echter te blijken, dat men de zaak der ambachten nog niet voor eene volledige regeling vatbaar heeft geacht. Het opschrift toch luidt: «Algemeen reglement voor de Polders in Zuidholland (waaronder worden verstaan alle waterschappen, *uitgezonderd de ambachten* en de waterschappen «welke met het beheer over en de zorg voor gemeenschappelijke werken of belangen van verschillende waterschappen belast zijn of toezigt over anderen uitoefenen»). Wel waarschijnlijk zou die nieuwe regeling de ambachten ook omvat hebben, zoo bij de Provinciale Staten volledige bekendheid met die instellingen, en helder inzicht omtrent de wijze, hoe de tegenwoordige nog door die besturen vervulde taak behoort te worden geregeld, had bestaan. Dit is te waarschijnlijker, omdat de nieuwe regeling in de laatste jaren aan zoovele andere waterschapsbesturen gegeven, het meer en meer duidelijk maakt, dat aan eene eindregeling van de zaak der ambachten groote behoefte bestaat.

Dat zoodanige behoefte bestaat, bleek o. a. ook reeds duidelijk in 1852, toen bij vonnis der Arrondissements-Regtbank te Leiden van 14 September, aan een ambachtsbestuur het regt, om bij parate executie te ageren, werd ontzegd, op grond dat het ambachtsbestuur niet kon bewijzen te behooren tot de waterschapsbesturen, bedoeld bij art. 1 der wet van 9 Oct. 1841 (*Stbl.* n^o. 42), ten gevolge waarvan het ambachtsbestuur de bevoegdheid verloor om bij wanbetaling der tot nu toe geïnde lasten en omslagen daartoe dwangmiddelen aan te wenden.

Bekendheid met den oorsprong der ambachtsbesturen,

met de hun in vorige tijden opgedragen taak, met de geschiedenis dier instelling en de wijzigingen welke zij in het laatst der vorige en den aanvang van deze eeuw onderging, zal welligt kunnen bijdragen ter juiste beoordeeling van de wending, welke aan deze zaak zal behooren te worden gegeven.

Daartoe moge de hier volgende nota, waarin een geschiedkundig overzicht der zaak wordt aangetroffen, iets bijdragen.

Zij is het werk van mijn diep betreurden vriend, wijlen Jhr. Mr. J. QUARLES VAN UFFORD, aan wiens vele verdiensten onlangs ook in dit Tijdschrift eene regmatige hulde werd toegebracht, en die, vergis ik mij niet, in dit stuk weder bewees, hoe groot zijne kennis van onze waterstaatsbelangen was en hoe duidelijk hij die soms duistere en ingewikkelde zaken wist voor te stellen.

De nota werd door den heer QUARLES in den aanvang van het jaar 1853 aan den Minister van Binnenlandsche Zaken ter hand gesteld en door dezen aan de Gedeputeerde Staten van Noord- en Zuidholland toegezonden, met eene missive betreffende de zaak der ambachtsbesturen. Door die toezending verkreeg de nota echter in het minst geen officieel karakter, aangezien uitdrukkelijk in die missive werd verklaard, dat deze aan den Minister ter hand gestelde nota aan de Gedeputeerde Staten slechts werd toegezonden, «omdat zij hun, *voor zooverre de zaak daarin juist was voorgesteld*, welligt van eenig «nut zou kunnen zijn.»

Om twee redenen werden met opzet deze woorden gebezigd. Ten eerste, omdat het niet van den Minister te vergen was, dat hij zich verantwoordelijk zou stellen voor den inhoud van een zoo uitvoerig historisch betoog, noch voor de juistheid der daarin voorkomende beschouwingen, wat van zijne zijde meer studie en tijd zou

hebben gevorderd, dan hij, bij zijne vele bezigheden, aan dergelijke zaak kon wijden. In de tweede plaats geschiedde zulks, omdat de heer QUARLES, hoezeer vertrouwende, dat hij de zaak in die nota juist had voorgesteld, evenwel meende er nog eene diepere studie van te moeten maken, alvorens hij daaromtrent voor zich zelve volkomen zekerheid had verkregen.

Deze omstandigheid weêrhiel hem ook vooralsnog aan zijn, mij bekend, en, zoo ik mij wel herinner, toen ook aan den minister medegedeeld voornemen gevolg te geven om deze nota publiek te maken. Zijne vele ambtelijke bezigheden, zijne toen reeds wankelende gezondheid, zijne weldra daarop gevolgde langdurige laatste ziekte, beletten hem steeds de laatste hand aan het stuk te leggen en het voor de pers gereed te maken.

Nadat mij echter onlangs van eene geachte zijde was te kennen gegeven, dat personen, die met den inhoud dier nota bekend waren geworden, meenden dat het publiek maken daarvan alsnog van nut zou kunnen zijn tot het juist begrip der daarin behandelde en nog steeds onvoldoend geregelde zaak van de ambachtsbesturen, verzocht en verkreeg ik gereedelijk van het tegenwoordig hoofd van het Departement van Binnenlandsche Zaken de toestemming om dit stuk publiek te maken.

Uithoofde van het niet-officiële karakter van dat stuk en bij het mij bekende voornemen van den steller, mogt het vragen van die toestemming welligt minder noodzakelijk heeten. Maar aangezien het toch door den Minister zelve aan eene autoriteit ten haren gebruike was toegezonden, en dus als in-officiële bijlage van een officieel stuk kon worden beschouwd, en ook gedeeltelijk met dat oogmerk door den ambtenaar met de behandeling van die zaken belast was gesteld, achtte ik het meer in de orde, dat die toestemming vooraf wierd gevraagd. Het

vertrouwen, dat een voor openbaarheid gestemd Minister dat verzoek niet zoude weigeren werd dan ook niet teleurgesteld.

Van het gelijktijdig publiek maken der missive, waarmede die nota aan Gedeputeerde Staten was toegezonden, hoe wenschelijk zulks ook mogt zijn ter opheldering van de zaak der ambachtsbesturen, kon geene sprake zijn. Ware de Minister, die het stuk heeft onderteekend, nog aan het hoofd van het Departement geweest, hij had daartoe toestemming kunnen verleenen; de kieschheid verbood zoo iets aan een zijner opvolgers zelfs maar te vragen. Werd toch zoo iets toegestaan aan particulieren, die toevalligerwijze met den inhoud van zoodanig stuk bekend werden en het publiek maken slechts uit een wetenschappelijk oogpunt, of tot heter toelichting eener zaak verlangden, gelijk casu het geval zou zijn geweest, het kon door anderen omtrent andere zaken met een minder edel oogmerk worden begeerd.

Men ontvangt dus hier niet anders dan de nota, welke door den Referendaris J. QUARLES VAN UFFORD in den aanvang van 1853 aan den Minister van Binnenlandsche Zaken werd ter hand gesteld en welke door dezen, zonder dat hij zich voor den inhoud in het allerminste verantwoordelijk stelde of daaraan zijn zegel hechtte, eenvoudig aan de Gedeputeerde Staten van Noord- en Zuidholland werd toegezonden, ten einde daarvan, bij de behandeling van de quaestie der ambachtsbesturen, zoodanig gebruik te maken als zij zouden meenen te behooren.

Men ontvangt het stuk juist zoo als het destijds door den heer QUARLES werd opgesteld. Men gelieve het dus slechts te beschouwen als eene bijdrage tot de kennis van de instelling der ambachtsbesturen, geenszins als eene verhandeling, waarin de zaak in haar geheel werd beschouwd en bepaalde denkbeelden, omtrent hare eind-

regeling werden voorgedragen. Reeds werd gezegd welke redenen hem verhinderden te beproeven, zijne nota tot zoodanige verhandeling om te werken.

Ik vlei mij, dat het stuk zelfs in zijn tegenwoordigen vorm niet onwelkom zal zijn, aan hen, die belang stellen in de kennis van dergelijke duistere gedeelten van ons waterstaatsregt, en dat het als eene niet onbelangrijke bijlage zal worden beschouwd tot des schrijvers uitmuntende: «*Handleiding voor de vaststelling der nieuwe Waterschapsreglementen*», waarin, gelijk van zelf spreekt, de zaak der ambachtsbesturen slechts zeer in 't voorbijgaan kon worden behandeld.

Moge die nota al niet een zoo afgerond geheel aanbieden, als in die «*Handleiding*» en in andere in druk verschenen stukken van den schrijver werd gevonden, zij zal toch, vertrouw ik, daar naast geen onwaardige plaats innemen en bij sommigen welligt het gevoel van leedwezen hernieuwen, dat het hem niet is gegund geweest zijne talenten langer aan administratief-regterlijke studiën en aan de regeling van het, hem zoo na ter harte liggend beheer van den waterstaat in het bijzonder, te wijden.

W. Q.

Nota betreffende de ambachtsbesturen in Zuid- en Noordholland.

De oorspronkelijke instelling van het *ambacht* schijnt uitvloeisel van het leenregt.

De graven schonken het regtsgebied over eenig district ten platten lande aan hunne gunstelingen en aan voorname heeren. Dit geschiedde ook later door 's lands Staten. Zoo werden schoutambachten vervreemd.

De heeren, aan welke niet het regt werd gegeven tot aanstelling van baljuwen, die ter hooger vierschaar zaten om gerigte te oefenen over lijfstraffelijke zaken,

maar alleen het recht tot aanstelling van schouten, gericht en bestuur uitoefenende slechts over burgerlijke zaken, werden «*ambachtsheeren* genaamd, naar het woord *ambacht*, dat in zijn oorsprong in het algemeen overeen stemt met dat van regtsgebied, doch hetwelk «door het gebruik bepaaldelijk is geëigend aan de heerlijkheden, waaraan in den regel geen hooge, maar «alleen middelbare en lage jurisdictie toekomt.» (*Tegenwoordige Staat van alle Volkeren*, deel XVI, blz. 199.

Men zie ook blz. 22, *Inleiding tot de verzameling van Costumen en Keuren van Rijnland*, door Mr. S. VAN LEEUWEN. Het gebied der ambachten kwam veelal overeen met dat der tegenwoordige gemeenten (vroeger zoogenaamde gemeenten ten platten lande).

Oudtijds sprak men van *dorpen* en *ambachten*. VAN LEEUWEN stelt aan het hoofd van de lijst der ambachten in Rijnland: *Dorpen onder het baljuwschap behorende onder den naam van ambachtsheerlijkheden*.

Eene ambachtsheerlijkheid strekte zich gewoonlijk uit over de dorpen, polders en later ook over droogmakerijen.

«De plaatselijke regtsprekende personen werden door de Bailliuwen aangesteld, doch uit eene voordragt, van de zijde der *dorpen* of *gemeenten*, welke *ambachten* genaamd werden.»

«Dat woord *ambacht*, duidde een landelijk district aan, hetwelk door een ondergeschikt ambtenaar werd beheerd. Deze benaming van ambacht is wel is waar, gegeven aan zekere bepaalde uitgestrektheid gronds, aan eenen landelijken kring, welke, in vele opzichten, onder een eigen, ofschoon ondergeschikt beheer stond; en dit van zeer oude tijden af.»

«Intusschen was de eerste beteekenis van dit woord

die van de *magtgeving*, de *jurisdictie*, het *beheer* zelf, welke gegeven, verleend, toegekend waren. Dit verklaarde Graaf FLORUS V ten jare 1230, toen hij aan NICOLAAS PERSIJN en WILHELMUS VAN EGMOND gronden schonk, zeggende: *nominatis fidelibus nostris dedi in aedum juris dictionem, quae Ambacht dicitur*. Hij verleende aan deze edelen niet alleen den eigendom dier landerijen, maar ook het gezag, de bewindvoering, de jurisdictie over dezelve, welke, zoo als hij getuigt, gewoonlijk *ambacht* genaamd werd. Ook Graaf WILLEM III beloofde in het jaar 1331, *wie van den land neemt te dijckene salt ambacht volgen.*»

«En deze personen werden, zoo als diezelfde Graaf te kennen geeft, *daardoor* ambachtsheeren. Reeds ten jare 1316, had die Graaf het eigendom der goederen van het ambacht onderscheiden: daar hij bij eene in leengeving aan JAN VAN BERGHEN, hem *verliet alle dat goed*, die *ambachten ende gherechten*, die WILLEM VAN HERLEM van hem hield.»

«In overeenstemming met deze ontwikkeling zien wij den schouten het *schoutambacht* toebetrouwen.»

«Alzoo en landelijke *heerlijkheden* en *scoutambachten* waren beide *ambachten*; elke *plattelandsche* afdeling, waarover een afzonderlijk beheer, bewind bestond, was een *ambacht*, hetzij een grondeigenaar als ambachtsheer, hetzij een bedijker in diezelfde hoedanigheid, hetzij een begunstigde der Graven, die met hooge of lage jurisdictie begiftigd, of door aankoop, of voorgeschoten penningen hiertoe regt verkregen had, hetzij een scout voor den Graaf éénig district, eene gemeente beheerde.» (MEYLINK, *Geschiedenis van het Hoogheemraadschap van Delfland*, blz. 86 en volgende).

In iedere ambachtsheerlijkheid stonden een schout en ambachtsbewaarders aan het hoofd van het burgerlijk

bestuur, als vertegenwoordigende den heer en het souverein gezag. (Mr. W. T. GEVERS DEYNoot, *Bijdrage tot de kennis der hoogheemraadschappen en waterschappen, dijks- en polderbesturen in Zuid-Holland*, blz. 49).

De schout schijnt, volgens de gegeven citaten, in den beginne niets anders te zijn geweest, dan de *plaatselijke*, uit naam van den Graaf regtsprekende persoon, zoowel in zaken, die het burgerlijk bestuur van de gemeente of het ambacht, als die het beheer van wegen, sluizen en andere waterwerken in het ambacht betroffen.

Hij werd, in den regel, door den ambachtsheer, ook wel eens door de bailluwen aangesteld, doch uit eene voordragt van de zijde der dorpen of gemeenten, welke *ambachten* genaamd werden (MEYLINK, blz. 86).

De ambachts-bewaarders waren nevens den schout geroepen, voor het belang van het ambacht te zorgen. Zij werden gewoonlijk benoemd door de ambachtsheeren, soms door ingelanden, gelijk nog in Delfland plaats schijnt te grijpen. (GEVERS DEYNoot, blz. 51).

Na 1798 geschiedde de henoeming ook wel door de landdrosten uit de gemeente-besturen; later, bijvoorbeeld in 1813, door den prefect, althans in Rijnland; in 1814, door den Gouverneur der provincie; na 1815 weer als van ouds door de ambachtsheeren op voordragt der besturen. Men vergelijk ook de publicatiën der provisionnele representanten van het volk van Holland van 6 Maart en van 7 October 1795.

Dat de verzorging van belangen van het burgerlijk of gemeente-bestuur en die der waterstaats-belangen aan een en hetzelfde collegie was opgedragen, laat zich op de navolgende wijze verklaren:

De bestaande ambachts-besturen werden namelijk door

de besturen der grootere waterschappen (hoogheemraadschappen, waarden, dijksdistricten) na de ontwikkeling dezer instelling, tot verligting hunner taak gebezigd.

De ambachten werden zoo doende districten of onderdeelen van het hoogheemraadschap. (GEVERS DEYNOOT, blz. 49).

Zij waren uit den aard destijds onafhankelijker van het hoofdcollegie dan thans.

Men herinnere zich slechts bijv., de contracten der ambachten met het bestuur van Rijnland, nopens de heffing der omslagen naar bepaalde quotas.

De ambachtsbesturen beschouwden zich toen nog, als hoofdzakelijk belast met de zorg voor waterstaatswerken, die een groot deel van het hoofdwaterschap aangingen, maar ook met de zorg, dat de lasten ten behoeve van het waterschap, waarvan de ambachten onderdeel uitmaken, voor de ingelanden niet te drukkend wierden.

«De schouten, welke reeds vroeger onder de baljuwen ten platten lande werkzaam waren, werden nu ook onder de dijkgraven geplaatst, toen deze betrekking naast die van baljuw was ingesteld. Aan schouten en ambachtsbewaarders werd nu, buiten hun burgerlijk bestuur, opgedragen het beheer en toezigt over de waterstaats-belangen van het ambacht in het algemeen.» (GEVERS DEYNOOT, blz. 50)

Na de instelling van kroosheemraden en molenmeesters werden schout en ambachtsbewaarders meer bijzonder belast met de zorg voor de geldelijke belangen, alsmede voor sluizen, kaden, wegen en andere voorwerpen, die het ambacht in het algemeen betroffen. (GEVERS DEYNOOT, t. a. p.).

Hun werkkring had ook nog een bepaald doel: de vereeniging der wel eens tegenstrijdige belangen van de

onderscheidene polders in ieder ambacht en tevens van de daarin gelegen droogmakerijen.

In den regel konden ambachten thans polderdistricten worden genaamd.

Polders, later ontstaan na droogmaking, o. a., de Zuidplaspolder, behoorden soms tot verschillende ambachten.

«De ambachtsbesturen bezaten doorgaans geene huis-houdelijke reglementen, maar gedroegen zich naar keuren, hiertoe door dijkgraaf en hoogheemraden uitgevaardigd, en verder krachtens oude costumen en usantien.» (GEVERS DEXNOOT, blz. 52).

Veel was oudtijds aan de ambachtsheeren overgelaten.

De meeste wegen in de hoofdwaterschappen van Zuid- en Noord-Holland werden vroeger en worden nog, voor zoover zij niet zijn ten laste van gehoefslaagden, onderhouden door de ambachten.

Aan de ambachtsbesturen was in de oude keuren de schouw over de meeste ambachts- en polderwegen opgedragen.

Dit schijnt gehandhaafd in art. 7 en volgende van het nieuwe reglement op de wegen in Zuid-Holland, goedgekeurd bij Kon. besluit van den 26 November 1852, n°. 75.

De werkring van schout en ambachtsbewaarders breidde zich, wat de waterstaatszaken betreft, al meer en meer uit.

De verzamelingen van keuren in Rijnland, Delfland, Schieland toonen dit aan.

In de meeste hoogheemraadschappen, ook in West-Friesland, is de invordering der omslagen, aan het groote waterschap verschuldigd, eene hunnaer voorname verrigtingen:

De instelling en de werkring der ambachtsbesturen

waren intusschen vroeger niet overal dezelfde; later ontstond nog grooter verschil.

Het schijnt niet zonder nut dit in meer bijzonderheden aan te toonen, en vooral den tegenwoordigen stand der zaak zoo juist mogelijk te schetsen.

In alle ambachten van Rijnland, die, zoo men wel is onderrigt, gelijk grondgebied hebben als dat der gemeente van denzelfden naam, moeten ten minste twee ambachtsbewaarders zijn, die voor twee jaren zitten (183 keur).

Zij mogen geene gelden opnemen, geene omslagen doen, dan met toestemming van dijkgraaf en hoogheemraden (Keur van 4 October 1677).

Zij moeten noodschouw drijven over de Rijndijken, wegen, enz. (Keur van 27 Mei 1747).

Verder moeten zij, even als de overige ambachtsbesturen in Holland en West-Friesland, behoorlijke registers der te verveenen landen houden (Placaat van 20 December 1595). Bij dit placaat is hun ook toezigt over de verveeningen opgedragen.

Zij administreren de afkoop- en waarborgkassen (Placaten van de Staten van Holland en West-Friesland van 20 Junij 1721 en 28 Januarij 1723).

Zij voeren beheer over de baten en lasten van het ambacht en zijn tevens, wat de gemeene landlasten betreft, onder-ontvangers van het hoogheemraadschap, welks lasten zij bij dwangbevel invorderen.

De rentmeester zendt jaarlijks de sommatie-biljetten aan de onderscheidene *ambachten* en *districten*, om de morgen- (bunder-) gelden te betalen op den voet van den voorgestelden omslag (art. 37 Reglement van Rijnland van 22 November 1803).

In Delfland bestaat eene andere verdeeling. Daar vindt men acht west-ambachten en vijf oost-ambachten, die eigenaardig *hoofdambachten* konden worden genaamd.

Ieder hoofdambacht omvat of meer dan eene gemeente, of gedeelten van onderscheidene gemeenten.

De meesten, zoo niet alle, waren belast met het beheer en het onderhoud der voornamste sluizen van Delfland en andere werken van den algemeenen waterstaat van het hoogheemraadschap.

«Volgens de tegenwoordige inrigting is, krachtens «oude institutiën en het reglement van 23 Februarij «1804, bij ambachtsbewaarders van de dertien *hoofd-* «ambachten het opmaken der nominatie van een drietal «voor de benoeming van hoofdingelanden, art. 8; zijn alle «polders en verdere ondergeschikte dijk- of ambachts- «collegiën in den kring van het hoogheemraadschap van «Delfland gevonden wordende, aan het oppertoezicht van «hoogheemraden onderworpen, art. 16, al. 1 (gelijk aan «art. 19, al. 1, Reglement van Rijnland); hebben de «ambachtsbewaarders de voorkeur van alle werken, tot «den algemeenen waterstaat van Delfland behoorende, «art. 18, al. 3; moeten de rekeningen der sluisgelden «van de hoofdambachten door hoogheemraden worden «nagezien en des noods verbeterd, alvorens ze door het «ambachtsbestuur gedaan en door ingelanden van het «ambacht worden opgenomen en gesloten, art. 19.» (gelijk aan art. 20 van het Reglement van Rijnland).

Behalve deze bepalingen van het Reglement van 1804 liggen nog in den werkkring der ambachtsbesturen:

1^o. De zorg voor de werken van den algemeenen waterstaat van Delfland, welke tot ieders bijzonderen last staan;

2^o. De zoogenaamde verdere ambachtswerken, wegen, bruggen enz.;

3^o. De garing van Delflands sluisgeld en van de kosten van het ambacht;

4^o. Het beheer der tot het ambacht behoorende kassen.

Zie *Memorie van bedenkingen tegen het ontworpen*

reglement voor Delfland, overgelegd bij het adres der gecombineerde vergadering van de beide collegiën van Delfland aan de Provinciale Staten van Zuidholland van den 1 Julij 1852.

Het is bekend, dat hierin door de invoering van het nieuwe reglement voor het Hoogheemraadschap, goedgekeurd bij Kon. besluit van 20 Dec. 1852, n^o. 35, gewigtige veranderingen zijn gebracht.

Hoofdingelanden worden door stemgerechtigde ingelanden verkozen (art. 7): het bestuur (beheer) over werken, behoorende tot de algemeene waterloozing of waterkeering van Delfland, vroeger door ambachtsbesturen uitgeoefend, is onder bestuur (beheer) van Dijkgraaf en Hoogheemraden gesteld (art. 195*a*, in verband met artt. 18, 110 en 135); de vereenigde vergadering regelt het beheer der waarborg- en afkoopkassen, waarop door Dijkgraaf en Hoogheemraden moet worden toegezien (art. 85 en 113), de kosten van onderhoud der werken, die vroeger door de ambachtsbesturen gedragen werden, komen voor rekening van het geheele hoogheemraadschap.

De besturen van de *waterschappen*, door de vereenigde vergadering aangewezen, zijn belast met de invordering der omslagen (art. 162).

Zoo de meening juist is, dat een ambacht niet onder *waterschappen* kan worden gerangschikt, dan kunnen de ambachtsbesturen niet met de garing van Delflands sluisgeld worden belast; dan moet ook aan polderbesturen de inning van de omslagen der landen, buiten de polderkaden gelegen (boezem en vlietlanden), en dus tot geen polder behoorende, worden opgedragen.

Zal hieruit geene ongelegenheid ontstaan? de ambachtsbewaarder was belast met de inning der omslagen over de landen, binnen het ambacht, doch hetzij binnen, hetzij buiten de polders gelegen. Ook is de regeling der ambachtsbesturen niet als verplichtend voorgeschreven,

want artikel 8 spreekt alleen van waterschappen.

Veel van hetgeen hiervoren is gezegd, vooral wat de invoering van nieuwe regels van bestuur aangaat, is ook van toepassing op Schieland, ofschoon, naar men meent, aldaar ieder ambacht niet zoovele polders onder zijn gebied heeft als in Delfland.

De voorschriften van beide reglementen komen hoofdzakelijk overeen.

De uitwaterende sluizen van de Rotte blijven echter, na de invoering van het reglement, in onderhoud bij de ambachten Hillegersberg, Zevenhuizen, Kralingen enz. (art. 185 van het nieuwe reglement van Schieland, goedgekeurd bij Kon. besluit van 17 Dec. 1851, n°. 21).

Opmerkelijk is hetgeen de commissie uit de Provinciale Staten in haar verslag van 1 Julij 1851 betrekkelijk dit reglement, met opzigt tot deze zaak heeft verklaard.

«Uwe commissie acht het ondoenlijk de betrekking tusschen het bestuur van Schieland en die der ondergeschikte waterschappen over en weder behoorlijk te regelen en juist aan te wijzen, tenzij er gelijktijdig wierd bepaald op wat wijze de waterschappen zullen worden bestuurd.

«Dit onderwerp is niet zeer gemakkelijk. Schieland is nog, als van oudsher, in achttien ambachten verdeeld. In die ambachten vindt men vele polders en droogmakerijen. Elk ambacht heeft een bestuur, elke polder, elke droogmakerij heeft mede een bestuur. Daardoor bestaan er in Schieland ruim vijftig besturen.

«Sommigen achten het wenschelijk, dat dit inwendig bestuur van Schieland op eenen gansch anderen meer eenvoudigen, minder kostbaren voet worde geregeld. Zij beweren, dat sommige ambachtsbesturen geheel overbodig zijn, naardien zij niets te besturen hebben dan het beheer eener kas; dat andere zonder bezwaar kunnen worden vervangen; en dat eene geheel nieuwe

regeling in het belang van ingelanden gevorderd wordt.

«Uwe commissie zal het niet wagen daarover een gevoelen te uiten. Zij is daartoe niet geroepen en niet in staat. De bouwstoffen, welke tot eene goede beoordeeling der zaak vereischt worden, ontbreken haar geheel.

«Uwe commissie is daarom van meening, dat men voorloopig alleen moet regelen het toezigt over de waterschappen, met betrekking tot de algemeene belangen, en tot de belangen, die aan verschillende waterschappen gemeen zijn, en dat men overigens de bestaande orde van zaken voorloopig moet handhaven, en de verdere verhouding tusschen het bestuur van het hoogheemraadschap en de besturen van de daarin gelegene waterschappen nader moet regelen bij het reglement of de reglementen, welke voor die waterschappen moeten worden vastgesteld.»

De gedachte, waardoor het reglement van Schieland wordt bestuurd, is alzoo *handhaving der ambachtsbesturen*, die, in navolging van hetgeen in art. 1 van het Reglement houdende algemeene beginselen voor de vaststelling van nieuwe waterschapsreglementen in Zuid-Holland van 1846 is bepaald, door de commissie (ook door de Staten?) onder *waterschappen* zijn gerangschikt.

Slechts weinige ambachten in Schieland schijnen door bijzondere reglementen te worden beheerd.

Alleen werd gevonden het reglement voor het ambacht van Hilligersberg, vastgesteld door de Staten van Holland en West-Friesland den 24 October 1705:

Artt. 1—5. De Regering van het ambacht zal als van ouds bestaan uit schout, 2 ambachtsbewaarders en 8 hoofdingelanden, representerende de gemeente, en genaamd achtemannen, waarvan 4 door schout en schepenen, 4 door de ambachtsheeren gekozen. De ambachtsbewaarders waren (art. 23) belast hoofdzakelijk met de inning der omslagen ten laste van het ambacht, het

opnemen van de ambachtsrekeningen, met de zorg, in één woord, van hetgeen het ambacht betreft (art. 29), in belangrijke zaken met de achtemannen. (Hieroover nader).

In den ouden tijd waren vijf verschillende ambachtsbesturen belast met de zorg voor de waterkeeringen van den Krimpenerwaard.

In 1822 werd een bepaald dijkbestuur over dien waard ingesteld. (GEVERS DEYNoot, blz. 55).

Aan de ambachten, twaalf in getal, die den waard uitmaken, bleef intusschen groote invloed op de waterstaatszaken verzekerd.

Zij benoemen den penningmeester, en «verkiezen vier mandatarissen (kavelen), die het toezigt over de financiën van den waard hebben. Vóór 1812 werd aan hunne afgevaardigden rekening gedaan, na dat jaar geschiedt dit aan het dijksbestuur en aan de voorname grondeigenaars van den waard.

«Het hoogdijkscollegie heeft voornamelijk gezag over den dijk, die den waard omsluit (de daarin gelegen sluizen en duikers zijn ten laste der ambachten); het waterschap zelf wordt echter door de verschillende ambachts- en polderbesturen beheerd.

«Ieder ambacht staat op zich zelf, daar zij geene gemeenschappelijke boezems bezitten; *maar ieder zijne eigene waterwerken, wegen en keuren heeft*» (GEVERS DEYNoot, blz. 58).

Belangrijke werken, door de drie steden Dordrecht, Gouda en Schoonhoven voorgestaan, moeten aan de ambachten worden voorgelegd, ten einde deze daarover met meerderheid van stemmen zouden beslissen; voor geldleeningen boven 4000 heeft het bestuur toestemming der ambachten noodig.

Belangrijke punten, ter behandeling voorgenomen, moeten 14 dagen te voren aan schouten en geregten van

den waard worden medegedeeld, zie artt. 7, 8 en 18 van de *Handvesten van PHILIP VAN BOURGONDIE en JACOBA VAN BEIJEREN* van anno 1430, artt. 1, 3, 4, 7, 10, 12; 16, 56 (zie ook artt. 66—71) van het Reglement van 1762, bevestigd in 1805.

Dit overzicht doet zien, dat vooral hier groote omzigtigheid bij de opheffing der ambachten, zoo die plaats moet vinden, zal behooren te worden in acht genomen.

Eenige dier ambachten worden beheerd naar afzonderlijke reglementen, o. a., het ambacht (vroeger hooge heerlijkheid) van Lekkerkerk, krachtens het Reglement door de Staten van Holland en West-Friesland den 19 Augustus 1716 vastgesteld. Art. 12: « Het gerecht zal als van ouds bestaan uit een schout en zeven heemraden, die de Regering over het ambacht en administratie der civiele justitie zullen hebben. »

Art 15: « De heemraden moesten minstens twee morgen lands bezitten. »

Art. 25. « Schout en hoogheemraden zullen, behalve de administratie der justitie, alle schouwen van kaden, wegen, vlieten, banwerken, hetzij binnen of buiten het ambacht voeren, en zorg dragen voor de herstelling der sluizen, molens, duikers enz. »

Alle ambachts- en polderschouwen zullen als van ouds worden gedaan door schout en heemraden.

Men raadplege ook het Reglement wegens het ambacht van Berkou (Berkenwoude), vastgesteld of goedgekeurd door het Hof van Holland den 1 Maart 1663, nadat het door den ambachtsheer was goedgekeurd.

De werkkring schijnt zich hoofdzakelijk tot waterstaatswerken te bepalen.

In de Reglementen in 1804 en 1805 door het departementaal bestuur voor de *gemeente*-besturen van Gouderak, Crimpen aan den IJssel en Ouderkerk aan den IJssel vastgesteld, worden ook de waterstaats-aangelegenheden,

voor zoover zij onder beheer der ambachtsbesturen stonden, geregeld.

Het schijnt van belang eenige hoofdpunten aan te stippen.

De schout der gemeente was krachtens het Reglement tevens schout van het ambacht, de leden van het bestuur of gezworenen waren tevens schepenen voor de uitoefening der justitie, en tegelijk belast met het beheer der zaken van het ambacht (waaronder waterstaatszaken worden verstaan) waarvan afzonderlijke rekening werd gedaan.

De bezittingen van het ambacht werden gesteld onder beheer van het gemeentebestuur, dat ook met de inning van de dijks-lasten en met de zorg voor de finantien van het ambacht was belast, waarvoor het uit de ambachtskas werd beloond.

De schout draagt zorg voor de handhaving der keuren op dijken, wegen, landscheidingen, boezemkaden, bruggen, watering en voert met heemraden schouw over die voorwerpen.

Het ambacht van Gouderak bestaat uit drie bijzondere en van elkander gescheiden polders, *blokken* genaamd, waaruit de verschillende leden van het bestuur worden gekozen. In ieder der polders wordt het beheer gevoerd door waardslieden, gekozen door stemgerechtigde ingelanden.

In *Krimpen aan den IJssel* zijn de leden van het gemeentebestuur met den schout tevens heemraden en hebben beheer over het ambacht, alsmede de civiele justitie.

In ieder der twee polders, waaruit het ambacht bestaat, zijn als van ouds twee waardslieden, te stellen door ingelanden. De waardslieden hebben het beheer over de molens, sluizen, bruggen en verdere *poldergoederen*.

De schout en twee leden van het gemeentebestuur zijn belast met de inning van het dijkgeld en van de polderomslagen.

Oudekerk aan den IJssel bestaat uit drie polders, waaruit de onderscheiden leden van het gemeentebestuur werden gekozen.

Alle ambachtsschouwen worden als van ouds gedreven door schout en heemraden, ook over de wegen en daarin gelegen bruggen.

In elk der polders zijn als van ouds twee polderbestuurders of waardsmannen, die beheer voeren over de polderwerken en goederen en het regt hebben nopens kaden en vlieten verordeningen te maken, doch de naschouw wordt door den schout gedreven.

Nopens de inrigting van de ambachtsbesturen in het grootwaterschap van *Woerden* is weinig gevonden.

In den *Tegenwoordigen staat van alle Volkeren* vindt men alleen aangeteekend, dat in dit waterschap vijf ambachtsheerlijkheden en vele dorpen zijn gelegen.

Nopens de inrigting van het ambacht van Bodegraven, verdeeld in vijf polders, wordt gemeld, dat het beheerd werd door schout en 7 ambachtsbewaarders voor het politieke en 7 schepenen voor de middelbare en lage regtszaken.

De laatste werden door den baljuw van Woerden aangesteld, doch de ambachtsbewaarders kozen hunne eigene opvolgers.

Ieder der vijf polders had zijne lage- en hoogheemraden met den schout aan het hoofd, doch zij maken te zamen ook een algemeen collegie uit.

Bodegraven had ook 5 waardslieden, die, toegevoegd aan Dijkgraaf en Hoogheemraden van het grootwaterschap, het toezigt over de geldelijke aangelegenheden van het grootwaterschap uitoefenden, en tevens voor het belang van het ambacht zorgden.

Later schijnt bepaald, dat uit ieder kerspel 2 hoofd-
ingelanden zouden worden afgevaardigd.

De kerspelen nu zijn Woerden, Harmelen, Camerik,
Zegveld en Bodegraven (GEVERS DEYNOOT, bl. 54).

In Noordholland (behalve Rijnland, waarover reeds
vroeger) doet zich de zaak anders voor.

Wat daar *ambacht* heet, moest eigenlijk *dijksdistrict*
worden genoemd.

Zoo bevat Westfriesland vier groote ambachten, Dreg-
terland, de vier Noordercoggen, Geestmerambacht en
de Schager- en Nedorpercoggen.

Elk dier ambachten of dijksdistricten (in den eigen-
lijken zin *waterschappen*) bestaat uit een meerder of
minder groot aantal polderdistricten, ook wel coggen
genaamd, die veel overeenkomst hebben met de tegen-
woordige *ambachten* in Zuidholland.

In Geestmerambacht zijn er zes: St. Pancras, Broek
op Langedijk, Koedijk, Zuidseharwoude, Noordschar-
woude en Oudcarspel.

Deze schijnen ook geene waterschappen in de gewone
beteekenis des woords, maar de besturen zijn toch met
waterschapsbelangen, eene zekere uitgestrektheid landen
gemeenschappelijk rakende, belast.

De polderdistricten strekken zich veelal even ver uit
als de gemeenten, zoodat iedere gemeente in den regel
een polderdistrict uitmaakt.

Zij beheeren geene dijken, molens, sluizen of andere
waterstaatswerken, met uitzondering van eenige wegen
en werken van het district, maar zijn voornamelijk be-
last met de inning der omslagen:

1°. ten behoeve der algemeene dijkagie van West-
friesland;

2°. van het dijksdistrict, waartoe zij behooren, wegens
de kosten van inwendig beheer der binnendijken en daar-
mede in verband staande waterwerken;

3°. van het molendistrict (gevormd door polders , die ééne en dezelfde bemaling hebben) waarin zij gelegen zijn ;

4°. van het hoogheemraadschap van de uitwaterende sluizen van Westfriesland en Kennemerland , voor zoover zij uitmalen op Schermerboezem , waardoor Westfriesland aan de landzijde wordt bespoeld ;

5°. van de dijkagie van de Hondsbossche.

De besturen der polderdistricten bestaan in den regel uit dezelfde personen als de gemeentebesturen.

Ook hier is scheiding der twee verschillende besturen noodig.

Uit de vereeniging toch is op vele plaatsen verwarring van gemeente- en polderuitgaven ontstaan; vele gemeenteuitgaven worden uit de polderkas bestreden.

Reeds schijnt de aandacht der Provinciale Staten van Noordholland daarop gevestigd.

Een der polderdistricten, dat van Winkel, gelegen in de Nidordercogge, die gezamenlijk met de Schagercogge een der vier Westfriessche ambachten uitmaakt, is in 1852, onder goedkeuring des Konings, van een nieuw reglement van bestuur voorzien.

De vraag is, ware hier vereenvoudiging door opheffing der polderdistricten niet wenschelijk en uitvoerbaar?

Vroeger reeds is aangetoond, dat het ambachtsbestuur oudtijds, zoowel over eigenlijke *gemeente-* als over *waterstaatszaken* beheer voerde.

Het burgerlijk- en waterstaatsbestuur en tevens de rechtspraak in die beide zaken was alzoo in handen van dezelfde personen.

Na 1798 werd bijna overal eene scheiding tusschen dat tweeslachtig beheer ingevoerd.

Het *burgerlijk* of eigenlijk *het bestuur over de gemeente* werd aan schout (Burgemeester) en assessoren of schepenen opgedragen. De rechtspraak verviel aan de

Regtbanken ; voor de armenzaken en die der weeskamer traden andere personen op.

Alleen de waterstaatszaken bleven zonder voorziening , of liever de gemeentebesturen bleven , onder den naam van ambachtsbesturen , stilzwijgend met de verzorging daarvan op den ouden voet belast.

Schout en assessoren bleven alzoo als schout en ambachtsbewaarders fungeren.

Zij vonden de regeling dier taak in oude reglementen of keuren , zoo als in Rijnland , of ook wel in het gebruik , zooveel mogelijk afgebakend.

Dit vond , zooveel bekend is , vooral plaats in de groote waterschappen van Zuidholland tusschen de Maas en Noordholland en mede in deze laatste provincie.

Slechts in weinige districten werd de zaak door de departementale besturen in 1803—1805 behoorlijk geregeld.

Dit had , zooals reeds is aangewezen , in den Krimpenwaard plaats ; ook de taak van het ambachtsbestuur van Hilleegersberg werd in een reglement bepaald.

In dit reglement , vastgesteld door het departementaal bestuur den 19 Januarij 1804 , ter vervanging van dat , waarvan hierboven eenige der voornaamste bepalingen , tot dit onderwerp betrekkelijk , zijn uitgeschreven , zijn de regels nopens het burgerlijke en het waterschapsbestuur op eene zonderlinge wijze dooreen gemengd.

Eenige worden hier medegedeeld met dezelfde woorden als in het oorspronkelijk stuk.

De regering van de *gemeente* Hilleegersberg en Rotteban zou bestaan uit 8 leden en zal de schout civiel daarin zitting hebben met eene adviserende stem.

Twee leden , onder den naam van *ambachtsbewaarders* , waren met den schout belast met de zaken van dagelijksch beheer en met alles , wat het huishoudelijke van de *gemeente* en veenderij betreft en niet aan het ge-

meentebestuur zelf was opgedragen; zij werden gecommiteerd door het gemeentebestuur.

Dit moest zorgen, behalve voor andere werken der gemeente, voor de wegen, kaden, waterkeeringen en wateringten binnen deze gemeente, waarvoor het collegie van zeven, door het gemeentebestuur als van ouds aangestelde hoogheemraden met den schout schouw voerde, conform de keuren van Dijkgraaf en Hoogheemraden van Schieland.

Het gemeentebestuur moest verder zorgen, dat de verpondingen en alle verdere, binnen de gemeente geheven lasten, werden opgebracht, volgens de kohieren, door schout en ambachtsbewaarders geëxamineerd; de garing daarvan werd in het openbaar aanbesteed.

Het gemeentebestuur had het toezigt over de verveeningen en de zorg dat zij overeenkomstig de octrooijen en verordeningen geschieden. Het was belast met het beheer der afkoops- en waarborgskassen, en zoo als van ouds met dat over de droogmaking der 110 morgen.

NB. Het woord *ambacht* komt in dit reglement niet eens voor.

Zoo nu al hier en daar, vooral in 1803—1805, gelijktijdig met «de regeling der gemeentebesturen van zoodanige vlekken en dorpen binnen het departement, welke hooge of ambachtsheerlijkheden zijn», (zie resolutie van het departementaal bestuur van Holland van 25 October 1803), ook die der waterschapsbelangen, ofschoon op min eigenaardige wijze, plaats vond, was dit geen doorgaande regel.

Het lag in den geest der Grondwet van 1798, de besturen der gemeenten van die over waterstaatszaken te scheiden.

Nadat in art. 92 het toezigt over den staat der dijken,

wegen en wateren tot een tak van inwendig bestuur was verheven, wordt in artt. 190—192 alleen van *gemeente* en *gemeente*-besturen gesproken, waarvan de inrigting in een reglement door het vertegenwoordigend ligchaam, op voordragt van het uitvoerend bewind, zou worden vastgesteld.

Dit was ook de geest der Grondwet van 1801.

Art. 73 bepaalt: «Iedere stad, district of dorp heeft zijn eigen *gemeente*-bestuur, ingerigt op zoodanigen voet, als door iedere *gemeente* ter goed- of afkeuring aan het departementale bestuur zal worden voorgedragen». Zie ook art. 72.

Een algemeen bestuur van den *waterstaat* werd verder, ingevolge art. 69 der Staatsregeling van 1801, opgericht door het Staatsbewind in 1803, naderhand hervormd door den Raadpensionaris in 1805 en onder Koning Lodewijk behouden.

Ook aan de departementale besturen was bijzondere zorg voor de waterstaatsbelangen aanbevolen (o. a. in art. 68 Staatsregeling van 1801), onverschillig door wie zij beheerd werden.

Het reglement voor de departementale besturen van 1805, art. 28 en volgende, bevat daaromtrent belangrijke bepalingen.

Scheiding van het gemeentebeheer en dat van den plaatselijken waterstaat moest regel zijn.

Zie ook art. 27 van het Departementaal Reglement van Holland van 1802.

Dit geschiedde niet, ten gevolge van het laten rusten der zaak nopens de waterschapsbesturen.

Onder het Fransche Gouvernement nu werd ontdekt, dat hier eene leemte bestond, die aanvulling eischte.

Als transitoire maatregel werd door den auditeur au Conseil d'État, chargé par interim du service des ponts et chaussées en Hollande, den 22 Maart 1812, bepaald:

1°. Que les *maires* rempliront provisoirement relativement aux administrations des poldres, districts, etc. les fonctions qui étaient attribuées aux baillifs (schouten) et attachées à leur places, et qu'ils auront sous ce rapport les mêmes relations avec les directions supérieures (Hoogheemraadschappen) qu'avaient les baillifs;

2°. que les administrateurs des districts, nommés «Ambachtsbewaarders,» chargés de surveiller les travaux et de percevoir les taxes, continueront leur service, comme par le passé, conformément au décret du 18 Octobre 1810; ce service leur étant généralement confié personnellement et individuellement;

3°. que dans les communes, où les fonctions d'ambachtbewaarders ont été exercées par des membres de corps municipaux, comme délégués de ces corps, les individus, qui l'exerçaient au moment de l'organisation des mairies, continueront le même service et sans aucun changement pour tout ce qui est relatif à l'administration hydraulique.

Ten gevolge van die aanschrijving hebben o. a. in Delf- en Schieland de *maires* en later de burgemeesters, waargenomen al wat bij de keuren en reglementen aan de schouten is opgedragen.

De burgemeester staat daar, wegens zijne betrekking van ambachts- of polderschout, onder toezigt van Dijkgraaf en Hoogheemraden.

In Rijnland werd mede aan de vereeniging van de betrekking van Schout met die van burgemeester tot in 1850 veel prijs gehecht. Ook daar aanvaardde de burgemeester bij zijne indiensttreding stilzwijgend de betrekking van schout.

Het scheen het gemakkelijkst de zaken op den ouden voet te laten, en men begreep niet, dat hieruit vroeg of laat verwarring moest ontstaan.

Art. 56 van het reglement op het bestuur ten platten

lande, verkeerd uitgelegd, heeft tot bestendinging van dien staat van zaken ten overvloede medegewerkt.

De leden nu van de gemeentebesturen», vooral na de invoering der reglementen van 1803 en volgende jaren, van 1825 en eindelijk van de gemeentewet, kunnen geenszins, zoo als vroeger, als vertegenwoordigers der ingelanden, als medebelanghebbenden worden beschouwd; grondbezit is niet meer, als vroeger, een der vereischten.

Ontstond hieruit vroeger minder bezwaar, toen de gemeentebesturen eigenlijk zich zelve aanvulden, daar steeds hnnne voordragten door Gedeputeerde Staten gevolgd werden: na de invoering der regtstreeksche verkiezing is aan de grondeigenaren nog meer dan vroeger invloed op de keuze ontnomen.

Het bevreemdt, dat niet eerder het wenschelijke schijnt ingezien te zijn, dat in deze zaak verandering wierd gebracht, te meer, daar voor jaren reeds de administratie van den plaatselijken waterstaat als omslagtigen kostbaar is voorgesteld, die wijziging vorderde (GEVERS DEYNoot, bl. 118).

«Eene opheffing of ineensmelting van ambachtsbesturen ware welligt wenschelijk, met eene meer eenvoudige verdeeling van het geheele hoogheemraadschap in polders en districten, en met toekenning van bepaalde en meer uitgebreide regten aan de ingelanden en de besturen.

«Nu vindt men ambachtsbesturen waar soms de ambachten slechts in naam bestaan.

«Zij zijn overblijfselen eener vroegere verdeeling van het platteland, die herzien kan worden.

«Nimmer werd ook de grenslijn tusschen *ambacht* en *gemeente* bepaald. De verwickelingen die hieruit voortvloeijen zijn menigvuldig.

«Nu worden soms lasten, die ongetwijfeld onder de gemeente-lasten behooren, alleen door de ambachten en dien ten gevolge door landeigenaren gedragen.

«Die grenslijn zou bij eene nieuwe verdeeling be-

hoorlijk kunnen getrokken en hierdoor een rijke bron van geschillen gestopt worden.

«Gaarne erkennen wij, dat hierbij de grootste omzigtigheid vereischt wordt.

«Bestaande regten mogen nimmer geschonden worden, maar men moet onderscheid weten te maken tusschen regten en belangen.

«Bovendien wordt dikwijls iets voor een onschendbaar en verkregen regt gehouden, hetwelk zulks niet is.» (GEYERS DEYNoot, blz. 122).

Wat hier ten slotte is aangevoerd moge ook wel als aandrang tot eene regeling der zaak worden beschouwd.

Vele voorwerpen, die thans door ambachten worden onderhouden, zoo als wegen, bruggen enz., moesten uit den aard zijn ten laste van de gemeente.

Art. 231 der Gemeentewet stelt deswege een anderen regel, die intusschen van veel belang kan zijn tot behoorlijke regeling dezer zaak. *Wettige* verpligting tot onderhoud dezer voorwerpen rust niet op de ambachtsbesturen of op de ingelanden, want een titel, waarop zij gegrond zou zijn, kan, zoo als men meent, niet, althans slechts bij uitzondering, worden vertoond.

Slechts het gebruik heeft dien last op de ingelanden of landbouwende klasse der ingezetenen gelegd; soms ook geschiedde het door de ambachtsheeren, die zooveel mogelijk de minder vermogende klasse van ingezetenen, die geen landeigendommen bezaten, trachtten te verligten.

Ook waren de wegen oudtijds minder dienstbaar aan gemeenschap tusschen omliggende gemeenten voor *alle* ingezetenen, dan wel aan den afvoer der voortbrengselen van den landbouw.

Wat de overige waterstaatswerken betreft, deze moesten naarmate van het meerder of minder belang voor den algemeenen waterstaat van het hoofddistrict ten laste van dit of van de polders komen.

Zoo is het ook bij de vaststelling van het reglement van Delfland begrepen.

Bij de regeling der zaak worden artt. 4, 7, 8 en andere van het Reglement op de wegen en voetpaden in Zuidholland, goedgekeurd bij Kon. besluit van 26 November 1852, n^o. 75, niet uit het oog verloren.

De wegen toch, thans door ambachtsbesturen beheerd, zijn onder het bereik van deze verordening.

Het zijn toch of *gemeentewegen*, om te spreken in den zin van het Reglement van 1803—1805, of *waterschapswegen* in den zin van hen, die ambacht onder waterschappen brengen.

De ambachtsbesturen worden bij die verordening in dat gezag en in het regt van toezigt bevestigd; alle bepalingen daaromtrent worden mede gehandhaafd.

Er hestaat nu te meer reden om zich de zaak aan te trekken, en niet met stilzwijgen eene hoogst ingewikkelde zaak voorbij te gaan.

Meer en meer toch is de strekking daarheen, om aan die besturen gezag te betwisten.

Eerst (in 1847) was het verzet tegen de uitoefening der extra judiciële magt door ambachtsbewaarders van Rijnland, gegrond op de wijze van *aanstelling* door den ambachtsheer te doen plaats hebben. Daarin is toch voorzien door de benoeming door den Koning op voordragt der ambachtsheeren.

Destijds werd, is het berigt juist, door de Gedeputeerde Staten van Zuid- en Noordholland op het behoud der ambachtsbewaarders aangedrongen en ambacht met waterschap op ééne lijn genoemd.

Ambachtsbewaarders zouden volgens hen in de ambachten zijn, wat heemraden of poldermeesters in polders zijn.

Na 1848 geschiedde de benoeming op voordragt van den gemeenteraad.

Later is zelfs in regten betwist dat een *ambacht* tot de waterschappen behoort.

Voorziening kan dus niet langer worden uitgesteld.

Het scheen, dat slechts de stand der zaak in de ware gedaante behoefde te worden voorgesteld, om eene regeling wenschelijk, ja dringend noodig te doen achten.

Daartoe moge deze Nota iets bijdragen.

BOEKBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

BUITENLANDSCHE LITERATUUR.

Das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren Strafgesetzgebungen, von Dr.

THEODOR MAREZOLL, dritte vielfach umgearbeitete Ausgabe. Leipzig, 1856, XVI en 640 pag. in 8vo.

Wie er zich over moge verwonderen, dat een leerboek van het strafregt, eens van kracht in het geheele Duitse rijk, maar thans beperkt tot eenige kleine on-aanzienlijke Staten (1), binnen vijftien jaren zijnen derden druk beleeft, kan de verklaring van dit — bij oppervlakkige beschouwing — vreemde verschijnsel vinden op den titel zelf, die, meer dan dit gewoonlijk met titels het geval is, in eens een volkomen duidelijk begrip geeft van den inhoud.

(1) Naar de opgave des schrijvers, p. 50, in de noot, zijn die Staten: Keur-Hessen, Mecklenburg, Holstein, Lauenburg, Schaumburg-Lippe, Reuss (älterer Linie) en de Hanze-Steden. Het gemeene regt in die streken, gelijk vroeger overal elders in het Duitse rijk, nog subsidiair geldende, zal, naar alle waarschijnlijkheid, spoedig zijne plaats geheel moeten inruimen voor strafwetboeken, reeds hier en daar in ontwerp aanwezig.

Themis, D. III, 4de St. [1856].

Het gemeene Duitsche Strafrecht is ook in die Staten, waar het sedert jaren zijne verbindende kracht heeft verloren, te beschouwen als iets meer dan eene bloote antiquiteit, belangrijk voor de regts- en staatsgeschiedenis van vroegere dagen, maar zonder grooten invloed op de verklaring en toepassing der nieuwe strafwetboeken. Slechts zij, wien die nieuwe wetboeken niet dan bij naam bekend zijn, kunnen hunnen gemeenschappelijken oorsprong, hunne *stirps communis*, dus miskennen. Geen volk breekt op een gegeven oogenblik moedwillig met zijn verleden, met zijne geschiedenis, en de codificatie, tot dien prijs, ware de grootst mogelijke dwaasheid. Zóó heeft geen Duitsche Staat haar dan ook immer begrepen. Het was hun niet te doen om een geheel nieuw recht in het leven te roepen, den geest door de letter te beheerschen, maar juist om de letter met den geest in overeenstemming te brengen door, met handhaving van het bestaande, waar dit sedert jaren goed en proefhoudend was bevonden, hier in de geschreven wet als regel vast te stellen, wat, ofschoon reeds in gebruik, in de door geene wet gebondene, ja dikwijls met de wet in strijd zijnde regtspraak, geen voldoende waarborg vond; ginds aan menige controverse eene bevredigende oplossing te geven, dáár eindelijk eene scherpere grenslijn te trekken tusschen recht en zedelijkheid, tusschen misdaad en zonde, dan men vroeger, door den in dit opzigt even verkeerden als in andere opzigten heilrijken invloed van het Canonieke recht had gekend, en alzoo, met voorbijgang in de strafwet van veel wat daarin vroeger eene plaats had gevonden, menige leemte, door de nieuwe behoeften van latere dagen geschapen, aan te vullen. Waar dit alles gelijkelijk het doel was der vervaardiging der in deze eeuw in de voornaamste Staten van Duitschland tot stand gekomen wetboeken, moesten echter verschil in regeringsvorm,

verschil in locale behoeften en belangen, en verschil niet het minst in wetenschappelijke overtuiging bij hen, die in de vervaardiging het meest werkzaam aandeel hadden, aanleiding geven tot groote afwijkingen in meerdere bijzonderheden; maar bij al die verscheidenheid bestaat in de hoofdbeginselen, vooral in die, welke aan het algemeen gedeelte van elk wetboek ten grondslag liggen, eene overeenstemming — de in menig ander opzigt zoo vaak te vergeefs nagejaagde Duitsche eenheid —, die alleen verklaard kan worden uit den gemeenschappelijken oorsprong, waaruit allen zijn gesproten. Dien gemeenen oorsprong te schetsen, niet als historisch verschijnsel, belangrijk alleen voor de kennis van vroegere dagen, maar als de nog levende bron van het thans bestaande, het heden aan het verleden te toetsen, en het eerste uit het laatste te verklaren, — ziedaar wat MAREZOLL zich in zijn uitmuntend werk heeft voorgesteld, ziedaar wat even kort als juist is uitgedrukt op den titel, die, hoeveel belovend ook, door den inhoud in geenen deele wordt gelogenstraft.

Dat zoodanig werk eene zeer geschikte handleiding is voor de wetenschappelijke vorming van hen, die ge-roepen zijn het Duitsche Strafrecht in een van de vele vormen, die het in de verschillende wetboeken heeft aangenomen, toe te passen, behoeft wel geen nader betoog. Het moge geen dier wetboeken in zijne bijzonderheden leeren kennen, noch voor eene bloot exegetische verklaring van den tekst belangrijke bouwstoffen opleveren, voor de historische en vergelijkende studie van het thans geldende Duitsche Strafrecht in zijne vele vertakkingen is het van het uiterst gewigt. En juist die algemeene strekking van MAREZOLL's werk maakt het voor den vreemdeling, die zich aan het Duitsche Strafrecht gelegen laat liggen, zonder in de details van elk wetboek te willen indringen, zeer bruikbaar. Bij de studie

van een speciaal onderwerp zal men welligt aan het verdienstelijke werk van HAEERLIN (1) of aan MITTERMAIER's aantekeningen op het Leerboek van FEUERBACH de voorkeur geven; om den algemeenen geest der nieuwe wetboeken, gelijk die zich historisch heeft ontwikkeld, te leeren kennen, schijnt geen dier werken, hoe verdienstelijk ook, zoo zeer geschikt.

Daarom achtte ik het geen nutteloozen arbeid, van het werk van MAREZOLL in dit Tijdschrift een verslag te geven. Moge het strekken om dezen derden veel verbeterden druk in ons vaderland eenige meerdere bekendheid te geven, dan de vorige hebben genoten, en ook daardoor het bewustzijn veld winnen, dat met een ernstigen wil ten goede eene nieuwe codificatie van het Nederlandsche Strafrecht, bewerkt naar de treffende Deutsche modellen, zonder van deze eene bloote navolging te zijn, eene zaak is zoo wenschelijk als mogelijk.

Aan de behandeling van het algemeen gedeelte van het Deutsche Strafrecht laat MAREZOLL eene hoogst belangrijke INLEIDING, over het ware begrip van dit gedeelte der regtswetenschap, zijne geschiedenis, bronnen, literatuur en hulpmiddelen, wat Deutschland betreft, voorafgaan.

Die inleiding is verdeeld in twee hoofdstukken, van welke het eerste (§ 1—3) het Strafrecht in het algemeen, het tweede (§ 4—13) het Deutsche Strafrecht in zijne geschiedkundige ontwikkeling beschouwt. Het is van belang bij elk van beiden een enkel oogenblik stil te staan.

Het strafrecht is dat deel der regtswetenschap, dat de leer der misdrijven en straffen ten onderwerp heeft, en daar hier onder straffen alleen te verstaan zijn de

(1) *Grundsätze des Criminalrechts nach den neuern deutschen Strafgesetzbüchern*, von Dr. C. F. W. J. HAEERLIN, 4 Deelen, Leipzig, 1845—1849.

dwangmiddelen onmiddellijk door den Staat aangewend ter beteugeling van het kwaad, maakt het een deel uit van het Staatsregt in uitgebreiden zin. Het Strafrecht in naauw verband staande met, maar toch onderscheiden van het politie-regt, voorts in ruimeren zin ook de Strafvordering, het straf-proces, omvattende, doch bij eene wetenschappelijke behandeling, en in de positieve wet daarvan veelal gescheiden, is, gelijk alle overige gedeelten van het regt, vatbaar voor eene tweeledige behandeling, de wijsgeerige en de geschiedkundige methode, terwijl *die Criminal-politik* (praktische filosofie van het Strafrecht) tusschen beiden treedt, om beider resultaten in het positieve regt te vereenigen. Waar, gelijk in dit werk, de behandeling en ontwikkeling van het positieve (hier het gemeene, als oorsprong van het tegenwoordige Deutsche) Strafrecht hoofddoel is, moet zeker de methode grootendeels historisch zijn, doch het ware eene groote dwaling daarbij de philosophische rigting geheel te veronachtzamen, eensdeels, omdat zij veeltijds ter verklaring dient van de gedachte door den wetgever in de wet uitgedrukt, anderdeels, omdat de codificatie van het strafrecht, meer nog dan die van het burgerlijk regt, aan de wetenschap moet overlaten.

Na deze denkbeelden vlugtig te hebben ontwikkeld in § 1 en 2, staat de schrijver in § 3 meer in het breede stil bij de beantwoording der vraag, waarop het regt van den Staat, welks uitoefening hij van de vroegste tijden als pligt heeft beschouwd — het regt om het misdrijf te straffen — berust?

Die vraag, sedert den tijd, dat in de beoefening van het strafrecht een meer wijsgeerige zin zich heeft geopenbaard, met zooveel naauwkeurigheid onderzocht, is niet alleen in de school, maar ook in het leven van gewigt, omdat hare beantwoording van onmiskenbaren invloed is op de bepaling der grenzen van

het strafwetgevend gezag in den Staat, de wijze, waarop het zich moet doen gelden, en den aard der misdrijven en straffen, waarmede de positieve wet zich heeft bezig te houden. Intusschen moet men zich wachten, aan eene bepaalde zoogenaamde strafregts-théorie, hetzij *in iure constituendo*, hetzij *in iure constituto*, eenen al te grooten of uitsluitenden invloed toe te kennen. *In iure constituendo* immers heeft de ondervinding geleerd — een treffend voorbeeld is hier FEUERBACH's werk, het Beijersche Strafboek van 1813, — dat de pogingen om eene geheele strafwetgeving te bouwen op eene enkele strafregts-théorie niet beantwoorden aan de hoog gespannen verwachtingen, die men daarvan pleegt te koesteren, terwijl daarentegen het in een onderling rationeel verband aanwenden van de onderscheiden goede elementen, vervat in de verschillende theoriën, die, wat men te veel uit het oog verliest, eigenlijk niet verschillen over den verwijderden regtsgrond der straffen, tot de beste resultaten leidt. *In iure constituto*, bij de uitlegging der wet, vergeet men maar al te zeer, dat het strafregt eene essentieel praktische wetenschap is, wanneer men iedere strijdvraag wil zien opgelost door eene abstracte theorie, wezenlijk of vermoedelijk aan de positieve wet ten grondslag liggende.

Na deze algemeene beschouwingen, die in belangrijkheid winnen door vergelijking met wat MITTERMAIER over hetzelfde onderwerp heeft geschreven (1), zet de schrijver in weinige bladzijden *zijne* gronden uiteen, «um die *volle Gerechtigkeit* und damit denn auch die *innere Rechtsnothwendigkeit* der Strafgewalt des Staates zu beweisen.» Bij deze voortreffelijke ontwikkeling stelt MAREZOLL op den voorgrond, wat door velen voor hem,

(1) MITTERMAIER, *die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung*. II, s. 4 sqq.

o. a. door MITTERMAIER (1) reeds is opgemerkt en van groote waarde is voor de juiste opvatting der veel bestreden vraag, dat men zich namelijk moet wachten voor eene verwisseling van den eigenlijken regtsgrond der straffen met de onderscheiden nuttige doeleinden, die men door deze kan trachten te bereiken. Die regtsgrond nu is noch gelegen in eene onmiddellijke opdracht van God aan de wereldlijke overheid, noch in eene fictieve overeenkomst van die overheid met den overtreder harer wetten, maar enkel en alleen in het doel en den werkkring van den Staat, de handhaving van regt en gerechtigheid, de verzekering van regtsveiligheid aan allen, die zich op zijn grondgebied bevinden. Ieder gepleegd onregt, elke onregtmatige daad, is in meerdere of mindere mate een aanval op eene feitelijke krenking van HET REGT, door den Staat aan zijne ingezetenen gewaarborgd. Het gepleegde kwaad is een inbreuk op het regt, welks ongeschonden handhaving een middel eischt tot herstel. Oneindig in verscheidenheid is de werking van het onregt, oneindig in verscheidenheid zijn de middelen om het ten gevolge daarvan gebroken evenwigt te herstellen. Dikwijls is eene door de wet erkende burgerlijke verbindtenis tot schadevergoeding, of de nietigheid van het in strijd met de wet verrigte daartoe genoegzaam; in een welgeordenden Staat is de door de wet bedreigde straf het uiterste middel tot herstel van, of om met onzen schrijver te spreken, van reactie tegen het gepleegde onregt, en als zoodanig vindt zij hare volkomen regtvaardiging in het bestaan, in den werkkring, in het doel van den Staat. De dwaling nu, waarop de meeste zoogenaamde strafregts-theoriën berusten, is deze: dat zij, met voorbijgang van het hoofdoel der straffen — herstel van het gepleegde onregt — daarvoor een of ander nevendoeel in de plaats

(1) *Aanteekeningen op het Leerboek van FEUERBACH*, 14 Ausg., § 20b.

stellen, waaraan zij deze *uitsluitend* willen dienstbaar maken. De een wil voorkóming, de ander verbetering, de derde afschrikking, als naaste doel der straf; de waarheid is, dat zij in geen van deze haren eigenlijken regtsgrond vindt, maar dat zij allen kunnen medewerken, om de door een hooger beginsel geregvaardigde bevoegdheid van den Staat, om de misdrijven door straffen te beteugelen op de meest nuttige en heilzame wijze in werking te brengen. Door dit een en ander verklaart zich nader wat in het begin der § door den schrijver wordt gezegd over het gebruik van de zoogenaamde strafregts-theoriën bij de vervaardiging en uitlegging der positieve wet.

Wij komen thans tot het tweede hoofdstuk der inleiding, waarin de geschiedenis van het Duitsche Strafrecht, afgedeeld in drie tijdperken, in korte trekken meesterlijk wordt geschetst.

Het eerste tijdperk, van de oudste tijden tot de invoering van het vreemde recht, schetst het stelsel der bloed- en weergelden (*compositiones*) en zijn verval, omstreeks de tiende eeuw, sedert welken tijd men deze langzamerhand ziet vervangen door eigenlijke straffen, ofschoon het strafrecht ook nog lang daarna bleef verkeeren in een ellendigen toestand (§ 5), die niet op eenmaal kon worden opgeheven door de invoering van het vreemde, Romeinsche en Canonieke recht, welker naaste gevolgen tot aan de uitvaardiging der Carolina, in het tweede tijdperk (§ 9) worden geschetst, nadat in de beide voorafgaande §§, het algemeen karakter van beide regten, voor zoover zij het strafrecht betreffen, zeer goed is uiteengezet. De invoering van het vreemde recht had in den aanvang niet die gunstige gevolgen, die men er zich, met het oog op zijnen inhoud, van zoude kunnen voorstellen. Slecht begrepen, ongelijkmatig toegepast, en bovendien dikwijls op zijde geschoven tot behoud van

vele daarmedo strijdige gewoonten konde het de regtmatige klagten niet voorkomen, die op den Rijksdag in 1498 tot het besluit leidden, het Duitsche Strafrecht aan eene geheele hervorming te onderwerpen. Tusschen dit besluit, en zijne uitvoering in het jaar 1532 door de *peinliche Gerichtsordnung* van KAREL V (*Constitutio Criminalis Carolina*) ligt een geruim aantal jaren, die echter voor de zoo zeer gewenschte hervorming van het strafrecht niet geheel verloren gingen, daar in dien tusschentijd onderscheidene strafverordeningen voor bijzondere streken werden uitgevaardigd, waaronder de bekende arbeid van SCHWARZENBURG (*Constitutio Bambergensis*), welker naauw verband met de strafwet van KAREL V niet valt te miskennen.

Na den aard en de strekking van deze wet te hebben geschetst, en hare verdiensten, die men alleen over het hoofd kan zien, wanneer men, gelijk bij hare beoordeeling dikwijls is geschied, haar beschouwt uit het standpunt onzer tegenwoordige wetenschap en beschaving, gaat de schrijver over tot de beschouwing der derde periode, bevattende de verdere lotgevallen van het Duitsche Strafrecht tot op onzen tijd (§§ 10 en 11).

Na de uitvaardiging der Carolina werd er van rijkswege weinig meer gedaan tot ontwikkeling van het Strafrecht, dat van nu af zijnen verderen groei en wasdom te danken had eensdeels aan de wetten, uitgevaardigd in de bijzondere landen van het Duitsche Rijk, anderdeels aan den overwegenden invloed der wetenschap op de toepassing van het recht. Lang duurde het echter nog na de uitvaardiging der Carolina, eer het Duitsche Strafrecht, als zelfstandige wetenschap, van de leerstoelen der Duitsche universiteiten werd verkondigd en in wetenschappelijke geschriften behandeld. Wel werd de Strafwet van KAREL V nog voor het einde der zestiende eeuw in het latijn vertolkt door GOBLER, NEMUS en anderen,

en bij deze gelegenheid geparaphraseerd en gecomm-
tarieerd, maar deze commentaren, ofschoon voor de inter-
pretatie van den tekst niet onbelangrijk, hebben weinig
of geene wetenschappelijke waarde. Ver boven deze
verheven zijn de werken van HARPPRECHT, MATTHAEUS
en CARPZOVIVS, in de zeventiende eeuw verschenen.
Voor al de laatste auteur genoot in zijnen tijd een over-
wegend gezag, waaraan de nog weinig wetenschappelijke
en zelfstandige praxis een bijna blind geloof hechtte.
Eerst in de zeventiende eeuw openbaart zich eene geheel
andere en betere rigting in de beoefening van het Duit-
sche strafregt. Verschillende oorzaken werken daartoe
mede, waaronder door den schrijver op den voorgrond
worden gesteld de meer wetenschappelijke beoefening
van het Staatsregt, naar aanleiding der geschriften van
GROTIUS, BÖHMER, HOBBS, PUFENDORF en anderen; een
dieper indringen in den geest en de geschiedenis van
het gemeene Duitse regt, in commentaren, als die
van BÖHMER; en eindelijk het oprigten van akademische
leerstoelen voor het strafregt, als zelfstandige wetenschap.
Dit alles bleef niet zonder invloed op de wetgeving,
hetgeen vooral zigtbaar is in de verbeteringen van het
strafproces, in dezen tijd tot stand gekomen, onder welke
meer in het bijzonder moet vermeld worden de beper-
king in het gebruik en eindelijk de geheele afschaffing van
de pijnbank. Intusschen bleef het veld voor verbeterin-
gen nog steeds ruim, en het valt niet te ontkennen, dat
de jurisprudentie (die Gerichtspraxis), vooral op het
einde der achttiende eeuw, onder den invloed van den
geest dier dagen, uitgedrukt in de schriften van BECCARIA,
VOLTAIRE, FILANGIERI en anderen, die hunne welspre-
kende stem op eene vroeger niet gekende wijze verhieven
tegen de gebreken in het bestaande positieve regt, zich
meer gezag aanmatigde, dan den regter betaamt, en alzoo
langzamerhand ontaardde in eene geheel willekeurige,

door geene wet noch regt gebonden, naar subjectieve opvattingen verschillende, en alzoo in de onderscheidene landen en streken van Duitschland geheel uiteenlopende regtspraak. De gevaren van zulk een toestand loopen in het oog. Dat de wet daardoor hare zedelijke kracht verloor, en de misdrijven dagelijks vermeerderden, begrijpt ieder. Het was FEUERBACH's schoone roeping, door met kracht te wijzen op de toenmaals geheel uit het oog verloren ware verhouding tusschen het wijsgeerige en stellige strafregt, het gebied der regterlijke willekeur, zooveel in hem was, te keeren. Jammer, dat hij, ten gevolge van eene niet onnatuurlijke reactie, het arbitrium judicis binnen te enge grenzen wilde beperken, een ander gevaarlijk uiterste, waarvan het door hem ontworpen Beijersche Strafwetboek van 1813 de kennelijke sporen draagt(1), zoodat de ontwerpers der nieuwere Strafwetboeken, sedert 1838 in Duitschland tot stand gekomen, terecht getracht hebben hierin het juiste midden te houden. Eene chronologische opgave van die wetboeken, voorafgegaan door eenige belangrijke opmerkingen over het wenschelijke der codificatie van het strafregt en de gemeenschappelijke kenmerken van hare verschillende vertakkingen in Duitschland, geeft MAREZOLL in § 11a zijner inleiding, die besloten wordt door een paar §§, gewijd aan de hulpwetenschappen en de literatuur van het Strafwetboek.

Na op deze wijze den uitwendigen toestand van het Duitse strafregt, zoo als het was en is, te hebben geschetst, vervolgt de schrijver met in het algemeene deel die leerstukken, die aan de kennis van elk speciaal misdrijf moeten voorafgaan, en aan de toepassing der wet

(1) Dit is welligt de hoofdrede waarom dit Wetboek, na reeds belangrijke wijzigingen te hebben ondergaan, thans in zijn geheel niet meer aan de vereischten van onzen tijd schijnt te voldoen, en weldra door een ander zal worden vervangen, naar aanleiding van het ontwerp van 1854.

in elk bijzonder geval ten grondslag moeten liggen, te ontwikkelen; na vooraf (§ 15) met juistheid te hebben opgemerkt, dat in dit gedeelte van het gecodificeerde strafregt meer dan elders is overgelaten aan de wetenschap, die de leemten der wet, doordringende in haren geest, heeft aan te vullen.

Dit gedeelte van MAREZOLL's werk is, daar de uitspraken der wetenschap, niet, gelijk die der wet, door plaatselijke grenzen beperkt, overal gelijke kracht hebben, meer bijzonder ook buiten Dnitschland van belang, zooals uit een summier overzicht van zijnen inhoud het best zal blijken.

Het algemeene deel van het Strafrecht heeft de oplossing te geven van deze drie vragen: Wat is het begrip van misdrijf? Wat dat van straf? Welke zijn de algemeene regelen, volgens welke, in ieder bijzonder geval, de bij de wet bedreigde straf op het gepleegde misdrijf moet worden toegepast? Aan de beantwoording van elk dier vragen is eene afzonderlijke afdeeling (Abschnitt) gewijd.

De eerste afdeeling is weder verdeeld in twee hoofdstukken, het eerste (§ 16—29) handelende over de essentiële vereischten van ieder misdrijf, en het tweede (§ 30—36) over de verschillende wijzigingen, waaraan het algemeen begrip van misdrijf onderhevig is.

Misdrijven zijn, volgens den schrijver, *widerrechtliche, mit öffentlichen Strafen bedrohte Handlungen*.

Daar hier gesproken wordt, in den zin der positieve wet, valt de volkomen juistheid der definitie te betwijfelen. Eene daad is een misdrijf door het enkele feit, dat de wet haar met straf bedreigt (1); welke handelingen bij de strafwet moeten worden voorzien, of die

(1) Le délit n'est que l'infraction de la loi pénale. ROSSI, *Traité de droit Pénal*, éd. Brux., 1850, p. 169. Verg. MITTERMAIER op FEUERBACH, nota 1 ad § 21.

in abstracto onregmatig moeten zijn, is eene bloot theoretische vraag, welker beantwoording alleen te pas kan komen bij de omschrijving van wat een misdrijf is of behoort te zijn, volgens algemeene beginselen van strafregt. Hier dus is het woord wederregtelijk of overbodig, als er alleen bedoeld wordt op den strijd met de positieve wet, reeds aangeduid in de overige woorden der definitie, of onjuist gebezigd, wanneer er eene onregmatigheid *in abstracto* door wordt aangeduid. Beter zal men zich kunnen vereenigen met de stelling des schrijvers, ten grondslag liggende aan de verdeling van dit eerste hoofdstuk, dat bij ieder misdrijf te onderscheiden zijn het subject, het object, en de handeling zelve, waardoor het misdrijf wordt gepleegd, onder welke laatste hier alleen wordt verstaan de handeling beantwoordende aan het begrip van misdrijf in het algemeen (allgemeines Thatbestand), onderscheiden van de criteria van ieder bijzonder misdrijf (Specielles Thatbestand, corpus delicti).

Als subjecten van het misdrijf worden in § 17 alleen beschouwd fysieke personen. Regtspersonen kunnen, naar het gevoelen des Schrijvers, noch volgens algemeene beginselen, noch volgens het in Duitschland geldende regt, strafregtelijk aansprakelijk zijn voor hunne handelingen. Evenmin kan een misdrijf gepleegd worden door, of althans aansprakelijkheid te dier zake bestaan, voor den Souverein, in wiens naam regt gesproken wordt, en ter beoordeeling van wiens handelingen geen strafregter bevoegd is (§ 18).

Object van het misdrijf is in eenen zekeren zin altijd de Staat, gelijk volgt uit de beginselen in § 3 der Inl. ontwikkeld. Intusschen zijn er misdrijven, onmiddellijk gerigt tegen individuën en slechts middellijk tegen den Staat. De weinig belangrijke gevolgen van deze onderscheiding in iure constituto worden besproken in § 19.

Van vrij wat meer gewigt is de beschrijving van de misdadige handeling zelve en hare essentiële vereischten in het overige gedeelte van dit hoofdstuk. Vooraf gaan een paar §§ (20 en 21), gewijd aan de bekende axioma's, door het positieve regt thans even algemeen als door de wetenschap erkend, *cogitationis poenam nemo patitur*, en *sine lege poenali nullum crimen*. Eene reeks van belangrijke vragen wordt daarna behandeld in § 22, handelende over de strafwet (zonder welke volgens den zoo even gemelden regel geen misdrijf denkbaar is) in het algemeen. Zij moet tweëerlei bevatten: de verbodsbepaling, en de strafbepaling, terwijl, naar gelang de wetgever bij deze laatste zelf eene bepaalde onveranderlijke straf op het misdrijf stelt, of hierin eene grootere of geringere keuze aan den regter laat, de rede is van *leges poenales determinatae s. definitae*, en *indeterminatae s. indefinitae*. Van de laatste, die in de nieuwe wetgevingen al meer en meer veld winnen, betoont de schrijver zich een groot voorstander. Voor de strafwetten gelden voorts in het algemeen dezelfde regelen als voor andere wetten, wat betreft de bevoegde magt, om ze te vervaardigen, de vorm en regeling der afkondiging, de transitoire quaestiën (waarover echter de meeste wetboeken eenige bijzondere bepalingen bevatten) en eindelijk de uitlegging. Behartiging verdient wat de schrijver zegt over het gebruik der beraadslagingen bij de toepassing der wet. Voorts zal geen degelijk jurist hem de stelling betwisten, dat de interpretatie der strafwet, zoo min als die van eenige andere wet, mag ontaarden in eene den geest der wet veronachtzamende en doodende letterknechterij. Maar tusschen dit uiterste, en het huldigen eener zoogenaamde analogie, die, volgens den schrijver, den regter de vrijheid zoude geven iemand te straffen voor eene daad, bij de strafwet niet voorzien, als het uit den gemeenen geest der

wet en de ratio legis van andere strafbepalingen duidelijk is, dat deze daad alleen niet met straf is bedreigd, omdat de wetgever daaraan bij de zamenstelling der wet niet heeft gedacht, ligt eene groote ruimte. Tegen het aannemen van analogie in dezen zin — de uitbreiding van een regtsvoorschrift tot eene daarbij niet voorzien geval, op grond der (dikwijls nog van subjectieve opvatting afhankelijke) *ratio legis*, — valt ook in foro civili zeer veel te zeggen (1), maar, dáár welligt in sommige gevallen nog te regtvaardigen voor den regter, die niet mag weigeren regt te spreken, is zij *in foro criminali* geheel onbestaanbaar met den grondregel, door elke positieve wetgeving gehuldigd, al ware het alleen door het feit van haar bestaan, dat niemand tot straf mag worden veroordeeld, dan krachtens een voorschrift der wet, dat is *den uitgedrukten wil* des wetgevers (2).

De volgende § (24) is gewijd aan de beantwoording der vraag, welke personen in het algemeen zijn onderworpen aan de strafwetten van een bepaalden Staat.

Het antwoord is, alle personen, die zich op het grondgebied van dien Staat aan misdrijf schuldig maken, onverschillig of zij zijn ingezetenen of vreemdelingen, in zooverre, wat deze laatsten betreft, het regt van extritorialiteit niet tusschen beiden treedt. Daarentegen geldt als algemeene regel, dat de strafwet de ingezetenen niet bindt buiten het grondgebied van den Staat, ofschoon alle Wetboeken op dezen regel vele en gewigtige uitzonderingen erkennen.

Het Strafrecht en de Strafwetten erkennen voorts

(1) Kort maar kernachtig wordt zij bestreden door Jhr. Mr. C. J. VAN NISSEN TOT PANNERDEN, in zijne *Proeve over het regt van vereeniging*, p. 50—52.

(2) In gelijken zin MITTERMAIER op FEDERBACH, § 75a, ABEGG, *Arch. des Crim. Rechts*, Beil. Heft, zu 1851, s. 12.

verschillende toestanden, waarin daden, die alle kenmerken van een misdrijf in zich vereenigen, echter om dere redenen niet strafbaar gesteld worden (§ 24).

Er zijn er, die eene zoodanige reden van straffeloosheid meenen te vinden in den, inzonderheid in zijne gevolgen, dikwijls verkeerd begrepen regel *volenti non fit iniuria*. Ten onregte. Dikwijls valt door de inwilliging van den persoon in zekere tegen hem gepleegde daad, die zonder zijne inwilliging strafbaar zoude zijn geweest, het begrip van misdrijf weg, maar dan is er, gelijk bij diefstal en andere vergrijpen tegen den eigendom, geene straf, omdat de noodzakelijke bestanddeelen van het misdrijf ontbreken, alzoo *geen verschoonbaar* misdrijf, geen grond tot uitsluiting van eene in het geheel niet bedreigde straf. Daar intnschen in het algemeen de straf bedreigd is niet alleen ter bescherming van een bepaalden persoon, maar uit een hooger beginsel van regt, ter bevordering van de regtsveiligheid van allen, spreekt het van zelf, dat geene straffeloosheid het gevolg kan zijn van de toestemming, gegeven door den onmiddellijk aangerande, ofschoon het in sommige gevallen wenschelijk moge zijn, bij de bepaling der straf in de wet of hare toepassing door den regter, van die omstandigheid rekenschap te nemen.

Als te regt meer algemeen erkende gronden van straffeloosheid komen in aanmerking bevelen door den dader ontvangen van personen, aan wie hij, volgens de voorschriften der wet, eene blinde gehoorzaamheid verschuldigd is, eene voorafgaande dispensatie van straf voor in den regel strafbare daden, waarvan men nog heden ten dage een voorbeeld vindt in de uitreiking van kaperbrieven, en eindelijk, als van meer dagelijksche toepassing in bijzonderheden behandeld (§ 24—27), wettige zelfverdediging (Nothwehr) en overmagt (Nothstand). Twijfelachtig schijnt het ten aanzien van beiden, of zij hier op hare juiste

plaats zijn in een systeem van strafregt, dan wel of zij beter worden gerangschikt onder de oorzaken, die de toerekenbaarheid opheffen. De schrijver tracht zijne plaatsing ten aanzien van beiden te regtvaardigen, p. 84 en 92 in de noot, door de opmerking, dat misdrijven *in moderamine inculpatae tutelae* of ten gevolge van overmagt gepleegd, ofschoon dikwijls, niet altijd *per se* ontoerekenbaar zijn. Ten aanzien van eerstgemelde moge dit waar zijn, hoe eene handeling, ten gevolge van physieken of morelen dwang gepleegd, ooit den dader toerekenbaar kan zijn, is mij niet regt duidelijk. Door de meeste auteurs wordt dit dan ook anders begrepen (1).

De laatste §§ van dit hoofdstuk (27—30) zijn gewijd aan de leer der toerekenbaarheid. Daar waar *naar den uiterlijken schijn* een misdrijf aanwezig is, zonder eenige der oorzaken, die de strafbaarheid, volgens het voorgaande, opheffen, kan *inderdaad* het bestaan van eene strafbare daad niet worden aangenomen, zoodra de subjectieve voorwaarde, de inwendige grond der strafbaarheid, het vermogen om het gewigt en den omvang der gepleegde handeling en hare gevolgen te waarden, bij den dader geheel ontbreekt. Zoodanig totaal gemis van toerekenbaarheid moet worden aangenomen bij jonge kinderen, krankzinnigen, hen, die slapende of droomende eene daad plegen, van welke zij zich zelven niet bewust zijn, enz. Te regt merkt de schrijver op, dat het eene dwaling is, bij twijfel of er toerekenbaarheid bestaat, een vermoeden in het nadeel van den beklagde aan te nemen, dat hij zoude hebben te ontzenuwen. Daarvan kan alleen de rede zijn, wanneer de omstandigheden, waaronder het misdrijf is gepleegd, voor de toerekenbaarheid pleiten.

(1) Verg. ROSSI, *Traité*, p. 233. CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du C. P.*, I, n^o. 395 sqq.; MITTERMAIER op FEUERBACH, *Aant.* ad § 36; HAEBERLIN, o. l., I, s. 23; VAN DEINSE, *de Algem. Beg. van Strafregt*, § 111 en 112.

Ten slotte worden de enkele gevallen aangestipt, waarin *error iuris* of *facti* de gepleegde handeling ontoerekenbaar doet zijn.

Wij zijn genaderd tot het tweede hoofdstuk van deze afdeeling, waarin gehandeld wordt over de verschillende wijzigingen, waaraan het begrip van misdrijf onderhevig is, naarmate het: 1°. *dolose* of *culpose* is gepleegd (§ 31, 32); 2°. gepoogd of voltooid is (§ 33); 3°. een of meerdere personen tot de uitvoering hebben medegewerkt (§ 34, 35).

Alle strafregtelijke aansprakelijkheid lost zich op of in opzet (*dolus*) of in schuld (*culpa*); alle misdrijven worden *dolose* of *culpose* gepleegd. Het gebied der laatste, in het gemeene regt zeer beperkt, is in de nieuwere wetboeken meer uitgebreid (1). Een derde, tusschen *dolus* en *culpa* wordt door den schrijver, in overeenstemming met de meeste nieuwere auteurs, niet aangenomen (2). Daarvoor heeft men vroeger willen laten doorgaan het niet ongewone geval, dat iemand bij de najaging van een misdadig doel, de gevolgen niet met zekerheid kunnende berekenen, door bijkomende *culpa* een ander en zwaarder misdrijf pleegt dan het beoogde. Dit intusschen is slechts eene toevallige vereeniging van *dolus* en *culpa* in dezelfde handeling, waarin beiden afzonderlijk bestaan, zonder dat het noodig of nuttig zij hier eene derde soort van strafregtelijke schuld, hetzij onder de benaming van *dolus indirectus*, naar de leer der oudere criminalisten, hetzij onder de nog minder begrijpelijke van *culpa dolo determinata*, met FEUERBACH aan te nemen. In den hier

(1) HAEBERLIN, o. l., s. 40 en 41, in de noot, geeft een volledig overzicht van de *delicta culposa*, volgens de vigerende Deutsche wetgevingen.

(2) Zie de aantekeningen van MITTERMAIER op FEUERBACH, § 60. Belangrijk over dit leerstuk is het door MAREZOLL niet vermelde geschrift van KRUG: *Ueber dolus und culpa, und ins besondere über den Begriff der unbestimmten Absicht* (Leipzig, 1854).

ontwikkelden zin wordt de zaak begrepen door de meeste nieuwe wetboeken (1), ofschoon zij meerendeels te dien aanzien geene algemeene bepalingen bevat.

De belangrijke beschouwingen des schrijvers over voleind misdrijf en poging kunnen wij, evenmin als de voorgaande over *dolus* en *culpa*, in bijzonderheden uiteenzetten. Wij bepalen ons bij den hoofdinhoud. Voleind is het misdrijf, wanneer van de zijde des daders alles geschied is, wat tot het aanwezen van een misdrijf *in specie* gevorderd wordt. De poging houdt het midden daar tusschen, en tusschen de straffeloze uitingen van den misdadigen wil, als daar zijn het te kennen geven voornemen om het misdrijf te plegen, bloote voorbereidingmaatregelen en andere door de strafwet niet bereikt, daar de rechtsgrond van de strafbaarheid der poging gelegen is in het aanwezig zijn van eene wel nog niet tot haar vol beslag gekomen, maar toch voor de openbare orde reeds gevaarlijke en den misdadigen wil des daders kenmerkende handeling. Geene strafbare poging dus zonder begin van uitvoering, en zonder den door uiterlijke daden geblekenen wil des daders, om een bepaald misdrijf te plegen. Dit moet als algemeene regel in de wet worden opgenomen, de toepassing in bijzondere gevallen zal steeds zijne groote moeilijkheden hebben, terwijl de regter hier vooral ook zal moeten letten op den specialen aard van ieder misdrijf. Onder de zware vragen in deze materie — bij ons onlangs voor het Provinciaal Gerechtshof in Gelderland en den Hoogen Raad behandeld (2) — behoort deze, in hoeverre er poging tot misdrijf aanwezig is of kan zijn, wanneer de middelen, door den dader ter bereiking van zijn misdadig doel aangewend, niet kunnen leiden tot bereiking

(1) Cf. HAEBERLIN, o. l.; I, § 15 (s. 32 sqq.)

(2) Cf. P. DEKETE, *Over de misdaad van vergiftiging*, Utrecht 1856, p. 79 sqq.

daarvan. De schrijver wil hier onderscheiden tusschen onmogelijkheid *in abstracto*, wanneer de aangewende middelen, naar de wetten der natuur, nooit en in geen geval kunnen leiden tot volvoering van het misdrijf, en onmogelijkheid *in concreto*, wanneer de middelen door den dader zoo zijn aangewend, dat zij noodwendig hun doel moeten missen. Onze ruimte gedooft niet de waarde van deze onderscheiding te onderzoeken.

Een misdrijf kan worden gepleegd door eenen enkelen persoon, of meerderen kunnen daaraan deel nemen.

Die deelneming kan zoo geschieden, dat, allen zijn aan te merken als daders van het misdrijf (*socii aequales*), of zoo, dat de een slechts op eene of andere wijze zijne hulp verleent, en alzoo medewerkt tot het misdrijf door een ander gepleegd (*socii inaequales*). Mededaders worden nog verdeeld in *auctores physici* en *intellectuales*, naarmate zij het materieel feit plegen of door andere middelen, met medewerking van derden, daders van het materieel feit, hun misdadig voornemen volvoeren. In het laatste geval moet echter de dader van het materieel feit geen bloot werktuig zijn, daar alsdan degene, die door hem handelt, als de eenige oorzaak van het misdrijf, de eenige dader is aan te merken. Van welk gewigt deze onderscheidingen in de praktijk zijn weet ieder, die niet vreemd is aan de behandeling van strafzaken, en hetgeen in deze §§, waarvan wij den summieren inhoud slechts met een enkel woord hebben weder gegeven, in het breede wordt uiteen gezet, behoort tot de belangrijkste gedeelten van dit werk. Eenige deels bloot theoretische, deels op historischen grond berustende, of aan de nieuwe wetboeken ontleende verdeelingen der misdrijven, in de laatste § van dit hoofdstuk vermeld, gaan wij met stilzwijgen voorbij.

De tweede afdeeling (§ 37—41) handelt over de straffen.

Straf in den zin van het crimineel regt is ieder kwaad (Uebel), dat, ingevolge eene eigenlijke strafwet, den overtreder van deze moet treffen, ten einde daardoor, naar het idée der gerechtigheid (vgl. § 3), aan den Staat genoegdoening voor het gepleegde misdrijf te verschaffen. Daar buiten vallen zoowel alle verplichtingen tot schadevergoeding aan bijzondere personen volgens de wet (Privatstrafen) als alle boeten bij overeenkomst bedongen (Conventionalstrafen), verder zoogenaamde disciplinaire straffen, en alle zekerheidsmaatregelen tot voorkoming van misdrijven (§ 37).

Naar aanleiding van het goed of het regt, in welks ontneming of beperking de straffen bestaan, worden zij in § 38 verdeeld, in: 1. Straffen, door welke het leven wordt benomen (doodstraf); 2. Vrijheids-straffen; 3. Lijf- of lichamelijk straffen; 4. Vermogens-straffen; en 5. Onteereude straffen. Over de eerste is de schrijver zeer kort, te kort om zijn oordeel, dat onze tijd nog niet rijp is voor hare afschaffing, te wettigen. Bevreemdend is het ook, dat de schrijver zich niet absoluut verklaart tegen de derde soort, de lichamelijke tuchtigingen, niet alleen uit bijna alle Strafwetboeken verdwenen (1), maar reeds voor lang door criminalisten, als MITTERMAIER (2) en ROSSI (3), veroordeeld. Met vele andere nieuwere criminalisten verheft ook MAREZOLL zijne stem tegen de onteereude straffen, in zooverre deze bestaan in eene geheele berooving van alle burgerlijke regten en alle maatschappelijke eer, met de kennelijke strekking, of althans met het onmisbaar gevolg om den misdadiger voor zijn volgend leven uit de burgerlijke maatschappij

(1) Onder de uitzonderingen behoort het Oostenrijksche Strafwetboek van 1852. Zie § 24.

(2) ad FEUERBACH, nota 1 ad § 148.

(3) *Traité*, p. 436—438.

to bannen. Meerdere bijzonderheden over deze verschillende soorten van straffen, haren gewoenregelijken oorsprong, hare stelling in de nieuwe wetgevingen, en hare onderlinge verhouding vindt men in de volgende §§ van deze afdeeling,

De derde en laatste afdeeling van het algemeen gedeelte, over de toepassing der bij de wet bedreigde straffen in bijzondere gevallen, is gesplitst in twee hoofdstukken, waarvan het eerste (§ 42—52) handelt over de verhouding van den strafregter tot de strafwetten.

Over die verhouding — de stelling des regters tegenover het gecodificeerde strafregt — bevatten de twee eerste §§ van dit hoofdstuk zeer belangrijke algemeene beschouwingen, terwijl de volgende §§ in bijzonderheden handelen over strafverwisseling, in de gevallen, waarin den regter de keuze tusschen verschillende straffen is gelaten (§ 44), strafverhooging, en den eenigen *algemeenen grond* voor deze in de nieuwe wetboeken bekend, recidive (1) (§ 45), strafvermindering, en de verschillende algemeene gronden (verzachtende omstandigheden) daarvoor in de wet aangegeven (§ 46), en eindelijk de bepaling der straf, bij onbepaalde strafbedreigingen, zoo ten aanzien van dolose als van culpose misdrijven (§ 47 en 48). Ten slotte wordt in de drie laatste §§ van dit hoofdstuk gehandeld over de toepassing der algemeene regelen in de wet gesteld bij de bepaling van straf door den regter tegen voleind misdrijf en poging, daders, mededaders en medepligtigen in onderlinge verhouding, en over concursus van meerdere misdrijven. Zeer niteenlopend zijn de regelen over dit laatste leerstuk, voorkomende in de nieuwe wetgevingen (p. 207) (2). De schrijver betoont zich in het algemeen een voorstander

(1) Verg. HAEERLIN, I., § 25.

(2) Verg. HAEERLIN, I. s. 155, sqq.

van de gemeenregelijke leer, van cumulatie van straffen, welke hij echter alleen dan wil zien toegepast, wanneer meerdere, op zich zelf bestaande, zelfstandige misdrijven zijn begaan, niet wanneer in verschillende daden hetzelfde misdrijf wordt voortgezet (*delicta continuata*); verder mag, naar zijn oordeel, het strengere beginsel, ofschoon in het algemeen niet uitgesloten bij *concursum idealis*, niet worden toegepast, waar dezelfde daad niet meer dan één misdrijf, maar hetzelfde misdrijf met verschillende wijzigingen, m. a. w., onder verschillende verzwarende omstandigheden, daarstelt. Voorts moet de regel *poena major absorbet minorem* natuurlijk daar gelden, waar de cumulatie, gelijk meermalen voorkomt, uit den aard der zaak onmogelijk is. Ten slotte doet de schrijver nog uitkomen, dat, daar de *concursum delictorum* op zich zelf niet is een grond tot strafverhooging, door cumulatie van straffen de zwaarte van iedere straf op zich zelf niet mag worden vermeerderd. Ik geloof, dat in die opmerking eene groote toenadering is gelegen, tot het bij ons, naar het mij voorkomt, te regt gehuldigde beginsel, dat in de zwaardere straf de lichtere wordt opgelost.

Het tweede hoofdstuk dezer afdeeling (§ 53—57) handelt over het ophouden van de geregelijke gevolgen van het misdrijf, door HAEBERLIN (1), naar het mij voorkomt, juist genoemd het ophouden der strafbaarheid. Immers noch door het ondergaan der straf (*Verbutzung der verwirkten Strafe*) noch door verjaring der straf, noch door gratie worden al de gevolgen van het misdrijf, van de veroordeeling opgeheven, gelijk dit alleen kan geschieden door den dood en de verjaring der vervolging

(1) I, Cap. IV, Opschrift, p. 181. Verg. ook Wetb. van Strafv., Titel 23, Opschrift. De meeste auteurs echter bezigen hier dezelfde uitdrukking als MAREZOLL, gelijk o. a. FEUERBACH, § 61 sqq., RAUTER, *Traité*, p. 246 sqq.

Aan elk van deze wordt een § gewijd; vooral belangrijk zijn de korte en zaakrijke beschouwingen des schrijvers over verjaring en gratie (§ 56 en 57).

Wij zijn genaderd tot het bijzonder gedeelte van MAREZOLL's werk, dat is de leer der misdrijven, elk op zich zelf. Ofschoon dit gedeelte bijna tweemaal zoo grooten omvang heeft, als de inleiding en het algemeene deel te zamen, zullen wij er met enkele woorden over kunnen en moeten volstaan. Eene vlugtige schets van de indeeling van het geheel, en eene aanwijzing van enkele onderwerpen met bijzondere voorliefde behandeld, is alles wat ons bestek gedooft hier te geven.

In de verdeeling der misdrijven, dikwijls voor hun juist begrip niet zonder belang, is altijd veel willekeurigs gelegen, veel van subjectieve opvatting afhankelijk. *Es gibt ein System des Rechts, nicht aber des Unrechts.* Van daar de zoo verschillende en uiteenlopende verdeelingen der bijzondere misdrijven in de wetgevingen en bij de auteurs.

Daarover intusschen zijn allen het eens, dat de maatstaf der hoofdverdeelingen moet zijn het object van het misdrijf, terwijl men bij de onderverdeelingen te rade zal moeten gaan met de kenmerkende eigenschappen, die onderscheiden misdrijven tot eene soort vereenigen of van andere soorten onderscheiden. Of onze schrijver in de toepassing dier beginselen gelukkig is geslaagd, kan ten minste gedeeltelijk uit het volgend overzicht blijken.

Het geheel is verdeeld in drie afdeelingen. De twee laatste afdeelingen zijn weder onderverdeeld in hoofdstukken, sommige hoofdstukken in titels.

Afd. I, over de misdrijven tegen de persoonlijkheid des Staats of zijn bestaan als zoodanig, behandelt in zeven §§ (59—65) de zoogenaamde *Majestätsverbrechen*, hoogverraad, landverraad en beleedigde Majesteit.

Afd. II handelt in drie hoofdstukken over de misdadige storting van het Staatsgezag in zijne bijzondere vertakkingen. Hoofdst. I (§ 66—83) is gewijd aan de eigen rigting, en alle misdrijven, die daaronder kunnen worden gebragt. In dit hoofdstuk worden o. a., met zeer veel zorg behandeld, het duel en het crimen vis, vooral naar de ruime beteekenis daaraan in het Romeinsche regt te hechten. Hoofdst. II (§ 84—86) behandelt de muntvervalsching en daarmede verwante misdrijven, terwijl in hoofdst. III (§ 87—98) de ambtsmisdrijven met bijzondere zorg worden uiteengezet.

De derde afdeeling, van de misdadige aanranding der bijzondere regtsinstituten in den Staat, omvat alle de in de twee voorgaande afdeelingen onbehandeld gebleven misdrijven, die, ofschoon onmiddellijk gerigt tegen bijzondere personen, allen ook voor het algemeen welzijn gevaarlijk zijn te achten, en juist daaraan hunne strafbaarheid ontleenen. Deze afdeeling splitst zich in vijf hoofdstukken.

Hoofdstuk I, van de misdadige aanranding van het iederen staatsburger gewaarborgde regt op zijnen persoon, handelt in vier onderscheiden titels: 1°. over doodslag en eenige daarmede verwante misdrijven (§ 101—111); 2°. over aanranding der gezondheid (§ 112—116); 3°. over misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid (§ 117—122) en 4°. over injurie en andere aanrandingen der eer (§ 123—127), een onderwerp, met bijzondere zorg behandeld, terwijl vooral ook in § 127 zeer goed wordt uiteengezet de veel minder wijde omvang, welken dit misdrijf thans heeft dan vroeger, in het Romeinsche regt, onder welks *vigueur*, onder het begrip van iniurie viel ieder aanranding der persoonlijkheid, welke niet in een ander, zwaarder misdrijf overging. Een ander belangrijk onderscheid tusschen het oude en het nieuwe regt, in deze materie, op p. 442 besproken, is het meer op

den voorgrond stellen en de bijzondere strafbaarheid van den laster in de nieuwe wetboeken.

Hoofdstuk II, van de misdadige inbreuken op het vermogens-regt, is weder onderverdeeld in drie titels, van welke de eerste, § 129—140, den diefstal zeer uitvoerig behandelt, zoowel zijnen tegenwoordigen aard, zijne verdeeling en straffen, als de begrippen, vroeger daarover gangbaar in het Romeinsche en Germaansche regt.

Titel II (§ 141—147) handelt over eenige met diefstal min of meer overeenkomende misdrijven (misbruik van vertrouwen, nadruk, enz.), en Titel III (§ 147—150) over den woeker en eenige in aard daarmede overeenkomende wanbedrijven.

Hoofdstuk III, van eenige misdrijven, welke zoowel het leven en de gezondheid, als het vermogen der burgers bedreigen (§ 151—156), behandelt onder die rubriek de roof, de brandstichting en het verwekken van overstromingen.

Hoofdstuk IV (§ 157—167) handelt over bedrog en valsheid. Nadat (§ 157) het gemeenschappelijk karakter van beide misdrijven, hunne strafbaarheid, volgens den schrijver, ontleenende aan een zeker regt op waarheid en trouw in het maatschappelijk verkeer, is uiteengezet, volgt in § 158 eene geschiedkundige inleiding in de leer van bedrog en valsheid, die, vooral voor zooveel betreft het Romeinsche regt, hoogst belangrijk mag worden genoemd, even als § 160, behelzende eene keurige behandeling van het stellionaat, waarin meer in het bijzonder het subsidiair karakter van dit misdrijf in het oude regt goed wordt uiteengezet. De overige §§ van dit hoofdstuk bevatten de ontwikkeling van het bijzonder karakter van valsheid, in onderscheiding van bedrog, en de algemeene en bijzondere voorschriften over beiden en ook over de verschillende soorten van het laatstgemelde,

zoo in het gemeene regt als in de nieuwe wetgevingen voorkomende.

Het vijfde en laatste Hoofdstuk dezer afdeeling, en alzoo ook van het geheele werk (§ 168—183, handelt in twee titels over de misdadige krenking van sommige godsdienstige en zedelijke verplichtingen.

In een werk, als dat van MAREZOLL, waarin het Duit-sche Strafrecht meer nog in zijn geschiedkundigen oorsprong dan in zijnen tegenwoordigen toestand geschetst wordt, is misschien een hoofdstuk, als het onderwerpelijke, wel op zijne plaats. In eenen wijsgeerigen zin, ja zelfs met het oog op het positieve regt onzer dagen, is de niet-ervulling van eenen zedelijken of godsdienstigen plicht, als zoodanig, niet als een misdrijf te beschouwen, maar alleen dan strafbaar, als zij tevens in zich bevat de krenking van de regten van anderen of van den Staat, in zooverre die in godsdienst of zedelijkheid hunnen steun vinden. De schending van een godsdienstigen of zedelijken plicht, de zonde als zoodanig, wordt door den Staat niet meer strafbaar gesteld, als weleer. Van daar, dat onder deze rubriek in beide titels — de eerste is gewijd aan de misdaden der hier bedoelde soort buiten de ontucht, de tweede aan de ontucht — voorkomen *ten eerste* onderscheidene zondige handelingen, thans niet, ten minste niet meer algemeen, als misdrijven beschouwd; *ten tweede* onderscheidene andere verzakingen van godsdienstige of zedelijke pligten, wel strafbaar, echter niet als zoodanig, maar omdat zij de regten van anderen of van den Staat aanranden. Tot de eerste behooren de godslastering (blasphemie), niet meer in alle Duitse Staten strafbaar gesteld, en, waar zij het is, alleen voor zoover zij in het openbaar geschiedt (1), en daardoor alzoo het regt van het algemeen op de eerbiediging zijner godsdienstige

(1) Verg. HAEBERLIN, II, s. 256 sqq. MITTERMAIER op FEUERBACH, nota 5 ad § 303.

overtuiging wordt aangerand; de ketterij, hekserij en apostasie, als misdrijven, geheel tot het gebied der geschiedenis behorende; de bloedschande en tegennatuurlijke ontucht, in Duitschland echter nog algemeen als misdrijf beschouwd, doch niet alzoó bij ons en in andere Staten, waar het Fransche Strafrecht geldt, en eindelijk het eenvoudige stuprum, d. i. elke opzettelijke, buitenechtelijke, niet tegennatuurlijke of met geweld gepleegde ontucht, in Frankrijk en in de Staten, die zijn Strafwetboek hebben overgenomen, zoomin als in Duitschland strafbaar. Tot de tweede kunnen gebragt worden de meeneed, de storing van de openbare godsdienstoefening der door den Staat erkende kerkgenootschappen: overspel en bigamie; verkrachting en opwekking tot ontucht, als bedrijf uitgeoefend (lenocium); alle daden, niet alleen gevaarlijk voor het algemeen welzijn, maar daarenboven in meerdere of mindere mate in strijd met de regten van den Staat of van de bijzondere personen, die er onmiddellijk door worden aangerand.

Ik acht na het uitvoerig verslag van dit werk alle verdere aanprijzing van zijnen belangrijken inhoud onnoodig. Over den vorm zij alleen gezegd, dat stijl en taal, sierlijk, bondig en helder als zij zijn, zeer geschikt schijnen, om menigeen, bij wien «de Duitsche geleerdheid» niet in den besten reuk staat, eenigzins met haar te verzoenen.

October 1856.

A. A. DE PINTO.



G. J. STORM BUIJSING. — *De interventione cambi-
sive de acceptatione et solutione litterarum cambi-
alium supra protesto.* — L. B. 1856. — 58 pag. in 8°.

Zoo als uit den titel blijkt, de schrijver verstaat onder *interventie* zoowel de acceptatie als de betaling ter eere.

Het eerste hoofdstuk handelt over den aard en het doel der *interventie*. Daarin wordt o. a. de stelling verdedigd, dat de *interventie* noch mandaat noch *negotiorum gestio* is; dat zij alleen den vorm van lastgeving heeft, doch inderdaad borgtocht is. Die stelling zal, in ieder geval, slechts kunnen waar zijn voor de acceptatie ter eere. Nog meer waar is het misschien te zeggen, dat de *interventie*, even] als alles wat met het wisselcontract in verband staat, is eene handeling sui generis, waarvoor men te vergeefs een daarop in alle opzigten passenden naam zoekt in het burgerlijk regt.

Het tweede hoofdstuk handelt over de *intervenierende* personen, meer bepaald over de vragen: wie en voor wien kan men *intervenieren*? Kunnen meerderen voor één, en één voor meerderen *interveniëren*? Beide vragen worden toestemmend beantwoord. De laatste tegen HEIDENREICH, doch, naar het mij voorkomt, te regt. Dit hoofdstuk wordt besloten met eenige opmerkingen over de volgorde van hen, die zich tot *interventie* aanmelden.

Het derde en vierde hoofdstuk behandelen de regten zoo van den houder als van den *intervenient*.

Over het algemeen is deze verhandeling met zorg bewerkt. Op den vorm zou ik echter deze aanmerking hebben, dat het mij wenschelijker ware voorgekomen, de acceptatie en de betaling van elkander afgescheiden, en niet, zoo als geschied is, te gelijk te behandelen. De duidelijkheid zou daardoor, meen ik, zeer zijn bevorderd geworden.

A. D. P.

Eene korte aanteekening op de artt. 2, 3 en 4 Wetb. v. Kooph., waarbij het begrip van daden van koophandel wordt opgevat in zeer beperkten zin. Ik zou daarentegen meenen, dat men de woorden van artikel 3 in ruime beteekenis nemen moet. Met behulp van een regel, dat daar waar zeker bedrijf slechts gedeeltelijk bestaat in het koopen en verkoopen van waren, moet worden onderscheiden of dit koopen en verkoopen is hoofd- of bijzaak, wordt veel aan den koophandelsstand onttrokken, wat daartoe, naar mijn inzien, werkelijk behoort. Zoo leert de schrijver b. v., op grond hiervan, dat de apothekar, die zeker zijn werk maakt van het koopen van kruiden, en die hetzij in *natura*, hetzij vermengd of toebeleid, weder te verkoopen, om daarmede winst te doen, *geen* koopman is, omdat naar het oordeel des schrijvers, de apothekar *voornamelijk* zijne winst doet met het mengen en bereiden der kruiden.

Eene vraag, waarover nog verschil van gevoelen schijnt te bestaan, is het, of de werkbazen al of niet zijn te rangschikken onder de kooplieden. Met het oog op dienzelfden regel, zou ook die vraag welligt ontkennend moeten worden beantwoord. De schrijver neemt echter aan de onderscheiding van zeker arrest van den hoogen raad, dat de werkbaas koopman is, als hij tevens de materialen *levert* en anders niet. Ik betwijfel zeer de juistheid dezer onderscheiding. In den regel, behoort het leveren van de materialen zoo goed tot het beroep van den werkbaas, als het verwerken daarvan; en de werkbaas moet dus wel, indien ten minste het tegendeel niet bewezen wordt, geacht worden ook van het koopen en verkoopen der waren, zijn dagelijksch beroep te maken.

A. D. P.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

GEREGTELIJKE STATISTIEK DES KONINGRIJKS OVER 1855.

Het negende verslag betreffende deze statistiek, aan den Koning gericht door den Minister van Justitie, heeft het licht gezien. Wij ontleenen daaruit de volgende slotsommen:

Vooreerst heeft men de *Strafzaken* bij den burgerlijken strafregter. — De vermindering van het getal eischen in cassatie, die zich in 1854 in strafzaken vertoonde, wordt in 1855 niet opgemerkt. Integendeel klom dat getal weder tot het bedrag van 1853, ja overtrof het even. Men telde in het geheel in 1855, 330 zaken, waarvan afgedaan werden 286; afstand van voorziening werd gedaan in 26. aanhangig gebleven op ultimo December 68. Voorts werden behandeld 393 verzoeken om gratie.

Bij de Provinciale Gerechtshoven werd in 1855 eene niet onbelangrijke vermindering van criminele zaken en beschuldigten waargenomen, en wel van 272 zaken of acten van beschuldiging en 369 beschuldigten; men telde, wat de eerste betreft, in 1855, 606, en beschuldigten 870. Het getal veroordeelden bedroeg 734, waaronder 71 die in 1854 of vroeger naar de openbare terechtzitting werden verwezen.

Bij de Arrondissements-Regtbanken kwamen in 1855 voor 9827 zaken en 12,483 beklagden. Nam het getal zaken en beklagden eenigermate af in de rubrieken tegen de personen en tegen de eigendommen, veel grooter was de daling in de afdeling der wanbedrijven tegen de algemeene zaak, alwaar zich eene vermindering opdoet van niet minder dan 2452 zaken en 3015 beklagden; een verschijnsel dat bijkans alleen te danken is aan de overbrenging van de strafzaken der jagtzaken, en ook eenigermate aan gelijke overbrenging van verdere overtredingen, vermeld in de wet van 29 Junij 1854, tot de bevoegdheid der kantongregters. Daarentegen gaf art. 14 der wet van gelijke dagteekening aan de regtbanken vermeerdering van werkzaamheden. De eenvoudige diefstallen namen niet onbelangrijk af. Het geheele getal der veroordeelden bedroeg 10,399 of 83 pct. ruim der beklagden; welke verhouding, gelijk die der vrijspraker, weinig afwijkt van de uitkomsten van het jaar te voren.

Bij de Kantongeregten werden in 1855 beregt 20,587 overtredingen, met 24,394 beklagden. Eene belangrijke vermeerdering kwam, zoo als uit het boven opgemerkte volgt, bij de kantongeregten voor; eene vermeerdering, welke 5000 zaken en 6583 beklagden beloopt. Het getal veroordeelden bedroeg bijna 69 pct. der beklagden, dat is omstreeks 10 pct. meer dan in het jaar te voren.

Bij de gezamenlijke Krijgsraden kwamen in 1855 voor 364 zaken, iets minder dan in het voorgaande jaar.

Wat de bedeeeling des regts in *Burgerlijke zaken* aangaat, bij den Hoogen Raad, op den duur blijft het gemiddeld getal eischen in cassatie, jaarlijks aangebragt, 56 of 57, daar in de laatst verstreken negen jaren aangebragt werden 512 voorzieningen in cassatie in burgerlijke zaken.

Door den Hoogen Raad werden in 1855 16 van de 56 uitspraken in burgerlijke zaken geasseerd; 39 eischen in cassatie werden verworpen, in 1 de niet-ontvankelijkheid uitgesproken. Van de 40 arresten der Provinciale Gerechtshoven zijn er 11 vernietigd, van de 16 vonnissen der Arrondissements-Regtbanken 5. Voorts werden onder anderen 214 verzoekschriften behandeld, waaryan 110 brieven van *venia actatis*.

Bij de Provinciale Gerechtshoven werden aangebragt 457 zaken, waarbij komen 266, reeds vóór 1 Januarij van gezegd jaar aangebragt.

In den loop van 1855 werden bij de gezamenlijke Regtbanken aangebragt 2959 zaken, en derhalve 171 minder dan in 1854. Aangebragt van het jaar te voren was buitendien reeds op 1 Januarij 1855 een getal van 1704 zaken, waaronder echter 751, welke reeds van drie jaren of vroeger dagteekenden. Gemiddeld geven de negen jaren (1847—1855) een getal van 721 incidentele enz. vonnissen voor ieder jaar, of jaarlijks 38 uitspraken voor iedere Regtbank.

Het getal aangebragte zaken bij de Kantongeregtten bedroeg in 1855 7773, dat is 303 meer dan in het voorafgaande jaar. Hierbij komen 570 van vroegere dagteekening, zoodat het gezamenlijk getal zaken bedroeg 8343. — In de laatste negen jaren werden gemiddeld per jaar aangebragt 7117 zaken, of 43 per Kantongeregt.

STATISTIEK OMTRENT DE REGTSBEEDEELING IN NEDERLANDSCH INDIE, 1854.

Met verwijzing naar de *Thoms*, 1855, bl. 369, van de opgaven betrekkelijk 1853, deelen wij hier de slotsommen over het volgende jaar mede:

Voor de landraden op Java hebben in dat jaar te regt gestaan 2711 inlanders of daarmede gelijkgestelde personen, waarvan 2640 mannen en 71 vrouwen.

Hiervan zijn veroordeeld: 2036 mannen en 53 vrouwen.

Van de rechtsvervolging ontslagen zijn 7 mannen, 6 bij het vonnis van den landraad, en 1 bij het arrest in revisie.

De overige mannen en vrouwen zijn vrijgesproken, te weten: bij vonnis 348 mannen en 9 vrouwen, en bij arrest 249 mannen en 9 vrouwen, te weten:

	Mannen.	Vrouwen.
Tot dwangarbeid in den ketting, te ondergaan:		
buiten Java	17	0
op Java	377	0
ter plaats der veroordeeling	25	0
tot dwangarbeid buiten den ketting, te ondergaan:		
buiten Java	102	0
op Java	1337	34
ter plaats der veroordeeling	115	18
tot gevangenisstraf	6	0
de voorloopige gevangenhouding werd als straf toegerekend aan	36	1
Té zamen als boven	2036	53

Dwangarbeid in den ketting wordt, volgens het laatste lid van art. 29 van de Bepalingen van strafwetgeving, aan vrouwen niet opgelegd.

Voor de Regtbank van omgang op Java hebben in hetzelfde jaar te regt gestaan 824 inlanders of daarmede gelijkgestelde personen, waarvan 804 mannen en 20 vrouwen.

Hiervan zijn veroordeeld 475 mannen en 9 vrouwen.

Van de rechtsvervolging ontslagen zijn 13 mannen en 1 vrouw, allen bij het vonnis van het omgand geregt. De overigen zijn vrijgesproken, te weten: bij vonnis 254 mannen en 9 vrouwen, en bij arrest 60 mannen en 1 vrouw. Te weten:

	Mannen.	Vrouwen.
tot de doodstraf	57	0
tot dwangarbeid in den ketting, te ondergaan:		
buiten Java	242	0
op Java	31	0
ter plaats der veroordeeling	4	0
tot dwangarbeid buiten den ketting, te ondergaan:		
buiten Java	37	4
op Java	46	4
ter plaats der veroordeeling	47	1
tot gevangenisstraf	3	0
de voorloopige gevangenhouding werd tot straf toegerekend aan	8	0
Té zamen als boven	475	9

Voor de raden van justitie op Java hebben in dit jaar te regt gestaan 41 beklaagden, waaronder 2 vrouwen, van welke de ééne tot de Europeesche of daarmede gelijkgestelde bevolking behoorde en tot gevangenisstraf werd veroordeeld, de andere tot de inlandesche of daarmede gelijkgestelde bevolking behoorde en bij arrest werd vrijgesproken.

Van de 39 mannen werden bij arrest vrijgesproken 16 Europeanen en 6 inlanders.

In de buitenbezittingen hebben voor de Europeesche of onder Europeesche voorzitting belogde Regtbanken te regt gestaan 128 beklaagden, waarvan 122 mannen en 6 vrouwen.

Hiervan zijn veroordeeld 99 mannen en 5 vrouwen.

Vrijgesproken werden bij vonnis 15 mannen en 1 vrouw, en bij arrest 8 mannen.

Onder de 99 veroordeelde mannen werden veroordeeld: tot de doodstraf 7.

Van enkele residenten op Java, op Celebes enz. komen nog klachten in over ontoereikendheid van het personeel, met name Soerabaja, waar het, volgens opgave, uit die oorzaak, nu en dan bij den landraad gebeurde, dat de stukken niet binnen den bepaalden tijd konden worden opgemaakt en afgeschreven.

